



Evolución de la normativa sobre filiación de los “hijos” de parejas del mismo sexo

Autor: Micaela Morillo Ruiz

Tutor: Jordi Ribot Igualada

*Facultad de Derecho
Grado en Derecho
Universidad de Gerona
Curso 2015-2016*

ÍNDICE

Introducción	4
1. EVOLUCIÓN DE LA LEGALIZACIÓN DE LA PAREJA HOMOSEXUAL	6
1.1. La relación de pareja en diferentes textos legales	7
a) Derecho canónico	7
b) Leyes de pareja de hecho	9
c) Código civil	12
2. LA PAREJA HOMOSEXUAL CON HIJOS	17
2.1. Alternativas para la no posibilidad de procreación en una pareja formada por dos personas del mismo sexo	17
3. LA ADOPCIÓN	19
3.1. La adopción antes de legalizar el matrimonio entre homosexuales	19
a) ¿Qué regulaba Cataluña?	24
3.2. La adopción después de legalizar el matrimonio entre homosexuales	26
a) Adopción en el matrimonio	26
b) Adopción en la pareja de hecho	32
c) Inscripción en el registro civil	37
3.3. ¿Qué establecen las demás comunidades autónomas?	40
4. LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA	41
4.1. Técnicas de reproducción asistida en el matrimonio	44
a) En el caso de dos mujeres	44
b) En el caso de dos hombres	50
4.2. Técnicas de reproducción asistida en la pareja de hecho	50
a) En el caso de dos mujeres	50
b) En el caso de dos hombres	55
c) El papel de la persona allegada	55
4.3. La posesión de estado	58
4.4. ¿Igualdad en las técnicas de reproducción humana asistida?	60
5. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN	64
5.1. Posicionamiento del estado español	66
a) Postura de la jurisdicción social española	73

b) Postura del Tribunal Europeo de Derechos Humanos	75
c) ¿En qué punto nos encontramos?	77
6. CONCLUSIONES FINALES	80
7. BIBLIOGRAFÍA	83
8. BIBLIOGRAFÍA WEB	85
9. JURISPRUDENCIA	86
10. LISTADO DE SENTENCIAS	86

Introducción

El tema elegido para mi Trabajo Final de Grado gira en torno de las alternativas que tienen las parejas homosexuales para poder llevar a cabo el hecho de la procreación, alternativas las cuales se tienen que analizar para saber si se encuentran con problemas, y con problemas me refiero a obstáculos que no se dan respecto a las parejas heterosexuales.

Lo he elegido así porque nos encontramos en una sociedad de constantes cambios, y cada vez avanzamos más deprisa, en cuanto a ciencia y tecnología, y por otra parte, en cuanto a nuestra forma de pensar. Mientras se van produciendo estos cambios, nuestras mentes también tienen que ir evolucionando y abriendo puertas a todo lo que va sucediendo. El hecho de que una pareja formada por dos mujeres pueda tener por ella misma un hijo a través de las técnicas de reproducción asistida, es un gran paso hacia adelante, respecto a los derechos de éstas a poder llevar a cabo la procreación. Pero como se apuntará más adelante, el Derecho tiene que ir de la mano de estos avances, ya que si la realidad no se ajusta a aquello establecido, quedan situaciones sin regulación alguna. Me parece muy interesante, poner al lector en conocimiento de nuestro actual ordenamiento jurídico respecto a este tema, y hacer constar de que se tiene que seguir avanzando y evolucionando.

Mi objetivo en un principio era examinar estas circunstancias en base a la realidad, fundamentando todo el trabajo en las experiencias de la gente junto con la legislación y la jurisprudencia existente en España y en Cataluña. Tal objetivo no lo he podido conseguir, ya que se me han cerrado las puertas a poder contactar con estas personas. Ciertas asociaciones que defienden los derechos de los grupos LGTB (lesbianas, gays, transexuales y bisexuales) no se han mostrado cercanos a la hora de proporcionarme información o ayudarme en cuanto a poder relacionarme con familias, que para mi trabajo de campo, eran las idóneas para conseguir mi objetivo. Por lo que tuve que recurrir a buscar esta información por mi cuenta, intentando contactar con parejas del mismo sexo que tuvieran hijos o estuvieran en proceso, a través de las redes sociales. Este hecho también fracasó dado que el público se mostró muy indiferente ante mi propuesta. Al final conseguí contactar y por fin escuchar la historia de cuatro mujeres homosexuales, las cuales fueron muy comprensivas y es más, muy agradecidas por mi iniciativa, pero al fin y al cabo, sus versiones no aportaron mucha documentación para este estudio, ya que las cuatro estaban, recién, comenzando su proceso para ser madres junto a sus parejas.

Por lo tanto, la consecuencia de esto, ha sido que realizara un trabajo examinando, únicamente, la teoría, y en base a diferentes resoluciones de los juzgados y tribunales de nuestro país, he

podido averiguar en la práctica como se lleva a cabo toda la legislación y la doctrina existente. Sobre todo centrándome en las diferencias que encontramos por el camino cuando en la misma situación está una pareja heterosexual o una pareja homosexual.

En cuanto a lo que se refiere a este texto, está dirigido a explicar las dos vías alternativas que tienen las parejas que son homosexuales, y que por lo tanto no pueden por sí solas procrear. Estas dos vías existentes en el Estado Español son la adopción y las técnicas de reproducción asistida. Para poder adentrarnos en el ámbito de la familia formada por estas parejas, primero se hace alusión a cómo el derecho español regula la situación solamente de las parejas, sean de hecho o sean matrimoniales, y después ya se da paso a las opciones para poder tener hijos.

Una vez formada esta pareja y reconocida legalmente (a partir de 2005 se permite el matrimonio entre personas homosexuales en España), se puede seguir avanzando para poder formar una familia. Pero en nuestro Estado hay todavía muchas lagunas en la ley respecto a estos hijos, más en concreto, respecto a la filiación en estos casos. Y es que la ley que permitió este matrimonio, no acabó de regular todos los efectos que de él surgían.

En resumen, podemos observar si se produce cierta discriminación en los casos de adopción y del sometimiento a técnicas de reproducción asistida, diferenciando quién es el que acude a estos procedimientos, si una pareja homosexual o una pareja heterosexual.

Al final del trabajo, he querido exponer otra de las vías, aun no legales en nuestro país, y es la gestación por sustitución, es decir, el contrato por el cual una pareja acuerda que una tercera mujer dará a luz a un niño que será hijo de los primeros. España aún no se ha acabado de pronunciar sobre algunos temas, y éste es uno de ellos. Aunque no se permita el contrato en sí, hay Estados en los que sí se da esa posibilidad, y por lo tanto, los españoles que viajan a esos Estados y vuelven con un hijo propio, provocan que se tengan que regular los efectos que esto tiene. La gestación por sustitución, podemos decir que tiene a sus seguidores y a sus críticos, por lo que es un tema actual que se encuentra dentro de un gran debate político y social.

1. Evolución de la legalización de la pareja homosexual

La Constitución Española de 1978 (BOE, nº 311, de 29.12.1978) (en adelante CE) en su artículo 149.1 nos enumera las competencias exclusivas del Estado y en su subapartado 8º nos menciona la legislación civil. Ésta será competencia exclusiva del Estado español *sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan*. Por lo tanto, aquellas Comunidades Autónomas que tienen fueros propios pueden legislar en materia de derecho civil, especialmente en cuanto a derecho de familia, herencias y sucesiones, que es lo que nos interesa para este trabajo. Por ello hay diferentes legislaciones que regulan la pareja y como consecuencia, la pareja homosexual.

Fueron inicialmente Cataluña con la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja (BOE, nº 198, de 19.8.1998; última modificación por la Ley 3/2005, de 8 de abril, por la que se modifican el Código de Familia y el Código de Sucesiones (BOE, nº111, de 10.5.2005)), Navarra con la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables (BOE, nº 214, de 6.9.2000) y País Vasco con la Ley2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho (BOE, nº 284, de 25.11.2011), las Comunidades en las que las parejas del mismo sexo tenían derechos sucesorios o de adopción conjunta, los cuales no se daban en el resto de España porque solo se podía acceder a ellos a través del matrimonio, hecho que aún no se les permitía legalmente.

Fue en las elecciones a presidente de 2004 cuando el matrimonio homosexual obtuvo una gran fuerza, ya que los partidos políticos que tuvieron mayoría absoluta llevaban en su programa electoral la legalización de este matrimonio. El 30 de junio de 2005 tuvo lugar la aprobación definitiva de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio (BOE, nº 157, de 2.7.2005) (en adelante Ley 13/2005), por la que se permitía el matrimonio a las parejas homosexuales, la posibilidad de adopción y filiación conjunta dentro de ese mismo matrimonio.¹

Antes de empezar a analizar la regulación de la filiación respecto a las parejas formadas por personas del mismo sexo, primero se tiene que hacer una referencia a la protección legal que dan las diferentes normas a la pareja homosexual, de manera individual.

¹ PICHARDO GALÁN, J.I. (2009): *Entender la diversidad familiar. Relaciones homosexuales y nuevos modelos de familia*, Barcelona.

1.1. La relación de pareja en diferentes textos legales

a) Derecho canónico

El Código de Derecho canónico, de 25 de enero de 1983, fija unos elementos esenciales a su concepción de matrimonio en el canon 1055 y el 1056: naturalidad, indisolubilidad, permanencia, finalidad reproductora y existencia de varón y de mujer. Por lo que en este caso no se acepta el matrimonio entre dos hombres o entre dos mujeres.

Es decir, el motivo principal por el que el Derecho Canónico no acepta el matrimonio entre dos personas del mismo sexo es porque entre ellas no pueden llevar a cabo la procreación. El hecho de la procreación, como ya se ha dicho, es un elemento esencial del matrimonio según este Derecho, es más, es su objetivo principal, por lo que si dos personas del mismo sexo no lo pueden alcanzar quedan fuera de esta figura legal.

Para entender de mejor manera esto podemos hacer referencia a la Constitución Apostólica “Fidei Depositum” para la publicación del Catecismo de la Iglesia Católica escrito en orden a la aplicación del Concilio Ecuménico Vaticano II por Juan Pablo II. En el canon 1603 se explica que el matrimonio es una institución creada por Dios, y que por mucho que en diferentes culturas o sociedades se hagan modificaciones que varíen de alguna manera esta institución, no debe perder sus elementos esenciales y *sus rasgos comunes y permanentes*. En los cánones 1652, 1653 y 1654 se explica uno de los bienes y de las exigencias del amor conyugal, que es la apertura a la fecundidad.

Por su naturaleza misma, la institución misma del matrimonio y el amor conyugal están ordenados a la procreación y a la educación de la prole y con ellas son coronados como su culminación (GS 48,1). Los hijos son, ciertamente, el don más excelente del matrimonio y contribuyen mucho al bien de sus mismos padres. El cultivo verdadero del amor conyugal y todo el sistema de vida familiar que de él procede tiende a que los esposos estén dispuestos con fortaleza de ánimo a cooperar con el amor del Creador y Salvador, que por medio de ellos aumenta y enriquece su propia familia cada día más (GS 50, 1).²

Referente a esto, la Iglesia Católica se ha pronunciado públicamente y su postura ha sido la negación hacia el matrimonio en el que no puede haber procreación, es más, se ha mostrado con una actitud condenatoria hacia los actos sexuales que no llevan a la reproducción, como las relaciones afectivas y sexuales entre personas homosexuales. También se puede ver esto reflejado en sus enseñanzas ya que descalifican y condenan tales prácticas, como también el divorcio civil, el aborto voluntario o las parejas de hecho. A todo esto, la Conferencia Episcopal Española se pronunció antes y después ante el surgimiento de la Ley 13/2005 que modificaba el Código Civil

² JUAN PABLO II, (1993): *Catecismo de la Iglesia Católica*, Madrid.

español. Sus pronunciamientos se basaban en el matrimonio entre personas del mismo sexo y el *ataque* que producía esto a la familia nuclear, todo debatiéndose en un marco social, político, jurídico, educativo y religioso de la legislatura.³

El 15 de julio de 2004 el Comité Ejecutivo de la Conferencia Episcopal Española⁴ presentaba una nota referente a la proposición de la ley por la que se quería modificar el Código civil en materia a contraer matrimonio, el título de la nota era *“En favor del verdadero matrimonio”*. En ella se empieza hablando de que los homosexuales como personas tienen que ser respetados y no menospreciados, maltratados o discriminados, y que condenan las expresiones o comportamientos que lesionan la dignidad de éstos. Esto no quiere decir, sin embargo, que el matrimonio pueda ser contraído por ellos, ya que el matrimonio solo puede ser contraído por personas de diverso sexo, por lo tanto, estas personas homosexuales no tienen el derecho a contraer matrimonio. Las razones que se dan para confirmar esto son de orden antropológico, social y jurídico. *Los significados unitivo y procreativo de la sexualidad humana se fundamentan en la realidad antropológica de la diferencia sexual y de la vocación al amor que nace de ella, abierta a la fecundidad*. Es por ello que dos personas que no puedan procrear no tienen derecho a contraer matrimonio. El comité afirma en su nota que es verdad que existen ciertas técnicas para que estas parejas puedan tener hijos pero no las considera un elemento *sustitutivo válido de las relaciones íntegras que constituyen la rica realidad antropológica del verdadero matrimonio*. Por otra parte, las razones sociales son las más evidentes según la nota, ninguna sociedad ha reconocido nunca antes la unión matrimonial entre dos personas del mismo sexo. De esta manera, afirma que reconocer el matrimonio a las personas homosexuales sería como *fabricar una moneda falsa y devaluar la moneda verdadera y así poner en peligro todo el sistema económico*. La Conferencia Episcopal Española con esta nota pretende hacer entender que está en contra de cualquier discriminación injusta a los ciudadanos, pero que también está en contra de las pretensiones injustas hechas por grupos o individuos. Para ellos es injusto que una pareja del mismo sexo se pueda casar porque un matrimonio entre estas personas no tendría el mismo significado social que el matrimonio tradicional. *Se alegan también razones de tipo jurídico para la creación de la ficción legal del matrimonio entre personas del mismo sexo. Se dice que ésta sería la única forma de evitar que no pudieran disfrutar de ciertos derechos que les corresponden en cuanto a ciudadanos*. En conclusión, creen que el reconocimiento jurídico de las uniones de las personas homosexuales y la equiparación de esto con el matrimonio serían un error y una injusticia para la sociedad. Por lo tanto, dejan claro que su posición es el desacuerdo con el proyecto de ley.

³ AGUILÓ BONET, A.J. (2009), “Pensamiento abismal, diferenciación sexual desigual y homofobia eclesial”, *Nómadas. Revista crítica de ciencias sociales y jurídicas*, 23, págs. 1 y 2.

⁴ El comité ejecutivo es el órgano el cual funciona para dar mayor agilidad y eficacia a la Conferencia Episcopal Española.

Un poco más adelante, el Grupo Popular recurrió esta Ley 13/2005 y la presentó ante el Tribunal Constitucional alegando ser inconstitucional por su reforma del artículo 44 del Código Civil (se explicará con más detalle). Nuestro Tribunal Constitucional dictó sentencia en el año 2012 declarando que la Ley, y por ende, el nuevo Código Civil no eran contrarios a la Constitución Española. Sobre esto también se pronunció el Comité Ejecutivo de la Conferencia Episcopal Española con su *Nota sobre el matrimonio y el fallo del Tribunal Constitucional*. Empieza esta nota criticando la legislación vigente en España, dado que ya se permite el matrimonio entre personas del mismo sexo. Se dice que las leyes españolas han dejado de proteger y reconocer al matrimonio en su especificidad, y esto provoca consecuencias negativas para el bien común. Se hace referencia a que *no es de su competencia hacer juicios sobre la pertinencia jurídica de las sentencias de los tribunales, pero que su obligación es ayudar al discernimiento acerca de la justicia y de la moralidad de las leyes*. Vuelve a repetir en esta nota que la nueva legislación sobre el matrimonio es injusta ya que no reconoce ni protege la realidad del matrimonio. Y, para finalizar, pide la modificación de la ley para establecer el antiguo matrimonio.

b) Leyes de pareja de hecho

Dejando a un lado el Derecho Canónico y el matrimonio, hay otra figura jurídica que regula las relaciones entre las personas. Esta figura es la de las parejas de hecho⁵, denominadas en cada Comunidad Autónoma de manera diferente, uniones estables de pareja en el caso de Cataluña.

El primer avance antes del matrimonio, para poder reconocer legalmente a la pareja homosexual fue el Registro de estas uniones civiles o de hecho. El objetivo de este Registro era demostrar la convivencia de estas parejas (fuere cual fuere su orientación sexual) y además dejar constancia de la realidad social de éstas. Aún con esto, este Registro tenía un mero carácter administrativo, es decir, sus efectos jurídicos eran limitados.⁶

Fue más tarde cuando en la Comunidad de Madrid se presentó una Proposición no de Ley reivindicando el hecho necesario de regular las uniones de hecho de las personas a través de una Ley, sin tener en consideración su orientación sexual y que conviven de manera estable y duradera, la finalidad de la cual era amparar de manera jurídica a estas personas. Esta proposición fue aceptada y seguidamente iniciada por otras Comunidades Autónomas como

⁵ Se entiende por pareja de hecho la unión estable de convivencia entre dos personas no unidas por matrimonio.

⁶ VV.AA. (2006): *Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo*, Madrid.

Valencia y Asturias. A nivel estatal entonces fue cuando se empezaron a realizar proposiciones de Ley, las cuales no tuvieron éxito.⁷

De manera que el Estado no consiguió legislar sobre la situación, las Comunidades Autónomas por su propio pie fueron las que tomaron cartas sobre el asunto y comenzaron a dictar leyes referentes a esto. A parte de las ya mencionadas de Cataluña, Navarra y País Vasco, surgieron las siguientes: Aragón dictó la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas (BOE, nº 95, de 21.4.1999); Comunidad Valenciana la Ley 1/2001, de 6 de abril, por la que se regula las uniones de hecho; Baleares la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables (BOE, nº 14, de 16.1.2002); Madrid la Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de uniones de hecho (BOE, nº 55, de 5.3.2002); Principado de Asturias la Ley 4/2002, de 23 de mayo, de parejas de hecho (BOE, nº 157, de 2.7.2002); Andalucía la Ley 5/2002, de 6 de diciembre, de parejas de hecho (BOE, nº 11, de 13.1.2003); Canarias la Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regularización de las parejas de hecho (BOE, nº 89, de 14.4.2003) y la 5/2003, de 23 de mayo, de parejas estables; Extremadura la Ley 5/2003, de 20 de marzo, de parejas de hecho (BOE, nº 111, de 9.5.2003); Cantabria la Ley 1/2005, de 16 de mayo, de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria (BOE, nº 135, de 7.6.2005) y Galicia la Ley 10/2007, de 28 de junio, de reforma de la disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia (BOE, nº 226, de 20.9.2007).⁸

Algunas de estas leyes han sido derogadas, como en el caso de Cataluña, Aragón o de la Comunidad Valenciana, la cual ha regulado una nueva ley: Ley 5/2012, de 15 de octubre, de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunitat Valenciana (BOE, nº 268, de 7.11.2012). Además, otras dos Comunidades Autónomas, Castilla la Mancha y Castilla y León, aún sin tener una ley de parejas estables, regula los registros de éstas.⁹

Concretamente en Cataluña la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja, fue sustituida posteriormente por el capítulo IV del título III del libro II del Código Civil de Cataluña (el cual se dedica a la convivencia estable en pareja). Con esto se acaba la regulación especial y separada que se le había dado a las parejas estables. Además muchos de los objetivos impuestos por aquella Ley han sido superados, ya que su principal finalidad fue el reconocimiento jurídico de las parejas homosexuales, lo cual ya se puede conseguir también a través del matrimonio de personas homosexuales. Una vez regulada esta situación en el libro segundo del Código Civil de

⁷ VV.AA. (2006): *Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo*, Madrid.

⁸ VV.AA. (2006): *Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo*, Madrid.

⁹ CULEBRAS, I. (2015), "Las parejas de hecho en España", *Artículos jurídicos*. (<https://www.legalitas.com/abogados-para-particulares/actualidad/articulos-juridicos/contenidos/las-parejas-de-hecho-en-espana>) [Consulta: 24.5.2016]

Cataluña ya no se establece ninguna diferenciación por razón de la orientación sexual de las personas. Anteriormente con la Ley 10/1998 se diferenciaba el régimen jurídico que afectaba a las personas de mismo sexo y el que afectaba a las personas de distinto sexo.¹⁰

Dado que no se hace esta diferenciación entre parejas homosexuales y heterosexuales, a ambas se les exige que convivan en una comunidad de vida análoga a la matrimonial y que estén en cualquiera de las 3 siguientes situaciones: que la convivencia dure más de 2 años ininterrumpidos, que durante la convivencia tengan un hijo en común o que se formalice la relación en escritura pública.¹¹

En la mayoría de Comunidades Autónomas, como es el caso de Cataluña, se exige la convivencia previa durante un periodo de tiempo, o tener un hijo en común, o la simple inscripción para poder constar como pareja de hecho, uno de los tres requisitos. Además de la relación de afecto similar a la conyugal.

No es existente una ley estatal unitaria que trate de manera homogénea la situación y que se dirija exclusivamente a las parejas de hecho, es por ello que son los legisladores autonómicos los que se encargan de regularla.¹² En su día (en la legislatura de 2004 a 2008), fueron tres las proposiciones de Ley que no llegaron a convertirse en leyes: Proposición de Ley de uniones estables de pareja, Proposición de Ley de igualdad jurídica para las parejas de hecho y Proposición de Ley de igualdad jurídica para las uniones de hecho.¹³

Esta última fue presentada en 2004 y tiene relevante importancia por su artículo 6 en el cual se establece *el principio de equiparación jurídica entre las uniones de hecho y las matrimoniales* y se regula que *no podrá establecerse en la legislación ninguna norma que directa o indirectamente suponga discriminación por razón del grupo familiar del que una persona forma parte, tenga éste su origen en la filiación, en el matrimonio o en la unión libre de dos personas por análoga situación de afectividad a la conyugal y las disposiciones contenidas en la presente Ley, y aquella que se dicten en desarrollo de las mismas, se considerarán en todo caso aplicables a todas las personas que formen parte de una unión de*

¹⁰ Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (BOE, nº 203, de 21.8.2010).

¹¹ Artículo 234-1 del capítulo IV del título III del libro II del Código civil de Cataluña.

¹² CULEBRAS, I. (2015), "Las parejas de hecho en España", *Artículos jurídicos*. (<https://www.legalitas.com/abogados-para-particulares/actualidad/articulos-juridicos/contenidos/las-parejas-de-hecho-en-espana>) [Consulta: 24.5.2016]

¹³ Página web oficial del Congreso de los Diputados, Iniciativas, Proposiciones de Ley. (http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas/PropLey?piref73_1335476_73_1335473_1335473.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IWI8&FMT=INITXLBA.fmt&DOCS=1-25&DOCORDER=FIFO&OPDEF=Y&QUERY=%28proposicion+adj2+ley%29.tipo.) [Consulta: 24.5.2016]

*hecho que convivan de forma libre, estable, pública y notoria en una relación de afectividad similar a la conyugal, con independencia de la orientación sexual de los convivientes.*¹⁴ De esta manera se da reconocimiento de diversos derechos civiles a la pareja de hecho en el ámbito civil (el de la adopción, derechos sucesorios legitimarios y ab intestato, igualdad jurídica en los ámbitos laboral y social, prestaciones de la Seguridad Social, derechos derivados de la Función Pública, e igualdad jurídica en el ámbito tributario, entre otros). Es decir, con todo esto observamos cómo se produce una equiparación casi total con el matrimonio, una equiparación tanto para los matrimonios y uniones estables de parejas heterosexuales como para los matrimonios y uniones estables de parejas homosexuales.¹⁵

Por lo tanto, antes de la aprobación del matrimonio entre personas del mismo sexo, la única solución para las parejas homosexuales era la inscripción como pareja de hecho para su reconocimiento legal.

c) Código civil

Ya entrando en materia del Código civil (BOE, nº 206, de 25.7.89) (en adelante CC) y su regulación respecto al matrimonio, en 2005 en España se hace una reforma de éste a través de la Ley 13/2005, y también de la Ley, de 8 de junio de 1957, sobre Registro civil (BOE, nº 151, de 10.6.1957).

De esta manera, el antiguo CC con su artículo 44: *el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio, pasa a decir: el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.* También se cambió *el marido y la mujer* de los artículos 66 y 67 por *cónyuges*.¹⁶ La modificación del artículo 44 fue primordial, ya que daba paso al matrimonio entre personas del mismo sexo, la resta de modificaciones realizadas solo afectan a los conceptos empleados.¹⁷

Además se reforman tres artículos: el artículo 154, el 160 y el 164. Estas modificaciones no son de contenido, sino que a lo que afecta es a los términos, como se acaba de apuntar. Se sustituyen los conceptos de *padre y madre* o *padres* por *progenitores*. Esto se hace con el fin de adaptar el régimen

¹⁴ Proposición de Ley 122/000044 de Igualdad Jurídica para las uniones de hecho presentada el 5 de abril de 2004.

¹⁵ VV.AA. (2006): *Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo*, Madrid.

¹⁶ Apartados 1, 2 y 3 del artículo único de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

¹⁷ VV.AA. (2006): *Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo*, Madrid.

de la patria potestad a las parejas del mismo sexo. Puesto que biológicamente las parejas del mismo sexo no pueden tener hijos comunes, sus soluciones son: o se les reconoce la patria potestad a los dos componentes de la pareja en caso de adopción, o bien se aplica la comaternidad del hijo biológico de una de las madres (en el caso de la pareja lesbiana) a través de las técnicas de reproducción asistida.¹⁸

En el caso de las relaciones de filiación se han modificado los artículos 175 y 178 (filiación adoptiva).¹⁹ En nuestro ordenamiento jurídico existen 3 clases de filiación reguladas: la filiación por naturaleza, y dado que, como ya se ha mencionado, las parejas del mismo sexo no pueden tener hijos comunes biológicos, esta no queda alterada por dicha ley; la filiación adoptiva y la filiación derivada de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida. En el caso de la filiación derivada de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de Técnicas de Reproducción Asistida (BOE, nº 282, de 24.11.1988) (ya derogada) exigía el consentimiento del marido o conviviente para atribuirle la afiliación del hijo. Este supuesto no fue modificado por la Ley 13/2005 de reforma del matrimonio. Por lo que se dio la ausencia de la regulación en el caso de una pareja de lesbianas, a lo que la jurisprudencia dio la solución concediendo la adopción de estos hijos a la pareja de la madre.²⁰ En el caso de la filiación adoptiva es donde encontramos existente dicha reforma respecto al primer inciso del apartado 4 del artículo 175, donde vemos como se permite la adopción a los cónyuges sin especificar cuál es o tiene que ser su orientación sexual. También dice que *el matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permite al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte*. Por otra parte, el artículo 178 se encuentra modificado en su apartado 2, donde en su subapartado 2 se establecía que el vínculo entre adoptante y adoptado subsistirá *cuando sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado y el adoptante sea persona de distinto sexo al de dicho progenitor, siempre que tal efecto hubiese sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el padre o madre cuyo vínculo haya de persistir*. En el que ahora se expone lo siguiente: *cuando sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado, siempre que tal efecto hubiera sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el progenitor cuyo vínculo haya de persistir*. En este sentido se modifica pero no se da a entender la posibilidad de adoptar a las parejas del mismo sexo.

Sin embargo, ante la aprobación de esta Ley nacieron diferentes problemas. Por una parte, algunos jueces como los Jueces de Primera Instancia e Instrucción de Denia (Alicante) y de Telde (Gran Canaria) y la Jueza encargada del Registro Civil de Burgos se negaron a celebrar

¹⁸ Apartados 4, 5 y 6 del artículo único de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

¹⁹ Apartados 7 y 8 del artículo único de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

²⁰ España. Juzgado de Primera Instancia núm. 3 (familia) de Pamplona. Auto, de 22 de enero de 2004.

matrimonios entre parejas homosexuales al considerar que dicha Ley era inconstitucional.²¹ Éstos presentaron cuestiones de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, alegando que con el nuevo artículo 44 del CC se estaba vulnerando el artículo 32.1 de la CE.²² Pero finalmente se inadmitieron, el primero, por falta de requisitos para poder interponer una cuestión de este carácter ante este Tribunal: no es un órgano jurisdiccional, no se llevó a cabo un proceso, no se dictó un fallo y no se desempeñan funciones que tengan la característica de jurisdiccionales.²³ El segundo y el tercero porque *la terminación del proceso a quo por desistimiento determina la extinción de la cuestión de inconstitucionalidad suscitada en aquél*.²⁴ Por otra parte, un punto de problemática fue la duda de qué ley será la que se deberá aplicar en el caso de matrimonios mixtos de un español/a y un extranjero/a en materia de capacidad matrimonial, ya que no se modificaron las normas de Derecho Internacional Privado español. Es decir, se da el problema en el caso de que una pareja homosexual quiera celebrar un matrimonio pero uno de los componentes sea español y otro de un país en el que no se permite el matrimonio a las parejas del mismo sexo. Finalmente se dio solución a esto decidiendo que se aplicaría la ley española en base a estos fundamentos:

1) *la analogía con la figura de las “parejas de hecho homosexuales” reconocidas y reguladas por un amplio número de leyes autonómicas españolas que, bien como criterio de conexión bien como elemento delimitador de su ámbito de aplicación, acuden preferentemente a la vecindad administrativa, concepto vinculado a la residencia habitual de sus miembros; 2)* *la proximidad “forum-ius”; 3)* *el principio general de nuestro Derecho civil del “favor matrimonii”; 4)* *la consideración del “ius nubendii” como derecho fundamental en nuestro Ordenamiento constitucional²⁵ puesto en conexión con la extensión de la prohibición de toda discriminación a las ejercidas por razón de “orientación sexual”, acogida novedosamente por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000 en su artículo 21 como categoría autónoma y distinta de la prohibición de discriminación por razón de sexo, que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos había asociado tradicionalmente a las discriminaciones de género; 5)* *la vinculación del ejercicio efectivo del derecho al matrimonio con el principio del libre desarrollo de la personalidad reconocido en el artículo 10.1 de la Constitución; 6)* *la necesidad de interpretar las leyes con arreglo a la “realidad social” del tiempo en que han de aplicarse” (artículo 3 del Código civil), siendo así que en la actualidad en España se viven de forma coetánea los fenómenos del reconocimiento social de muy diversas formas de convivencia familiar y el de una intensa inmigración, cuya integración reclama la ampliación de los espacios jurídicos de reconocimiento del estatuto personal basado en la residencia habitual, como pone de manifiesto la reciente*

²¹ VV.AA. (2006): *Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo*, Madrid.

²² Artículo 32.1 de la sección 2ª del capítulo II del título I de la Constitución Española de 1978: El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.

²³ España. Tribunal Constitucional. Auto 505/2005, de 13 de diciembre de 2005.

²⁴ España. Tribunal Constitucional. Autos 418/2005 y 419/2005 de 22 de noviembre de 2005.

²⁵ Artículo 32 de la sección 2ª del capítulo II del título I de la Constitución Española de 1978.

reforma del artículo 107 del Código civil operada por Ley 11/2003, de 29 de septiembre, en materia de ley aplicable a la separación y el divorcio; 7) finalmente, ésta fue también la solución que alumbró la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo durante los años de vigencia de la Ley del divorcio de 2 de marzo de 1932 para permitir el divorcio de los españoles casados con extranjeros nacionales de países que no reconocían en la época esta institución (Sentencias de 27 de enero de 1933, de 10 de julio de 1934 y 4 de diciembre de 1935); por lo que se concluye que el matrimonio celebrado entre español y extranjero o entre extranjeros residentes en España del mismo sexo será válido, por aplicación de la ley material española, aunque la legislación nacional del extranjero no permita o no reconozca la validez de tales matrimonios.²⁶

Además, 61 diputados del Grupo Popular recurrieron esta Ley ante el Tribunal Constitucional considerándola también inconstitucional, como se ha mencionado al principio de este trabajo, en concreto se hizo referencia a que el modificado artículo 44 del CC era contrario al artículo 32 de la CE. El fundamento de esto se basó en la utilización del término *matrimonio*, entendiendo que una de las derivaciones del vocablo *matrimonio* es la de *madre*, de la que se deriva la de engendrar y la unión sexual entre un hombre y una mujer. Dando también cabida a esto la definición que se da en la Real Academia Española al término *matrimonio*.²⁷ La sentencia que dictó el Tribunal Constitucional fue la STC, Pleno, 6.1.2012 (BOE-A-2012-14602: Pascual Sala Sánchez), en la cual se resuelve dictando que la reforma efectuada en el CC no es contraria a la CE, ya que el hecho de reconocer un derecho a todas las personas no afecta en concreto a las heterosexuales, ya que no se ve afectada su libertad respecto a la que tenían antes de la reforma, al contrario, se le da más a las personas homosexuales. La sentencia mencionada hace referencia a sentencias de Canadá, donde se reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo desde 2005.²⁸

El Tribunal Constitucional español tuvo en cuenta una resolución de la Corte Suprema de Canadá (Sentencia de 9 de diciembre de 2004 sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo) diciendo lo siguiente:

Se hace necesario partir de un presupuesto inicial, basado en la idea, expuesta como hemos visto por el Abogado del Estado en sus alegaciones, de que la Constitución es un "árbol vivo", - en expresión de la sentencia Privy Council, Edwards c. Attorney General for Canada de 1930 retomada por la Corte Suprema

²⁶ Resolución-Circular de 29 de julio de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo (BOE, nº 188, de 8.8.2005).

²⁷ *Matrimonio* por la Real Academia Española: Unión de hombre y mujer, concertada mediante ciertos ritos o formalidades legales, para establecer y mantener una comunidad de vida e intereses.

²⁸ ACEBAL PÉREZ, M. DE LOS REYES y ÁNGELES SERRANO, M. (2014), "El matrimonio entre personas del mismo sexo en la legislación española y en el derecho internacional privado", *Artículos doctrinales*.

(<http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4934-el-matrimonio-entre-personas-del-mismo-sexo-en-la-legislacion-espanola-y-en-el-derecho-internacional-privado/>)

[Consulta: 24.5.2016]

de Canadá en la Sentencia de 9 de diciembre de 2004 sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo, a través de una interpretación evolutiva, se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad, y no sólo porque se trate de un texto cuyos grandes principios son de aplicación a supuestos que sus redactores no imaginaron, sino también porque los poderes públicos, y particularmente el legislador, van actualizando esos principios paulatinamente y porque el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta.

También podemos observar como el Tribunal Constitucional recuerda, en la misma sentencia, que el Tribunal de Estrasburgo tuvo la oportunidad para pronunciarse sobre el tema (matrimonio entre personas del mismo sexo). Este último Tribunal entiende que no se puede imponer a ningún Estado que regule el matrimonio entre personas del mismo sexo pero que tampoco se le puede impedir.²⁹

De tal manera, la nueva regulación del CC, dio una nueva institución a las parejas del mismo sexo, además equiparó los matrimonios de las parejas heterosexuales y los de las parejas homosexuales, sin que esta reforma haya resultado contraria a la CE.³⁰ Pero como nos explica la STS, Civil, Sec. 1ª, 5.12.2013 (28079110012013100696), esta reforma se hizo de manera que desatendió otros aspectos que están relacionados con el matrimonio, como la filiación. En la exposición de motivos de dicha Ley encontramos que se dice: *Subsiste no obstante la referencia al binomio formado por el marido y la mujer en los artículos 116, 117 y 118 del Código, dado que los supuestos de hecho a que se refieren estos artículos sólo pueden producirse en el caso de matrimonios heterosexuales.* Cuyos artículos del CC establecen la presunción y la impugnación de la filiación en el caso de las parejas heterosexuales, obviando a las parejas homosexuales. Es aquí donde entra en juego la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (BOE, nº 126, de 27.5.2006) (en adelante LTRHA), redactado por la Disposición Adicional Primera de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención

²⁹ ACEBAL PÉREZ, M. DE LOS REYES y ÁNGELES SERRANO, M. (2014), "El matrimonio entre personas del mismo sexo en la legislación española y en el derecho internacional privado", *Artículos doctrinales*.

(<http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4934-el-matrimonio-entre-personas-del-mismo-sexo-en-la-legislacion-espanola-y-en-el-derecho-internacional-privado/>)
[Consulta: 24.5.2016]

³⁰ VÁZQUEZ I ALBERT, D. (2015): *El derecho de familia y los nuevos modelos de familia. Novedades doctrinales y jurisprudencia*, Navarra.

relativa al sexo de las personas (BOE, nº 65, de 16.3.2007), dando cobertura legal a estas situaciones³¹, la cual ya se desarrollará posteriormente.

2. *La pareja homosexual con hijos*

Una vez detallada la regulación sobre la pareja, centraré el tema en la filiación y en los problemas jurídicos que encontramos ante la situación de que una pareja homosexual tenga hijos, problemas que se crean ya que de manera natural dos mujeres o dos hombres no pueden tener un hijo entre sí a través de la reproducción, por lo que estas parejas formadas por dos personas del mismo sexo se han visto fuera del acto de la procreación natural. Y, en consecuencia, tienen que acudir a ello por otras vías. En España, concretamente, estas alternativas para poder llevar a cabo la voluntad de tener hijos, son la adopción y las técnicas de reproducción asistida. Me refiero en concreto al Estado español porque si se viaja al exterior, otros países incluyen la posibilidad de llevar a cabo una maternidad subrogada, o más conocida como vientre de alquiler, posibilidad inexistente en nuestro país, por lo menos respecto a su ejecución, porque en cuanto a efectos, se pueden producir, como ya se explicará.

2.1. Alternativas para la no posibilidad de procreación en una pareja homosexual

Para explicar estas vías, cuyo objetivo es dar posibilidad a las parejas del mismo sexo de tener hijos, se tienen que tener en cuenta el CC en materia de filiación y adopción, la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de reproducción asistida y la LTRHA modificada por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. Todas éstas, agregando la Ley 13/2005, han ido regulando materias las cuales carecían de protección jurídica, pero en contraposición a esto, se han ido abriendo nuevos vacíos legales y nuevas dudas.

La coordinación de estas normas con las disposiciones del CC no era la que realmente se tendría que dar, y a esto se le sumaba la diversidad de leyes autonómicas que regulaban las parejas de hecho y como consecuencia, la filiación en estos casos.³²

³¹ STS, Civil, Sec. 1ª, 5.12.2013 (28079110012013100696: José Antonio Seijas Quintana).

En un primer momento, una primera modificación que dio paso a un avance fue la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de reproducción asistida, con su Exposición de Motivos donde hacía referencia a la necesidad de diferenciar la paternidad biológica de la paternidad jurídica. Se explica que los avances científicos van por delante del Derecho, y que a partir de esta Ley se generaban vacíos jurídicos en otras normas. Aquellos elementos que se consideraba que se tenían que revisar y adaptar en el Derecho para no crear estos vacíos eran: *el material embriológico utilizado, los donantes de dichos materiales, las receptoras de las técnicas, y en su caso los varones a ellas vinculados, los hijos y la manipulación a que las técnicas pueden dar lugar*. De esta necesidad nacía otra que era la de regular las formas de determinación de la filiación en esos casos. A partir de esta Ley surgirían la maternidad biológica plena, por la cual se da la gestación del hijo mediante el óvulo de la misma mujer, y la maternidad biológica no plena o parcial, por la cual la madre es la mujer que solo aporta la gestación o los óvulos, una de las dos. Por la parte de la paternidad, solo puede ser genética. Así, la paternidad y la maternidad no son solamente biológicas, sino también *legales, educacionales o de deseo*.³³

Más tarde fue cuando se reguló el matrimonio entre personas del mismo sexo, y no solo eso sino que también se les dio la posibilidad a estas personas de llevar a cabo procedimientos de adopción, ya que se permitía la adopción simultánea por ambos cónyuges sin que repercutiera su orientación sexual, y la adopción de uno de los cónyuges del hijo del otro una vez celebrado el matrimonio.³⁴

Respecto a las parejas de hecho, solo se permitía a las parejas del mismo sexo, la adopción del hijo de la pareja, y no la conjunta³⁵, posibilidad que sí se daba en algunas Comunidades Autónomas, como Aragón, Navarra, País Vasco, Cantabria y Cataluña.³⁶ Centrándonos en el caso de Cataluña, la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña relativo a la persona y la familia su artículo 235-30 permite la adopción por más de una persona, tanto a los cónyuges como a los miembros de una pareja estable, siempre y cuando uno de los

³² BENAVENTE MOREDA, P. (2011), "La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencia actual", *Anuario de Derecho civil*, vol. 64, 1, págs. 77 y 78.

³³ Exposición de motivos de Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

³⁴ BENAVENTE MOREDA, P. (2011), "La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencia actual", *Anuario de Derecho civil*, vol. 64, 1, págs. 78 y 79.

³⁵ Disposición adicional tercera de Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción (BOE, nº 275, de 17.11.1987).

³⁶ BENAVENTE MOREDA, P. (2011), "La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencia actual", *Anuario de Derecho civil*, vol. 64, 1, pág. 82.

dos tenga los 25 años, requisito el cual no es necesario en el caso de que se adopte el hijo del cónyuge o la pareja estable, a diferencia de lo que establece el artículo 175 del CC español.

Por otra parte, y en la misma línea de lagunas legales, la LTRHA dejó algunos aspectos sin resolver, de manera que, en el caso de una mujer, casada con otra, que se sometía a estas técnicas, no se atribuía una doble maternidad a través del consentimiento de la otra, y la única solución posible era acudir a la adopción.³⁷ En este caso, el artículo 6.3 de la citada Ley expone que se necesitará el consentimiento del marido, en ningún caso da la posibilidad de interpretar que pueda ser una pareja homosexual, y más tarde en el artículo 8 se hace referencia a que una vez dado el consentimiento de la mujer y del marido no se podrá impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido. Fue más tarde cuando se permitió atribuir esta doble maternidad a partir de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, donde en su disposición adicional primera añadía un párrafo al artículo 7, anteriormente citado, de la LTRHA. Este párrafo quedaba de la siguiente manera: *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.*

3. La adopción

3.1. La adopción antes de legalizar el matrimonio entre homosexuales

Con anterioridad a la modificación del CC de 2005, una persona homosexual ya tenía la posibilidad desde 1987 de ser adoptante individual. En su artículo 175 regulado en tal año decía que una persona sí podía adoptar cumpliendo con los demás requisitos establecidos.

Aún así, la posibilidad de que una persona homosexual pudiera adoptar no estaba a salvo de encontrarse con piedras en el camino, como es el caso de Fretté contra Francia, una sentencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en 2002 (STEDH, Sec. 3ª, 26.2.2002 (TEDH 2002/10: W. Fuhrmann)). Esta resolución se dicta a partir de que un ciudadano francés, Philippe F., reclama ante dicho tribunal que el Estado Francés ha violado el artículo 14, en relación con el 8, y el artículo 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las libertades Fundamentales (BOE, nº 243, de 10.10.1979). Los hechos son los siguientes: este hombre, soltero y homosexual, presenta una solicitud de consentimiento con el fin de adoptar, la

³⁷ BENAVENTE MOREDA, P. (2011), "La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencia actual", *Anuario de Derecho civil*, vol. 64, 1, pág. 85.

cual es necesaria su admisión para seguir adelante con el procedimiento de adopción. Esta solicitud es rechazada por la Dirección de asistencia social mediante Decisión de 3 de mayo de 1993, cuya denegación se basa en un informe social, el cual, en general, muestra aptitudes educacionales y psicológicas positivas del señor pero alega la ausencia de figura materna, por lo que por ello acaba siendo un informe desfavorable. Ante el rechazo de su solicitud, el señor F. interpone recurso, el cual también es inadmitido por la Decisión de 15 de octubre de 1993. Seguidamente, vuelve a interponer recurso, alegando exceso de poder, ante el Tribunal Administrativo, para anular la última decisión. Este Tribunal admitió el recurso y anuló dicha Decisión, ya que el informe se mostraba favorable y el único motivo contrario a aceptar la solicitud del señor F. era la ausencia de figura materna. A esto se muestra contrario el Departamento de París y recurre la sentencia emitida por el Tribunal Administrativo, ante el Consejo de Estado, alegando que el motivo del rechazo no es la homosexualidad, sino las circunstancias de la vida del señor F., las cuales no son acordes a la posibilidad de adoptar a un menor. Finalmente se vuelve a dictar sentencia en favor de la denegación de la solicitud de consentimiento, por lo que el señor F. presenta ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos su caso, invocando que se han violado los artículos 8 y 14, y 6.1 del Convenio mencionado. Para interés de este trabajo me centraré en los artículos 8 y 14, los cuales se basan en la no discriminación por razón de la sexualidad.

Artículo 14. El goce de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo.

Artículo 8. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar.

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 la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

El señor F. fundamenta la violación de estos artículos en que el informe es desfavorable en base a su homosexualidad, y que esto es una discriminación y una injerencia en su vida familiar, ya que todos los elementos que se han probado en relación a sus aptitudes son positivos. El Tribunal hace referencia a la jurisprudencia, recordando que una diferenciación será discriminatoria cuando no tenga una justificación objetiva y razonable (es decir, que no haya un fin legítimo) o cuando no haya una *relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido*. Éste acaba decantándose por el lado del Estado francés, afirmando, en la misma línea, que la diferenciación de trato no se ha basado en la discriminación por la homosexualidad del señor F., sino en que lo importante y esencial en una adopción es el interés del menor, y siendo

este interés el elemento superior, las circunstancias en las que vive diariamente el señor F. no son adecuadas para aceptar la solicitud de consentimiento, previa a la adopción. A consecuencia de esto, *el derecho del menor limita el derecho al niño*, esto quiere decir que aquello primordial es que el menor que tiene que ser adoptado vaya a una familia y a un entorno adecuado, ya que proviene de una familia de origen con situaciones dramáticas, por lo que si esto no se puede cumplir, el derecho de adoptar a este menor queda restringido. Por ello, el Tribunal acaba dictando que *es innegable que las decisiones de rechazo de la solicitud de consentimiento perseguían un fin legítimo: proteger la salud y los derechos de los niños que puedan verse afectados por un proceso de adopción, para lo cual el consentimiento constituye en principio una condición previa*. Y por otra parte, según el Tribunal, también se cumple con la condición de que se dé la existencia de una justificación a esta diferenciación. Esto se fundamenta de la siguiente manera: *Las autoridades internas, y en concreto el Consejo de Estado basándose, entre otras, en las conclusiones ponderadas y circunstanciadas del comisario del Gobierno, han podido legítima y razonablemente considerar que el derecho de poder adoptar del que se vale el demandante en virtud del artículo 343-1 del Código Civil (francés), tenía como límite el interés de los niños susceptibles de ser adoptados, pese a las aspiraciones legítimas del demandante y sin que se cuestione su elección personal. Si se tiene en cuenta el gran margen de apreciación que se deja a los Estados y la necesidad de proteger la supremacía del interés del menor para alcanzar el equilibrio deseado, el no consentimiento no vulneró el principio de proporcionalidad. En resumen, la justificación que ofrece el Gobierno (francés) parece objetiva y razonable y la diferencia de trato enjuiciada no es discriminatoria en el sentido del artículo 14 del Convenio*.

Como vemos en el caso de la adopción de menores de edad lo que tiene más valor es el interés del menor, por lo que se tenía, y se tiene, que examinar en cada caso concreto, si los adoptantes reúnen los requisitos exigidos y si el interés del menor queda afectado porque sea una persona o una pareja homosexual, o no. Entonces, colocando el interés del menor en el nivel más alto de importancia, estoy en desacuerdo con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El informe elaborado para analizar si el señor F. era idóneo o no para adoptar, en su mayor parte, era favorable, y en ningún momento se hace mención a que algún aspecto de su carácter o de su forma de educar, pueda ser perjudicial para el interés de algún menor. Es más, se hacen pruebas psicológicas en las que es completamente adecuado este señor para poder llevar a cabo la adopción. Y es que si el motivo para declarar idóneas o no a las personas para llevar a cabo una adopción, fuera siempre la existencia de la figura materna o la figura paterna, las parejas homosexuales nunca podrían iniciar este procedimiento, ya que la falta de una de las dos figuras estaría presente en sus vidas. A pesar de mi opinión, la decisión en estos casos dependerá de cada Estado, que son los que se encargan de evaluar a las personas para declarar si finalmente pueden ser adoptantes o no, pero creo que en el caso de que se denegara una adopción por la

“falta de figura materna o paterna” se tendría que justificar y demostrar que esta falta vaya a perjudicar al menor y en qué aspectos.

Volviendo a España, antes de la aprobación del matrimonio entre personas del mismo sexo, es a partir de las leyes de parejas de hecho de las distintas Comunidades Autónomas que la adopción se vuelve una posibilidad para las parejas del mismo sexo. Una de las resoluciones más controvertidas en este tema fue el auto del Juzgado de Primera Instancia número tres de Pamplona, de 22 de enero de 2004, el cual fue el primero en decidir a favor de una adopción por parte de una pareja homosexual. Los antecedentes de hecho de este auto son los siguientes: se trata de dos mujeres que formaban una unión de hecho desde hacía más de siete años y convivían desde 1999. Un año más tarde decidieron ser madres y acudieron al Centro de Planificación Familiar y Educación Sexual del Gobierno de Navarra para acceder a esta maternidad a través de las técnicas de reproducción asistida. Allí se realizaron los informes de valoración a ambas, los cuales fueron favorables, y más tarde se sometió una de ellas a las técnicas de inseminación artificial y fecundación in vitro pero no acabaron en gestación, por lo que posteriormente fue su compañera la que lo intentó y esto dio lugar al nacimiento de gemelas. El paso siguiente fue instar la adopción, por parte de la otra mujer, de las hijas biológicas de su pareja, en base a la Ley Foral de Navarra 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, y al interés superior de las menores.

Los motivos por los que se opuso el Ministerio Fiscal a esa adopción fueron los siguientes: **1.** El artículo 154 del Código Civil hablaba de paternidad y maternidad, no daba opción a dos maternidades o dos paternidades, al igual que los artículos 47 y 48 de la Ley del Registro Civil solo hablan de dos clases de filiación, la paterna y la materna. En este sentido, el CC ya pasó en 2005 a mencionar progenitores en su artículo 154, por lo que actualmente sí podemos interpretar que puede haber dos maternidades o dos paternidades. **2.** La Ley Foral 6/2000 era inconstitucional porque vulneraba el principio de legalidad al estar en clara colisión con el Derecho Común. **3.** Debía esperarse a que se resolvieran los recursos que se habían interpuesto ante el Tribunal Constitucional.³⁸

En aquel momento estaban pendientes por resolver dos recursos de inconstitucionalidad: por una parte se daba el recurso número 5174/2003, por el cual se solicitaba la inconstitucionalidad del artículo 8 de la Ley Foral mencionada, y por otra, el recurso número 5297/2000 por el cual se solicitaba la declaración de inconstitucionalidad de la totalidad de la misma Ley. Pero en dicho

³⁸ España. Juzgado de Primera Instancia núm. 3 (familia) de Pamplona. Auto, de 22 de enero de 2004.

auto se dictó que la interposición de este último recurso no tenía ninguna incidencia en la vigencia de la Ley. Finalmente se acabó declarando que no era inconstitucional dicho artículo 8, y de la Ley Foral solo se admitió la inconstitucionalidad de algunos artículos y todo lo demás del recurso fue desestimado.³⁹

Respecto al artículo 8 de la Ley, regula la adopción conjunta, e iguala en esta situación a la pareja de hecho y al matrimonio, permitiendo así adoptar de manera conjunta a la pareja estable también, por lo que nos encontramos ante la falta de regulación de la adopción sucesiva que es la que interesaba para el caso. Ya que, además de no darse en la Ley Foral, tampoco se permitía esta adopción en el CC, que solo la regulaba a favor de las parejas heterosexuales (artículo 178.2 1 y 2, y disposición adicional tercera de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción (BOE, nº 275, de 17.11.1987)). Sin embargo, no se puede entender que el legislador navarro haya querido excluir esta adopción, si por otra parte, admite la adopción conjunta, y además en estos casos, la adopción se da del hijo biológico o adoptivo del compañero sentimental, y la legislación común permitía esta última maternidad o paternidad con independencia de la identidad sexual o convivencia con pareja del mismo sexo. Por lo que se pudo interpretar que se aceptara también la adopción sucesiva.

Por último, y más importante, después de dejar claro que se daba la posibilidad de la adopción sucesiva, se tenía que analizar si esa mujer era idónea para la adopción, es decir, prevalece por encima de cualquier otro derecho, el interés superior del menor. El artículo 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1990 (BOE, nº 313, de 31.12.1990) establece que *en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienes social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a las que atenderá será el interés superior del niño*. Así como también, el artículo 21.1 dice que *los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuida de que el interés superior del niño sea la consideración primordial*.

Finalmente, por lo expuesto, se permitió la adopción a esta mujer, por lo que resultó ser idónea, y, teniendo en cuenta el interés superior de las menores, cabía aceptar esta adopción sucesiva, y es que no sería lógico, no aceptarla en el caso del derecho foral de Navarra si se tiene en cuenta que se admite para estas parejas la adopción conjunta.

³⁹STC, Pleno, 23.4.2013 (BOE-A-2013-5436: Pascual Sala Sánchez).

Una vez permitida la adopción en estos casos en algunas Comunidades Autónomas, la duda empezó a recaer en la inscripción en el Registro Civil de las dos maternidades o las dos paternidades determinadas legalmente, ya que la Ley del Registro Civil no permitía dos maternidades o dos paternidades. Como la legislación del Registro Civil es competencia del órgano judicial encargado del mismo, es éste el que tiene que decidir sobre si se puede inscribir una adopción realizada por dos personas del mismo sexo, o se tiene que realizar de alguna otra manera.⁴⁰ Así entonces, hubo una resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado que se pronunció en sentido negativo a esto, es decir, una vez haya sido determinada una maternidad biológica, no se podía dar la segunda maternidad por parte de la madre adoptiva. Esta resolución es la número 3611, de 9 de enero de 2002, en la cual dos mujeres catalanas solicitaban la inscripción de la filiación de su hijo a favor de las dos, una como madre biológica, y la otra como comadre. Esto fue denegado por el Juez encargado del Registro Civil, ya que lo que se estaba solicitando era que se inscribiera la paternidad a favor de una mujer (ya que solo se permitía una maternidad y una paternidad), y esto no era biológicamente posible, por lo que por ello lo denegó. Además de rechazar esta solicitud, se le exigió a la madre biológica que apuntara el nombre del padre, por lo que ésta dejó escrita una M para cumplir con la exigencia. Después de esto, las dos madres interpusieron recurso en contra alegando que llevaban una relación desde 1983.

El fundamento para contradecir esto fue el artículo 87 del Código de Familia de Cataluña, aprobado por la Ley 9/1998, de 15 de julio (BOE, nº 198, de 19.8.1998) (ya derogada), cuyo contenido establecía que la maternidad era única en nuestro Derecho y quedaba determinada por naturaleza, y además se alegó el principio de veracidad biológica, el cual, decía la resolución, *inspiraba nuestro ordenamiento en materia de filiación y se oponía frontalmente a que, determinada la maternidad por el hecho del parto, pudiera sobrevenir otro reconocimiento de la maternidad por otra mujer.* Acaba diciendo la resolución, que la única manera de que se lleve a cabo la inscripción de la filiación a favor de la segunda madre, es que ésta inicie el procedimiento de adopción, procedimiento el cual aún no se permitía en el Estado Español ni en Cataluña.

a) ¿Qué regulaba Cataluña?

Lo que no se permitía en la ley de manera expresa, hasta entonces, era que un menor fuera adoptado por más de una persona, a excepción de los cónyuges (en aquel momento solo parejas

⁴⁰ España. Audiencia Provincial de Guipúzcoa. Auto, de 13 de mayo de 2005.

heterosexuales). Es decir, no solo no podía adoptar una pareja homosexual, sino que fuera del matrimonio tampoco se daba la posibilidad a las parejas heterosexuales.

Cataluña, en concreto, la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia, sí permitía a las parejas de hecho adoptar⁴¹ y para el caso que se analiza, fue más adelante que se reguló la adopción por parejas del mismo sexo con la Ley 3/2005, de 8 de abril, de modificación de la citada Ley 9/1998, de la Ley 10/1998, de uniones estables de pareja, y de la Ley 40/1991, del Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de Cataluña, en materia de adopción y tutela (BOE, nº 111, de 10.5.2005). En el preámbulo de la Ley 3/2005 nos explica que con ésta se elimina la restricción legal a la adopción por parejas homosexuales, en el marco de la Resolución del Parlamento Europeo de 4 de septiembre de 2003, sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea, en la cual se reitera otra Resolución, la de 8 de febrero de 1994, sobre la igualdad de los derechos de los gays y las lesbianas en la Comunidad Europea, en la cual se establece que los Estados miembros han de velar por la aplicación del principio de igualdad de trato, sin llevar a cabo discriminaciones por razón de la orientación sexual de las personas, en todas las disposiciones jurídicas y administrativas. También nos dice que la CE garantiza la protección de la familia y del interés de los menores, aunque la familia no tiene porqué venir de la figura del matrimonio tradicional, sino que hay otros tipos de familia que también merecen esta protección, dando la posibilidad a dos hombres o a dos mujeres de ser idóneos para formar una de estas familias. Por lo tanto, en un primer momento lo que se hace a través de esta Ley es equiparar las parejas homosexuales a las heterosexuales modificando el mencionado artículo 115-2 de la antigua Ley de 1998, que pasó de esta redacción: *Sólo se admite la adopción por más de una persona en el caso de los cónyuges o la pareja de hombre y mujer que convivan maritalmente con carácter estable. En tales casos, es suficiente que uno de los adoptantes haya cumplido veinticinco años.* A esta otra: *Sólo se admite la adopción por más de una persona en el caso de los cónyuges o de las parejas que conviven con carácter estable. En tales casos, es suficiente que una de las personas que adopta haya cumplido veinticinco años.*⁴²

Además, con esta Ley se consigue que la adopción sucesiva, es decir, que un miembro de la pareja homosexual adopte a los hijos del otro, sea reconocida, dejando el artículo 117 de la anterior Ley, de esta manera: *Pueden ser adoptadas las personas menores no emancipadas en los siguientes supuestos: Los hijos del cónyuge o de la persona con quien el adoptante convive en relación de pareja con carácter estable. En tales casos, la adopción requiere que la filiación no esté determinada legalmente respecto al otro progenitor, o que éste haya muerto, o que esté privado de la potestad, o que esté incurso en una causa de privación de la potestad, o que haya dado su asentimiento. b) Los huérfanos que*

⁴¹ Artículo 115 del capítulo I del título V de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia.

⁴² VV.AA. (2006): *Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo*, Madrid.

*son parientes del adoptante hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad. Y, a consecuencia de esta modificación, se reforma también el artículo 127-2 para disponer que la adopción en este caso no extinguirá el vínculo de parentesco entre la persona adoptada y su familia de origen.*⁴³

Además se modifica el artículo 132 con un nuevo párrafo en el que se establece que si las personas que tienen la patria potestad de un menor son dos mujeres, serán las madres y si son dos hombres, serán los padres.

Por último, respecto a los apellidos también se hace referencia y la Ley introduce disposiciones en el caso de que se trate de una pareja homosexual, diciendo el artículo 128 lo siguiente: *La persona que es adoptada conjuntamente lleva los apellidos de los adoptantes en el orden que establece la ley o en el orden que éstos acuerden en la inscripción del primer hijo o hija que tengan en común. Si los adoptantes son del mismo sexo, el orden de los apellidos es el que elijan de común acuerdo. Si no hay acuerdo, el orden lo decide el juez o jueza de primera instancia, dentro del procedimiento de adopción. 2. El adoptado o adoptada por una persona lleva los apellidos de ésta, salvo en el caso al que se refiere el artículo 117.1.a), en el cual conserva el apellido de la persona con quien tiene el vínculo de filiación previamente establecido, de acuerdo con las normas del apartado 1 respecto al orden de los apellidos. Si esta persona es del mismo sexo que el adoptante, ambos deben establecer el orden de los apellidos de común acuerdo en el momento de la adopción. Si no hay acuerdo, el orden lo decide el juez o jueza de primera instancia. En los supuestos anteriores de elección, petición de inversión o conservación, en el momento de la adopción, los apellidos de la persona adoptada deben ser acordados expresamente en la parte dispositiva de la resolución judicial por la que se constituye la adopción.*

Una vez abierto el camino al matrimonio formado por dos personas del mismo sexo, el siguiente paso fue legalizar en todo el Estado la posibilidad de adopción a estas parejas. El legislador lo primero que hizo fue permitir la adopción a los cónyuges, independientemente de su orientación sexual, para no producir una discriminación, y a consecuencia de ello aquellas parejas casadas del mismo sexo pasaron a tener la capacidad legal para adoptar. Respecto a las parejas de hecho, en este momento, solo se permitía la adopción conjunta en algunas Comunidades Autónomas como ya se ha explicado, y ha sido recientemente cuando ha surgido la norma estatal que establece que se pueda adoptar también dentro de una pareja de hecho.

3.2. La adopción después de legalizar el matrimonio entre homosexuales

a) Adopción en el matrimonio

⁴³ VV.AA. (2006): *Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo*, Madrid.

Después de la modificación del CC y del pronunciamiento del Tribunal Constitucional a favor de su constitucionalidad, se tiene que volver a hacer referencia a la STC, Pleno, 6.11.2012 (BOE-A-2012-14602), ya que en su fundamento 12 hace referencia a la adopción por cónyuges homosexuales. Este fundamento versa sobre la constitucionalidad del apartado 4 del artículo 175 del CC, en base a la posible vulneración del artículo 39.2 de la CE, el cual trata el deber de protección integral de los hijos. La parte recurrente (los 61 diputados del Partido Popular) alega que se vulnera este artículo de la CE ya que se antepone la legitimación o la homologación de las parejas homosexuales al interés del menor. Es decir, se considera que se está dando más importancia a dar una equiparación de la pareja homosexual a la heterosexual, que al interés superior del menor y a la idoneidad que necesitan estas parejas para poder adoptar. Por otra parte, el Abogado del Estado defiende la postura de que el deber de protección integral de los hijos no tiene porqué verse perjudicado por el hecho de que se permita o no adoptar a las parejas homosexuales casadas. En cada caso de adopción se realiza un examen de idoneidad para llevarla a cabo o no, y el hecho de que una persona o pareja sea homosexual y pueda adoptar no tiene porqué desfavorecer este examen, es decir, de manera general el admitir que los homosexuales adopten no será perjudicial para el interés de los menores, al contrario, abriéndoles las puertas a las parejas homosexuales para poder adoptar, se les está dando más posibilidades a los menores que se encuentran en situaciones de desamparo y que necesitan de estas familias adoptivas. Es más, también se podría decir, que una pareja homosexual podría llegar a proporcionar una familia más adecuada, que alguna pareja heterosexual.

El Tribunal Constitucional en este fundamento jurídico 12 hace referencia al, ya explicado, asunto de Fretté contra Francia, extrayendo algunas líneas de esta sentencia para acabar afirmando que el niño que se da en adopción tiene que ir a una familia que esté en condiciones favorables para poder hacerlo, y que por encima del derecho de la familia (de los adoptantes) está el derecho del niño, con esto ya claro, el Tribunal continúa diciendo que *no existe certeza que permita afirmar actualmente que esas condiciones no puedan ser proporcionadas por una pareja homosexual*. Tal y como dictó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cada Estado tiene un margen de apreciación en este sentido, ya que son los Estados los que están más capacitados para observar *los intereses de su sociedad en conjunto*, y por ello España, en este caso, es capaz y competente para permitirle la adopción a los cónyuges, con independencia de su orientación sexual.

En este punto podemos hacer referencia al Convenio en materia de adopción de menores, hecho en Estrasburgo, el 27 de noviembre de 2008, el cual está ratificado por España. En el artículo 7 del Convenio, se permite la adopción a dos personas de sexo diferente (que hubieran contraído

matrimonio entre sí, o que constituyan una pareja de hecho registrada) o bien a una sola persona, pero más adelante, el segundo apartado del mismo artículo nos dice que *los Estados tendrán la posibilidad de ampliar el alcance del presente Convenio a las parejas homosexuales que hubieren contraído matrimonio o registradas como parejas de hecho, igualmente tendrán la posibilidad de ampliar el alcance del presente Convenio a las parejas heterosexuales y homosexuales que vivan juntas en el marco de una relación estable*. De esta manera, el Convenio lo que hace es dar ese margen de apreciación que se mencionaba anteriormente, es decir, los Estados tienen que seguir aquello establecido por el Convenio, pero en este caso pueden decidir ellos mismos lo que crean conveniente. De esta manera el Convenio establece una obligación en el apartado 1 del artículo 7, y por otra parte, da la posibilidad de actuar bajo la propia voluntad de cada Estado en su apartado 2.

Por lo tanto, volviendo a la sentencia del Tribunal Constitucional, éste acaba dictaminando que el artículo 39.2 de la CE no fue vulnerado por el legislador español.

Dicho Tribunal recuerda que nuestra CE no tiene un derecho fundamental que sea el derecho a adoptar, pero sí que contiene *mecanismos suficientes en las disposiciones que regulan la adopción nacional (los artículos citados ya del CC, 175 en adelante, disposiciones autonómicas y la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (BOE, nº 15, de 17.1.1996)) e internacional (Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional (BOE, nº 312, de 29.12.2007)) como para garantizar la preservación del interés superior del menor en el proceso de adopción, garantía contemplada también en el artículo 21 de la Convención de los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el día 30 de noviembre de 1990, como fin primordial por el que deben velar los Estados*. Y así, deja claro que lo esencial es, como ya se ha mencionado, el interés superior del menor, y en el caso de que el legislador español no lo garantizara sí que se estaría vulnerando este artículo 39.2, garantía la cual sí que se da y por ello se acaba resolviendo conforme el nuevo artículo 175.4 es constitucional.

Además, también se nombra la sentencia 176/2008 (del mismo tribunal constitucional), de 22 de diciembre, la cual acabó también en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencia, de 30 de noviembre de 2010, asunto p.V. contra España). De esta sentencia se extrae la idea de que *en modo alguno lo que resulta constitucionalmente admisible es presumir la existencia de un riesgo de alteración efectiva de la personalidad del menor por el mero hecho de la orientación sexual de uno u otro de sus progenitores*.

En conclusión, lo que deja claro el Tribunal Constitucional es que se permite a las parejas homosexuales unidas en matrimonio adoptar, siempre y cuando sean idóneos para ello, requisito el cual también deben cumplirlo las parejas heterosexuales, a lo que podemos entender que se intentan igualar las situaciones. Sin embargo, los exámenes de idoneidad de una pareja

homosexual van mucho más allá que los de una pareja heterosexual. Aunque cada vez menos, aún podemos encontrarnos con casos como el de Fretté, en los que la persona sea completamente apta para adoptar, pero se le ponga impedimentos por el hecho de las circunstancias de su vida, ya no en sí por ser homosexual, pero sí, por ejemplo, por la repetitiva carencia de figura materna o paterna. Otro caso similar al de Fretté, pero más reciente, es el de la pareja formada por José María y José Luis, ambos llevan 18 años viviendo juntos en Córdoba (Andalucía) y en el año 2011 decidieron iniciar el procedimiento para adoptar a un niño. Éstos se ofrecieron a adoptar a un grupo de hermanos y a niños con necesidades educativas especiales, afirmando que la formación de José María (maestro y psicopedagogo) les haría más fácil sobrellevar las situaciones complicadas. Después de cuatro años esperando, fueron requeridos para pasar por el examen de idoneidad que se comentaba, el cual en Andalucía es llevado a cabo por el grupo Eulen, una empresa que está subcontratada para esto por la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales. Seguidamente, los dos hombres se quedaron sorprendidos ante la respuesta de la empresa. El informe que se elaboró les consideraba *una pareja estable, madura y autónoma, con proyectos y actividades comunes, con presencia de afecto y compromiso personal, una relación equilibrada y apacible en la que ambos se sienten cómodos y satisfechos*, pero finalmente se les rechazaba la solicitud de adopción porque, y así lo cuenta el mismo José María, *quieren adoptar por prestigio social, no tienen conciencia adoptiva o porque por la formación de éste, profesionalizarían la educación del menor*. Además, el informe destaca que se aprecia en la pareja *una marcada tendencia a normalizar o dar naturalidad a su situación personal que les lleva a negar la especial complejidad que está implícita en las familias homoparentales y a minimizar el impacto emocional que podría tener para su hijo*. De esto entendemos que Eulen les considera no idóneos para ser padres, por el hecho de que vivan con normalidad su condición sexual, también declara el informe de la empresa que serían *incapaces de ayudar al niño a hacer frente a reacciones homofóbicas de terceros*. Los hombres se mostraron disconformes con lo dispuesto y presentaron alegaciones que fueron aceptadas por la Junta, para que se realizara otro informe. La Delegación de Igualdad, Salud y Políticas Sociales ha asegurado que cuando se reciben los informes de Eulen, éstos son supervisados por los técnicos de la Delegación Provincial, y que si se cree oportuno la familia puede ser examinada y valorada por los equipos propios de la Administración, hecho el cual requiere de un largo tiempo añadido a todo el que llevan dedicado estos dos hombres. *La Junta asegura que la Administración ejerce un continuo control y seguimiento de la actividad desarrollada por Eulen, sin que se haya observado hasta la fecha ninguna intervención irregular y que las diferencias de criterio profesional forman parte de la dinámica habitual en estos procedimientos*. Finalmente, el segundo informe elaborado ha vuelto a ser

desfavorable, por lo que esta pareja cree firmemente en que los criterios han sido subjetivos y que no merecen ese trato desfavorable.⁴⁴

O también nos pueden surgir otros problemas como el de una sentencia que tiene relación con un juez, ya conocido por algunas resoluciones un tanto “personales” y es la STS, de lo Penal, Sec.1ª, 30.10.2009 (RJ/2010/1995: Francisco García Pérez) en la cual se decide si ha cometido el delito de retraso malicioso en la Administración de Justicia, por retrasar, con todos los impedimentos posibles, el procedimiento de adopción llevado por un matrimonio de dos mujeres.

Los hechos son los siguientes: el 12 de junio de 2006 en el Juzgado de Primera Instancia de Murcia entra expediente de adopción por parte de dos mujeres, a la espera de ser aprobado y poder llevar a cabo la adopción por parte de una de ellas, de la hija biológica de su cónyuge. El 18 de agosto el mencionado juez las cita para que sean examinadas y se realice un informe para valorar su idoneidad, el cual acaba siendo favorable y aprobado por el Fiscal seguidamente el 21 de septiembre del mismo año. A partir de aquí el juez tiene en su mesa el procedimiento pendiente de resolución, la cual se da el 4 de abril de 2007 mediante auto que exige a la mujer que solicita la adopción, que nombre a su abogada, ya que no constaba como letrada en el Colegio de Abogados, a la vez se les exige que hagan constar a un defensor judicial para la menor que se quiere adoptar, haciendo referencia a múltiples artículos que hablan del derecho de los menores a ser oídos, y como ésta es menor de 14 meses, es necesario un defensor judicial, además del Ministerio Fiscal. El cargo de defensor judicial, establece el juez, que recaerá sobre la Dirección General de Familia y Servicios sectoriales de la Consejería de Trabajo y Política Social de la CARM. El 27 de abril se nombre como tal al Jefe de este servicio y se vuelve a citar a las dos mujeres, las cuales presentan recurso contra el auto dictado el 4 de abril, aunque éste no se admite. Se presenta otro informe favorable para la adopción, y el juez aún sin estar convencido pide a todo un grupo de psicólogos que prestan sus servicios en la Entidad Pública, que contesten a preguntas como: *la influencia que para el desarrollo armónico de la menor puede tener la falta de la figura paterna, y la tenencia por el contrario de dos figuras maternas, ¿es irrelevante, desde el punto de vista de la supremacía del interés del menor, que los progenitores, biológico o adoptivo, con quienes aquél diariamente convive sean o no del mismo sexo? ¿No es alta la probabilidad, por ejemplo de que sea homosexual, imitando el patrón que ha vivido en casa en sus años fundamentales para la formación de su personalidad?* Éstos se niegan a responder a estas preguntas, ya que consideran que sus

⁴⁴ ARJONA, A.R. (2015), “Una pareja estable y madura pero no apta para ser padres”, *Diario Córdoba*. (http://www.diariocordoba.com/noticias/cordobalocal/pareja-estable-madura-no-apta-ser-padres_1028349.html) [Consulta: 24.5.2016]

respuestas son ideológicas, por lo que finalmente el juez acaba apartándolos del proceso, igual que al defensor judicial de la menor, y además suspende el plazo para dictar resolución. Ante esto, las dos mujeres presentan recurso y piden la recusación de dicho juez, lo cual se retrasa por estar de baja médica éste. Al volver a su labor, rechaza la recusación, y las dos mujeres vuelven a interponer recurso, ahora ya ante la Audiencia Provincial, la cual en su sentencia de 23 de diciembre de 2008, condena al juez por delito de retardo malicioso con la agravante de desprecio de la orientación sexual, a la pena de dos años, tres meses y un día de inhabilitación especial para desempeño de cargo público y a pagar una indemnización de 6.000 euros a la perjudicada. En contra de tal sentencia, el juez presenta recurso ante el Tribunal Supremo alegando que no ha habido ánimo de retardar el procedimiento y que no puede darse la agravante por discriminación por razón de la orientación sexual. Mientras tanto, el 14 de diciembre de 2008, un juez sustituto aprobó la adopción a estas dos mujeres.

El tribunal Supremo establece en la sentencia que el retardo puede darse o bien porque no se realiza ningún tipo de avance o bien porque se hacen realizar ciertos trámites que son inútiles o inadecuados, y acaba diciendo que esta adopción ha sido *anormalmente desplazada en el tiempo y que la intención del juez era impedir la aplicación de la solución dada por la Ley, aunque actuara en paralelo a una ideología jurídica, o metajurídica, propia o de algún sector social*. Respecto a la agravante, el Tribunal acaba resolviendo que la discriminación por razón de la orientación sexual no se puede tener en cuenta como agravante ya que es el elemento constitutivo del delito, es decir, *tal discriminación carece, en el caso que nos ocupa, de sustantividad separable de la conducta típica, la acumulación de la penalidad por agravación a la correspondiente al tipo básico implica penar doblemente unos mismos elementos fácticos, hecho el cual no puede suceder en nuestro Derecho*. Con lo cual se acaba dictando otra sentencia en la que se condena al juez *como autor penalmente responsable de un delito de prevaricación judicial previsto en el artículo 446.3º del Código Penal (BOE, nº 281, de 24.11.1995) (en adelante CP), no continuado, sin circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad penal, a las penas de doce meses de multa (con una cuota diaria de dos euros y la responsabilidad personal subsidiaria a que se refiere el art. 53.1 CP), e inhabilitación especial para cargo de Juez o Magistrado por tiempo de diez años, al pago de las costas de la instancia (incluidas las de la revelaste Acusación Particular) y a que indemnice en 6.000 euros a la mujer que instaba la adopción*.

Dejando a un lado los obstáculos, para acabar con este apartado, me referiré a la adopción sucesiva. El artículo 175.4 del CC español, además de permitir de manera expresa las dos formas de adopción, dice que *el matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permitirá al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte*. Esto nos lleva a diversas situaciones: se puede dar el caso de

que una persona haya adoptado de manera individual y más tarde se case con otra del mismo sexo y ésta última quiera adoptar a los hijos adoptados de aquella; también puede ser, que una vez casadas dos personas homosexuales, una de ellas decida adoptar a los hijos (adoptivos o biológicos) de la otra, siempre que éstos no tengan determinada la filiación respecto a otro progenitor; además, puede haber dos mujeres que quieran casarse y después del matrimonio, una de ellas quiera adoptar al menor o menores hijos de la otra, la cual pudo tenerlos sometiéndose a las técnicas de reproducción asistida siendo soltera; o en esta misma situación, aun estando casadas puede darse que la otra mujer no prestara su consentimiento ante las técnicas por lo que no se determinó la filiación respecto a ésta y posteriormente tuvo voluntad de adoptar.

Para la adopción sucesiva se dan unas características especiales: el artículo 176, apartado 2 del CC español establece las situaciones en las que no se requerirá la propuesta previa de la entidad pública, que se basa en un informe sobre la idoneidad de los adoptantes, dentro de las cuales se da la de la adopción sucesiva; de manera excepcional en el artículo 178, apartado 2 del mismo código, se enumeran dos situaciones en las que subsistirán los vínculos jurídicos con la familia del progenitor, una de las cuales es la adopción sucesiva también.⁴⁵

b) Adopción en la pareja de hecho

En el otro lado se encuentra la posibilidad de adoptar de las parejas de hecho homosexuales. El magistrado Juan José González Rivas se ha manifestado en contra de que las parejas de hecho homosexuales adopten, en la citada STC, Pleno, 6.11.2012 (BOE-A-2012-14602), y también en la STC, Pleno, 23.4.2013 (BOE-A-2013-5436), en la que se resuelve un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso en relación con la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables. El magistrado se muestra en esta *posición por entender que de los parámetros constitucionales expresamente prefijados en los artículos 32 y 39 de la Constitución se infiere la imposibilidad de desarrollar una relación de filiación adoptiva por dos adoptantes del mismo sexo*, lo cual sería acorde con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencia de 26 de febrero de 2002, Asunto Fretté contra Francia, sentencia de 24 de junio de 2010, Asunto Schalk

⁴⁵ BENAVENTE MOREDA, P. (2011), "La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencia actual", *Anuario de Derecho civil*, vol. 64, 1, págs. 117 y 118.

y Kopf contra Austria, y sentencia de 30 de noviembre de 2010, Asunto p.V. contra España).⁴⁶ Para poder afirmar esto se basa en los siguientes puntos:

a) El reconocimiento de la plena constitucionalidad de la Ley 13/2005 impugnada en este recurso implica una manifiesta preterición de un signo estructural y básico de la institución matrimonial, que ha sido reconocido en la realidad social y jurídica con carácter preexistente al texto de nuestra Constitución y que, con fundamento en el artículo 32.1, se basa en la disparidad de sexos en los contrayentes. De este modo, la referencia explícita en la Constitución al «hombre y mujer» se pierde al permitirse que se integren en el núcleo esencial de la institución matrimonial uniones basadas en personas del mismo sexo que no viene exigida por el Derecho europeo ni por las convenciones internacionales, como hemos subrayado.

b) Las precedentes consideraciones no excluyen que, en mi opinión, el legislador regulara, al margen de la institución matrimonial, otras fórmulas de convivencia, dotando de un específico régimen jurídico, todas las uniones asimilables pero diferenciadas de la institución matrimonial, en forma de contrato, pacto o acuerdo, comprendiendo en dicha regulación el contenido esencial de sus derechos y obligaciones.

c) La inclusión de las parejas del mismo sexo en la garantía constitucional del matrimonio implica reconocer una actuación que era indisponible por el legislador ordinario, lo que supone una mutación constitucional, al margen del procedimiento de reforma previsto en el art. 167 CE.

d) La modificación legal al permitir la filiación por adopción efectuada por adoptantes del mismo sexo contraviene la configuración constitucional de la filiación y atenta al prevalente interés del menor, en la forma prevista en la legislación y jurisprudencia que hemos considerado aplicable.⁴⁷

Respecto a la legislación, la situación de las parejas de hecho difería, en la adopción conjunta, de la del matrimonio por lo que se ha explicado al principio de este capítulo, la regulación de estas parejas era muy diversa dependiendo de la Comunidad Autónoma de que se tratara, ya que no había una norma estatal que regulara esto de manera homogénea. Fue con la disposición adicional tercera de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, en materia de adopción y otras formas de protección de menores con la que se asimiló a los matrimonios (de parejas homosexuales y heterosexuales), a las parejas de hecho heterosexuales, a efectos de permitir la adopción simultánea o conjunta. Es decir, establecía la capacidad de los matrimonios, tanto de parejas homosexuales como heterosexuales, de adoptar y se le daba también a las parejas de hecho pero

⁴⁶ JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J. (2014), “La atribución de la filiación de los hijos a la esposa o compañera de la madre en las parejas de lesbianas. Un estudio de la jurisprudencia reciente”, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, núm. 6, pág. 57.

⁴⁷ STC, Pleno, 6.11.2012 (BOE-A-2012-14602)

éstas solo heterosexuales,⁴⁸ ya que hacía mención de una pareja formada por hombre y mujer. La posibilidad que les quedaba a estas parejas era adoptar de manera individual, como ya se ha dicho, descartando la segunda maternidad o paternidad, es decir, dejando a un lado el reconocimiento legal del otro miembro de la pareja, el cual también se encarga de la educación y del cuidado del menor.

Cabría decir que una pareja de hecho homosexual podía llevar a cabo el acogimiento, aunque esta figura no establece la filiación, es decir no se reconoce ni maternidad ni paternidad en este caso. Por lo que no resultaba idóneo que se permitiera el acogimiento y no la adopción, ya que los criterios para ambos casos son básicamente los mismos, excepto de la diferencia esencial de que en el acogimiento se mantiene la relación con la familia de origen del menor. Por lo que tampoco era idóneo que se permitiera adoptar de manera individual, si a modo de regularización la convivencia sería homoparental, dejando al menor sin la protección necesaria y real.⁴⁹

Otra opción que quedaba al respecto, era la adopción sucesiva, en tal caso la normativa estatal ya se pronunciaba a favor de ella para las parejas de hecho, sin embargo no lo hacía de manera directa, sino que se podía deducir de la nueva redacción del apartado 2 del artículo 178 del CC. Este artículo no hace referencia a la capacidad de adoptar, sino que establece los casos en los que no se extinguen los vínculos jurídicos entre el menor adoptado y los progenitores:

Artículo 178. 2. Por excepción subsistirán los vínculos jurídicos con la familia del progenitor que, según el caso, corresponda: 1.º Cuando el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante, aunque el consorte hubiere fallecido. 2.º Cuando sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado, siempre que tal efecto hubiere sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el progenitor cuyo vínculo haya de persistir.

Como vemos, el primer caso hace referencia a la adopción sucesiva pero en el matrimonio, y por otra parte el segundo explica el supuesto en el que uno de los progenitores no esté determinado siempre que se cumplan los requisitos establecidos. Este segundo supuesto fue modificado por la Ley 13/2005, como ya se ha dicho, suprimiendo aquí la exigencia de que el adoptante sea de diferente sexo al otro progenitor. Se puede deducir que este segundo apartado hace referencia a las parejas de hecho, ya que el primero recoge de manera expresa a los cónyuges. La duda aquí

⁴⁸ BENAVENTE MOREDA, P. (2011), "La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencia actual", *Anuario de Derecho civil*, vol. 64, 1, pág. 119.

⁴⁹ ABOLAFIO MORENO, E y RUBIO GUTIÉRREZ, M.J. (2004), "Adopción y parejas de hecho", *Portularia: Revista de trabajo social*, vol. 4, pág. 237.

era si solo se podía adoptar al hijo del otro miembro de la pareja de hecho en el caso de que la filiación fuera por naturaleza, o si también cabía en el caso de que fuera adoptado. Del artículo 175.4 del CC de 2005 se deducía que solo se permitiría esta adopción en el caso de que el hijo lo fuera por naturaleza del otro miembro de la pareja, ya que establecía que *nadie podía ser adoptado por más de una persona salvo que la adopción se realizara por ambos cónyuges*, aunque no cobrara mucho sentido entender que solo se admitiría una segunda paternidad por adopción si la primera lo era por naturaleza. Sin embargo, se entendía así de la literalidad de la ley.⁵⁰

Por lo que para que una pareja de hecho homosexual, en un primer momento, pudiera adoptar simultáneamente dependería de la Comunidad Autónoma en la que se encontrara. Respecto a Cataluña, en el artículo 235-30 del Código Civil catalán, se permite adoptar de forma conjunta y sucesiva tanto a los cónyuges como a las parejas estables, independientemente de su orientación sexual, desde 2005. En el caso de la sucesiva, cumpliendo, de igual manera que el español, con el requisito de que la filiación no esté determinada legalmente respecto a otro progenitor, o que éste haya muerto, esté privado de la potestad, esté sometido a una causa de privación de la potestad o haya dado el asentimiento.

Con la última modificación del CC español, que se dio en 2015, podríamos decir que una pareja de hecho homosexual ya puede adoptar, tanto conjunta como sucesivamente, ya que les permite a las parejas unidas por análoga relación de afectividad a la conyugal esta posibilidad y no hace referencia a la orientación sexual⁵¹. Por lo que hemos avanzado hasta igualar de manera completa a las parejas heterosexuales y homosexuales, estén unidas en matrimonio o no. Esta modificación fue introducida por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE, nº 180, de 29.7.2015). Esta ley se crea para dar protección jurídica a todas las nuevas situaciones actuales que se dan a partir de los cambios sociales que se producen y que afectan a los menores, sobre todo para seguir cumpliendo con el artículo 39 CE, es decir, más que nada para poder cumplir con *la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, y en especial, de los menores de edad, de conformidad con los Convenios internacionales*. La finalidad de esta norma es introducir estos cambios *para que la legislación de protección a la infancia y a la adolescencia permitan continuar*

⁵⁰ BENAVENTE MOREDA, P. (2011), "La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencia actual", *Anuario de Derecho civil*, vol. 64, 1, págs. 119 y 120.

⁵¹ Artículo 175.4 de la sección 2 del capítulo V del título III del Código Civil Español.

*garantizando a los menores una protección uniforme en todo el territorio y constituya una referencia para las Comunidades Autónomas.*⁵²

Dicha ley modifica, respecto a la adopción, los artículos 175, 176, 177, 178 y 180, y para interés de este apartado, podemos destacar que el artículo 177, en relación con el procedimiento de adopción, añade, entre quienes deben asentir a la adopción, a la persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad a la conyugal⁵³.

Es decir, en consecuencia de este nuevo artículo y siguiendo la postura de las Comunidades Autónomas, y de la STC, Pleno, 6.11.2012 (BOE-A-2012-14602) y de la STC, Pleno, 23.4.2013 (BOE-A-2013-5436) pueden adoptar los cónyuges y también las parejas de hecho, sin que su orientación sexual infiera en ello. Esto también *se acompaña de la previsión expresa, de que el matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permitirá al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte, que será también de aplicación a las parejas que se constituyan con posterioridad.*⁵⁴

Respecto al nuevo y reciente artículo 175.4, podemos decir que el anteproyecto de esta Ley citada hacía referencia a la pareja de hecho inscrita en el correspondiente registro, a lo que el Consejo General del Poder Judicial, en su informe, sumaba que esta pareja estuviera unida de forma permanente y que fuera una relación análoga a la conyugal. De igual manera se pronunciaba el Consejo Fiscal. Más adelante, en el proyecto de Ley, se acaba estableciendo que nadie podrá ser adoptado por más de una persona, a excepción de que sea por los cónyuges o por las parejas unidas por análoga relación de afectividad a la conyugal, eliminando el requisito de la inscripción en el registro. Y así es como queda finalmente para el texto definitivo de la Ley, sin embargo no se especifica qué tipo de relación es aquella análoga a la conyugal o qué pruebas se tienen que llevar a cabo para demostrarlo, entre otros elementos. Lo que sí que se deja de exigir es la permanencia de la pareja, por lo que de esta manera no es necesario que ésta lleve un tiempo determinado unida en convivencia para que pueda adoptar.⁵⁵

⁵² PANIZA FULLANA, A. (2015), "La modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8/2015, pág. 1.

⁵³ Preámbulo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

⁵⁴ RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J. (2016), "Últimas reformas de las instituciones privadas de protección de menores y la filiación por la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3/2016, pág. 10.

⁵⁵ CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (2015), "Recientes reformas legislativas en materia de capacidad para adoptar y ser adoptado", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, págs. 224 y 225.

De manera contraria, sí que hay Comunidades Autónomas que establecen como requisito un tiempo concreto de convivencia para poder llevar a cabo esta adopción conjunta. Por ejemplo la Ley Foral Navarra 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción y atención a la infancia y a la adolescencia (BOE, nº 1, de 2.1.2006), exige una convivencia de dos años en su artículo 74. Requisito el cual lo exige de la misma manera el artículo 83.1 de la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de atención y protección a la infancia y la adolescencia del País Vasco (BOE, nº 274, de 14.11.2011). La Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de La Rioja (BOE, nº 70, de 23.3.2006), en su artículo 96 excluye de la posibilidad de adoptar a aquellos solicitantes que no acrediten tres años de convivencia.⁵⁶ En Cataluña, este requisito no está regulado en su Código Civil.

También se regulan los efectos que tienen la ruptura del matrimonio o de la pareja de hecho, sobre el expediente de adopción en tramitación en el nuevo apartado 5 del artículo 175. Es así, que se permite que se lleve a cabo la adopción, aun cuando haya una ruptura antes de la propuesta de adopción, siempre que se cumplan estos requisitos: *que el adoptando se encuentre en acogimiento permanente o guarda con fines de adopción de dos cónyuges o de una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal, que la separación o divorcio legal o ruptura de la relación de los mismos conste fehacientemente con anterioridad a la propuesta de adopción y que se acredite la convivencia efectiva del adoptando con ambos cónyuges o con la pareja unida por análoga relación de naturaleza análoga a la conyugal durante al menos dos años anteriores a la propuesta de adopción.*⁵⁷

c) Inscripción en el registro civil

A partir de todo lo explicado, después de la modificación del CC se crea un doble régimen a la hora de inscribir la filiación en el Registro civil, por una parte la tradicional inscripción del padre y de la madre respecto del hijo, y por otra, se crea un nuevo régimen para dar solución a las situaciones en las que hay dos madres o dos padres, así, se habla de inscribir al progenitor A y al progenitor B, para que no haya distinciones y esto puedan ser o dos hombres o dos mujeres, o un hombre y una mujer. Es decir, después de haber igualado en derecho a las parejas heterosexuales y las homosexuales, se tienen que seguir modificando algunos aspectos, en cuanto a los efectos de estas situaciones. Este doble régimen del que hablaba lo reguló el artículo cuarto, sobre la modificación de los modelos oficiales de las inscripciones principales de nacimiento, de la Orden JUS/568/2006, de 8 de febrero, sobre modificación de los modelos de asientos y certificaciones

⁵⁶ CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (2015), "Recientes reformas legislativas en materia de capacidad para adoptar y ser adoptado", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, págs. 225 y 226.

⁵⁷ Artículo 175.5 de la sección 2 del capítulo V del título III del Código Civil Español.

del Registro civil y del Libro de Familia (BOE, nº 53, de 3.3.2006), la cual tiene por objeto *la adecuación a la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, del modelo oficial del Libro de Familia, del modelo oficial de certificación en extracto de la inscripción de matrimonio y de los modelos de las inscripciones principales de nacimiento y matrimonio*. Pero esta Orden presentó un problema y es que no deja claro si los términos *progenitor A* y *progenitor B*, se utilizarán en todos los casos o solo en los que se trate de dos padres o dos madres.⁵⁸ Fue la Orden JUS/644/2006, de 6 de marzo (BOE, nº 58, de 9.3.2006), la que aclaró las dudas, estableciendo en su artículo segundo, sobre la adaptación de los modelos de las inscripciones de nacimiento y de matrimonio a la Ley 13/2005, que habrá diferentes menciones alternativas a la hora de hacer la inscripción de los matrimonios y de los nacimientos, por una parte, se conservan las anteriores de *marido y mujer* o *padre y madre* para los matrimonios o progenitores de diferente sexo, y por otra, para los casos en que haya una pareja homosexual, se podrán emplear las menciones *A-Cónyuge* y *B-Cónyuge*, o las de *A-progenitor* y *B-progenitor*.

De esta manera, lo que sucede es que, en el régimen tradicional, una vez estén inscritos el padre y la madre, no podrá, después, pedir alguien que se determine la filiación también a su favor. Después de haber sido inscritos el padre y la madre como tal, no se podrá extender asiento contradictorio, solo cuando así se declare en sentencia firme dictada en juicio declarativo con audiencia del Ministerio Fiscal. Es decir, no se puede sumar a esta inscripción otra filiación más, lo que se puede conseguir es que se modifique por la vía judicial, siempre y cuando si se quiere modificar la paternidad, que sea para inscribir a otro padre, o en el caso de la maternidad que sea otra madre.

Por otra parte, el nuevo modelo de filiación no funciona así, éste por un lado lo que hace es inaplicar el segundo párrafo del artículo 113 del CC, ya que este dice que *no será eficaz la determinación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria*. Es decir dentro de la pareja, entre ellos no será considerada una filiación contradictoria, si son dos mujeres se podrán inscribir las dos como madres. Sin embargo, por el otro lado se sigue aplicando este mismo párrafo frente a terceros. Esto quiere decir que si son dos mujeres y se inscriben las dos como madres, una tercera mujer si probara la filiación respecto de la de ella, una de las otras dos sería ineficaz. En la misma línea, pueden darse, entonces, dos supuestos: en primer lugar, el hecho de que se inscriban dos maternidades o dos paternidades no permite posteriormente que se inscriba la otra filiación natural por parte de la persona de distinto sexo, es decir, cuando estén, por ejemplo, las dos madres inscritas, una por ser la madre natural y otra por ser la madre adoptiva, la voluntad del padre biológico de querer inscribirse en el Registro Civil, como padre natural, ya

⁵⁸ NANCLARES VALLE, J. (2008), "Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, número 7/20088/2008, pág. 7.

no podrá producir efectos, ya que de esta manera estaría contradiciendo a la maternidad adoptiva. Sin embargo, como apunte interesante, en 2007 la Court of Appeal for Ontario, en su sentencia de 2 de enero, admitió que se inscribiera una filiación a favor de tres personas, a favor de la mujer que se sometió a las técnicas de reproducción asistida, a favor del hombre que donó el espermatozoides y a favor de la pareja de la madre biológica, que también era una mujer. El permitir esto se fundamentó en la voluntad de las dos mujeres de alcanzar una maternidad y compartir las responsabilidades derivadas de ella, y en el interés del menor, *cuya protección se entiende en este caso reforzada mediante la adición de una segunda maternidad sin desplazamiento de ninguna de las filiaciones ya determinadas legalmente*.⁵⁹

En segundo lugar, lo que suceda puede ser que sea que se inscriban dos filiaciones, la materna y la paterna, y que, después, una de ellas desaparezca, por lo que podría determinarse otra idéntica a la que queda. Esto podría pasar en el caso de que uno de los miembros de la pareja muera y el otro más tarde tenga una relación con otra persona de su mismo sexo, o sino también en el caso del divorcio, siempre y cuando la otra persona que no se quedará con el hijo, asienta la adopción por parte de la nueva pareja de su anterior cónyuge, requisito el cual lo exige el artículo 177 del CC, en su apartado 2, número 2.

Para concluir, sin embargo, no podríamos decir que la Ley 13/2005 haya producido una inaplicabilidad absoluta del párrafo segundo del artículo 113, ya que cuando haya dos maternidades, poniendo el caso, quedará excluida una determinación legal de filiación paterna, pero también quedará excluida una determinación legal materna contradictoria con la filiación materna por naturaleza que ya esté inscrito, esto siempre y cuando no se dicte lo contrario en una sentencia firme.⁶⁰

Para acabar con este apartado, debemos tener claro qué clase de filiación es la adopción, ya que ello repercute posteriormente en la inscripción en este Registro Civil. El artículo 108 del CC establece que *la filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí. La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código*. A partir del artículo tercero de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de

⁵⁹ NANCLARES VALLE, J. (2008), "Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, número 7/20088/2008, pág. 8.

⁶⁰ NANCLARES VALLE, J. (2008), "Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, número 7/20088/2008, pág. 9.

Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, desaparece el término *adopción plena*, sustituyéndose por *adopción*, ya que la adopción simple se encontraba *reducida a una forma residual de escasa trascendencia jurídica y que sólo se utilizada en la mayoría de las ocasiones para fines marginales no merecedores de una protección especial*, y por lo tanto, la Ley establece en su preámbulo que *se ha estimado que aquel sistema no estaba suficientemente fundado en la necesaria primacía del interés del adoptado, que debe prevalecer, sin prescindir totalmente de ellos, sobre los demás intereses en juego en el curso de la adopción, como son los de los adoptantes y los de los padres o guardadores del adoptado*. Una vez se dio esto, en el Derecho español la adopción es filiación, siendo una alternativa para constituir vínculos paterno-filiales pero que no contiene el dato biológico, es decir, no hay vínculos de consanguinidad pero se crea una ficción al considerar que aquellos son los padres aunque no lo sean por naturaleza. Es por esto que al final, en nuestro ordenamiento se permite adoptar a las parejas del mismo sexo, ya que nos seguimos encontrando ante una ficción, aunque en este caso sea doble. Admitir jurídicamente esta ficción tiene su fundamento en el interés del menor, y para que se pueda dar esta inscripción se necesita una intervención judicial que mediante un auto establezca la adopción y constituya el vínculo paterno-filial. Es más, no podemos decir que esta ficción sea una inadecuación, ya que el Registro Civil realizando esto, no está determinando una filiación por naturaleza, sino que está proclamando que aquellos son los padres jurídicos a través de un procedimiento de adopción. Ya que la adopción se considera filiación pero no por naturaleza, sino que es aquella *que deriva de voluntad legal y que es el resultado de una decisión judicial*.⁶¹

3.3. ¿Qué establecen las demás comunidades autónomas?

A continuación, hago un breve resumen de qué decían algunas Comunidades Autónomas al respecto. Navarra, en su Ley foral, 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, en su artículo 8, permite la adopción conjunta a la pareja de hecho, con independencia de su orientación sexual según el artículo 1, pero respecto a la adopción sucesiva no se hace mención de ésta, por lo que la solución es acudir al Código civil español. Los tribunales, dada esta ausencia legal, han venido admitiendo la adopción por un miembro de la pareja de hecho, de los hijos biológicos del otro, como ocurrió en el auto de 22 de enero de 2004.

El País Vasco reguló la Ley 2/2003, de 7 de mayo, en la cual se establece de manera directa, a partir del artículo 8, la posibilidad tanto de la adopción conjunta como de la adopción sucesiva, y

⁶¹ NANCLARES VALLE, J. (2008), "Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, número 7/20088/2008, págs. 9 y 10.

en el caso de esta última, se podrán adoptar los hijos biológicos y adoptivos de la otra parte de la pareja.

Cantabria a través de la Ley 1/2005, de 16 de mayo, de parejas de hecho, permite la adopción a las parejas de hecho, de igual manera (igualdad de derechos y obligaciones) que los matrimonios, es decir, no hace diferencia entre la adopción conjunta y la sucesiva.

En Galicia, a partir de la Ley 2/2006, de 14 de junio de Derecho civil de Galicia, se admite la adopción conjunta a las parejas de hecho homosexuales (artículo 30 en relación con la disposición adicional tercera de la misma Ley). Lo que no se permite es la adopción sucesiva a estas parejas, ya que el artículo 39 hace referencia a la necesidad de que el adoptante sea del sexo distinto al del progenitor ya determinado para que subsistan los vínculos respecto de la familia de este último.⁶²

4. *Las técnicas de reproducción asistida*

La existencia de técnicas de reproducción asistida ha sido un gran avance para la ciencia, y también un gran logro para aquellas personas que por cualquier circunstancia no pueden tener hijos. A modo de introducción, haremos referencia nuevamente a la Ley 13/2005, con lo cual hasta que no se dio ésta era imposible determinar la filiación por naturaleza a favor de las parejas homosexuales, existiendo solo la posibilidad de la filiación adoptiva conjunta o sucesiva en el País Vasco y Navarra en un principio, y siendo *restringida ésta a los casos en que el juez realizaba un ajuste interpretativo de los requisitos legales para la adopción*.⁶³

La reforma del Código civil llevó a equiparar la determinación de la filiación de las parejas homosexuales a la de las heterosexuales, y consecuentemente al establecimiento de una filiación por naturaleza a las parejas del mismo sexo, ya que el nuevo artículo 44 del CC establece que *el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo*. Esta filiación por naturaleza en una pareja de hombres es obvia su imposibilidad, pero en una de dos mujeres sí se puede dar en el caso de que una tenga un hijo a través de las técnicas de reproducción asistida.

⁶² BENAVENTE MOREDA, P. (2011), "La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencia actual", *Anuario de Derecho civil*, vol. 64, 1, págs. 121, 122 y 123.

⁶³ JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J. (2014), "La atribución de la filiación de los hijos a la esposa o compañera de la madre en las parejas de lesbianas. Un estudio de la jurisprudencia reciente", *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, núm. 6, pág. 58.

Sin embargo, en este ámbito nos encontrábamos con una ley de 1988 (Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida) en la que no se permitía una filiación por naturaleza a una pareja formada por dos mujeres ya que en su articulado se refería de manera expresa al hombre y a la mujer.

Artículo 6.º 3. Si estuviere casada, se precisará además el consentimiento del marido, con las características expresadas en el apartado anterior, a menos que estuvieren separados por sentencia firme de divorcio o separación, o de hecho o por mutuo acuerdo que conste fehacientemente.

Artículo 8.º 1. Ni el marido ni la mujer, cuando hayan prestado su consentimiento, previa y expresamente, a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido por consecuencia de tal fecundación.

Además queda clara la intención de establecer la presunción de paternidad en el siguiente apartado del artículo 8 en el que se dispone: *se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el artículo 49 de la Ley del Registro Civil, el documento extendido ante el Centro o establecimiento autorizado, en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución del donante, prestado por varón no casado, con anterioridad a la utilización de las técnicas. Queda a salvo la acción de reclamación judicial de paternidad.* Dejando así a un lado la posibilidad de que existiera otra madre y, como consecuencia, ante esta falta de presunción parecida a la de un padre, un hombre, la única vía para la otra mujer era la posterior adopción del hijo nacido de su pareja a través de las técnicas de reproducción asistida.

En la misma línea se encontraba la Dirección General de los Registros y del Notariado decantándose por el principio de la verdad biológica como fundamento de la filiación.⁶⁴ Se dio el caso de una pareja de dos mujeres que quisieron inscribir como madre también a la que no lo era biológicamente, habiendo dado su consentimiento a la inseminación artificial, ante esto la Dirección General de los Registros y del Notariado emitió una resolución el 5 de junio de 2006 donde comunicaba que la maternidad es única y viene determinada por el hecho del nacimiento, dejando sin lugar al reconocimiento de otra maternidad por naturaleza (dando así cabida a la adopción posterior de ese hijo). De esta manera se muestra la diferencia entre la presunción de la paternidad por el hombre que da su consentimiento a estas técnicas y la no posibilidad de presunción en el caso de que sea una mujer la que consiente.

Seguidamente surgió la nueva Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (actualmente vigente), la cual permitía a cualquier mujer mayor de edad y con

⁶⁴ JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J. (2014), "La atribución de la filiación de los hijos a la esposa o compañera de la madre en las parejas de lesbianas. Un estudio de la jurisprudencia reciente", *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, núm. 6, pág. 59.

plena capacidad de obrar acceder a la inseminación artificial, sea cual sea su orientación sexual,⁶⁵ pero en un principio no mostraba grandes diferencias con la anterior ley.

A través de un caso real fue que se consiguió una modificación relevante de dicha Ley, y es que, después de la aprobación de la Ley 13/2005, dos mujeres decidieron casarse y más tarde someterse a las técnicas de reproducción asistida, en las que finalmente una de las dos consiguió quedarse embarazada. Una vez nacida la niña, la mujer que no era la madre biológica, acudió al Registro Civil para inscribirla y figurar como la madre, a lo que la contestación del Registro fue denegarlo y proponer la posibilidad de que si su voluntad era ser la madre también, tendría que adoptarla. Ante la negativa, la mujer se mostró disconforme y presentó un escrito al Juzgado de Primera Instancia número 4 de Algeciras para solicitar su inscripción como madre de la niña. La reacción de la mujer ante este hecho se dio así ya que consideraba que se la trataba de “menos madre” y además todo el proceso de adopción llevaría más tiempo que la simple inscripción en el Registro, cuando ella era cónyuge de la madre biológica de la niña, y tendría que tener los mismos derechos que una pareja heterosexual en esta situación. La sorpresa se dio cuando la respuesta de la jueza que estaba en ese momento fue inscribir a la mujer como progenitora B. Aquí fue cuando se utilizó por primera vez este término, régimen ya explicado en la adopción. Una vez esto se hizo público, el Ministerio de Justicia tuvo que actuar y lo primero que hizo fue dudar si la decisión judicial era adecuada en nuestro derecho vigente del momento, reclamando además al Ministerio Fiscal que hiciera algo al respecto, ya que no se podía permitir que a esta pareja se las tratara de forma desigual y beneficiosa respecto a los demás matrimonios de lesbianas. Sin embargo, la decisión de la jueza no quedó sin efecto, es más, el Gobierno actuó de manera contraria, siguiendo la línea de esta jueza, proponiendo una modificación de la LTRHA.⁶⁶

Fue seguidamente 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 personas, la que modificó esta situación agregando un apartado al artículo 7 a la Ley 14/2006 donde se permitía que la mujer que estuviera casada con otra, que se sometiera a las técnicas de reproducción asistida, pudiera manifestar su intención de que se declare a su favor la determinación de la filiación respecto del hijo nacido, habiendo dado el consentimiento para estas prácticas, es decir que se iguale la situación de un hombre y una mujer en pareja a la de dos mujeres. Más tarde, la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la

⁶⁵ Artículo 6.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

⁶⁶ NANCLARES VALLE, J. (2008), “Reproducción Asistida y Doble Maternidad por Naturaleza”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7/20088/2008, págs. 6 y 7.

Administración de justicia y del Registro Civil (BOE, nº 167, de 14.7.2015) volvió a modificar la LTRHA, dejando de esta manera el apartado 3 del artículo 7 de dicha Ley:

3. 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 cónyuge⁶⁷.

En este punto, volvemos a encontrar el problema en las parejas de hecho, como pasaba en el caso de la adopción. El nuevo apartado de la Ley solo hacía referencia a las dos mujeres casadas sin nombrar a aquellas dos que estén en una relación análoga a la conyugal, dando pie, así, a una discriminación, ya que el artículo 8.2 (ya comentado) de la LTRHA habla de la paternidad del varón no casado, por lo que permite determinar la filiación en el caso de una pareja de hecho heterosexual, y no en el de una pareja de hecho homosexual. Por lo que para que se pueda dar la determinación de la filiación a las dos madres, éstas solo pueden hacerlo estando casadas y además haciendo pago de las técnicas, ya que en este caso no asume los costes la sanidad pública. Algunos de estos problemas han sido solucionados por la STS, Civil, Sec. 1ª, 5.12.2013 (28079110012013100696) que más adelante se comentará.

En el caso de Cataluña no encontramos este problema, ya que el artículo 235-8 habla de cónyuge, sin diferenciar si es un hombre o una mujer y más adelante, el artículo 235-13.1 hace referencia a la pareja de la usuaria de las técnicas como hombre o como mujer, resolviendo así la polémica de la pareja de hecho de dos mujeres. Por lo que si una pareja de hecho de dos mujeres acude a un centro de técnicas de reproducción asistida en Cataluña, la filiación del hijo nacido será determinada a favor de las dos madres.

4.1. Técnicas de reproducción asistida en el matrimonio

- a) En el caso de dos mujeres

Como se ha mencionado anteriormente, cuando dos mujeres estén casadas se podrá determinar la filiación del hijo nacido a partir de las técnicas de reproducción asistida, a favor de las dos madres. Para examinar este caso es necesario remitirse al apartado introducido por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. A partir de dicha introducción la filiación del hijo nacido en esta situación será una filiación matrimonial, y por lo tanto una filiación por naturaleza, aunque este término haya sido

⁶⁷ Disposición final quinta Modificación de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, 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 Civil.

puesto en duda ya que una filiación por naturaleza implica un hijo biológico, y en este caso el hijo no es realmente biológico de las dos mujeres, pero a pesar de ello se le considera filiación por naturaleza. Este artículo establece una serie de requisitos para poder determinar esta filiación: que la mujer no usuaria de las técnicas manifieste ante el encargado del registro del lugar del domicilio su consentimiento a que cuando el hijo nazca se determine a favor suyo también la filiación, y por lo tanto, se entiende que este consentimiento haya de ser previo al nacimiento del hijo.

Así, por una parte, se puede observar que no se establece de manera expresa el momento a partir del cual se debe dar este consentimiento, se dice que tiene que ser antes del nacimiento, pero no a partir de cuándo, ni si tiene que estar casada en el momento de iniciarse la fecundación, por lo tanto podríamos entender que se puede dar una vez se inicien las técnicas de reproducción asistida pero, sin duda alguna, antes del nacimiento.

Por otra parte, sin embargo, el artículo 6.3 de la LTRHA establece que para la fecundación de una mujer casada con un hombre, el consentimiento se tiene que dar antes del inicio de las técnicas, aunque no se hace referencia a la otra mujer en el caso de una pareja de lesbianas. Además, los artículos 235-3 y 235-8 del Código civil de Cataluña imponen que el matrimonio (formado por personas del mismo o diferente sexo) sea anterior al uso de las técnicas. Sumado a esto, podríamos decir que si el artículo 7.3 menciona a la mujer *casada y no separada legalmente o de hecho* es porque se debería de interpretar en el sentido de que tenga que estar en esa situación antes de la utilización de las técnicas.

Para las mujeres que se sometieron a estos procesos antes de la Ley 3/2007, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha realizado una excepción, permitiendo en esta situación que la mujer no inscrita como madre, pueda hacerlo con posterioridad, obviamente al nacimiento del hijo. Consideró que se debía aplicar este artículo incluso en el caso de dos mujeres que, después de nacer el hijo, contrajeron matrimonio e iniciaron la inscripción, pero esto 6 días después de la entrada en vigor de la Ley, por lo que esta consideración fue más problemática. El Ministerio Fiscal se opuso a esto y declaró que la filiación no podía ser considerada por naturaleza, puesto que no era matrimonial, y por ello había de seguirse un proceso de adopción para poder obtener la determinación de la filiación. El Juez Encargado del Registro Civil se pronunció de igual manera que el Ministerio Fiscal, a través de un auto, el día 9 de mayo de 2007. Tras esto, la Dirección General de los Registros y el Notariado impugnó dicho auto declarando que, para la correcta aplicación del artículo 7.3 se debe admitir la inscripción y la determinación de la filiación, aunque haya sido el matrimonio con posterioridad al nacimiento del hijo, hecho el cual

no puede alterar la finalidad que pretende la norma. De igual manera se pronuncian las resoluciones de 17 y 22 de mayo, 14 de octubre y 24 de noviembre de 2008.⁶⁸

Para cuando el consentimiento no se haya dado con anterioridad al nacimiento, y esto suceda una vez entrada la Ley 3/2007 en vigor, la alternativa que se da para que se determine la filiación a favor de la otra mujer es llevar a cabo la adopción, ya que la filiación por naturaleza ya queda descartada en este caso.

Sobre este mismo ámbito se pronuncia la jurisprudencia española y es que la STS, Civil, Sec. 1ª, 5.12.2013 (28079110012013100696), nos deja aún más clara esta situación. En esta sentencia se reclama una filiación matrimonial por posesión de estado, por parte de una mujer, la no gestante, contra la madre biológica de dos menores. Estas dos mujeres estaban casadas y una de ellas se sometió a las técnicas, quedándose embarazada, a través de la fecundación in vitro de las dos niñas, para la cual prestaron su consentimiento las dos.

El problema se dio cuando en el Registro Civil solo se inscribió una sola filiación materna y con los apellidos solamente de la madre biológica, ante lo cual la otra mujer presentó expediente de rectificación de error de las inscripciones registrales de las menores, para que se modificara: el estado civil de la madre biológica, que constaba como soltera, y en realidad estaba casada, la filiación, ya que solo se contenía la maternidad de esta última, cuando la otra mujer había prestado su consentimiento, a efectos de que se le determinara también a su favor la filiación de las menores, y también se quería modificar el apartado de los apellidos, ya que como madre también quería que se designara su apellido. Una vez recibido el expediente, se resuelve la cuestión mediante auto de 5 de marzo de 2008, el cual solo admite una rectificación y es la relativa al estado civil de la madre de las niñas. Seguidamente, se interpone recurso de apelación contra este auto, y aquél es rechazado por la Dirección General de los Registros y del Notariado el 26 de noviembre de 2008.⁶⁹ Más tarde, en 2009, se acaba la relación y se presenta demanda de divorcio. La sentencia que se dictó, el 11 de abril de 2011 por el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Santa Cruz de Tenerife, estimó toda la demanda de la cónyuge de la madre biológica, en la cual reclama la filiación de las dos niñas a partir de la posesión de estado. En su fundamento jurídico número 2 razona *la viabilidad del ejercicio de las acciones de reclamación de la filiación en el supuesto de matrimonios de mujeres*, y seguidamente hace referencia a las lagunas

⁶⁸ BENAVENTE MOREDA, P. (2011), "La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencia actual", *Anuario de Derecho civil*, vol. 64, 1, págs. 99 y 100.

⁶⁹ FABAR CARNERO, A. (2014), "El consentimiento para la aplicación de las técnicas de reproducción asistida y la doble maternidad legal. Análisis de la sentencia del Tribunal Supremo 740/2013, de 5 de diciembre de 2013", *Revista de Derecho UNED*, núm. 15, págs. 175 y 176.

existentes mencionadas en el apartado introductorio del segundo capítulo de este trabajo, remitiéndose a que no pueden tener un mejor trato en derecho los hijos de los matrimonios de personas de diferente sexo, que los de aquellos formados por personas del mismo sexo, impidiendo que los progenitores puedan ejercitar las acciones de impugnación o reclamación de la filiación.⁷⁰

Seguidamente, se invoca el artículo 7.3 de la LTRHA, permitiendo la filiación respecto de las dos mujeres a través del consentimiento de éstas, del cual ya he hablado. También se mencionan los artículos 14 (principio de igualdad) y 44 (tendrán los mismos efectos el matrimonio de dos personas heterosexuales y el de homosexuales) del CC.

La actora reclama la filiación a través de la posesión de estado, evidente a partir de su consentimiento para que su cónyuge en aquel momento se sometiera a la fecundación in vitro. Esta posesión de estado va tan encaminada a reclamar la filiación como a mantener el contacto con las niñas. La madre biológica, más tarde, presentó recurso ante la Audiencia Provincial en contra de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, recurso que fue desestimado. Dicha posesión de estado queda acreditada, según la sentencia de la Audiencia Provincial, *de manera ininterrumpida, continuada y pública, por el tiempo suficiente, y además con otras pruebas, testificales y documentales, incluso gráficas, en la voluntad concorde de las litigantes de que la demandada se sometiera nuevamente al procedimiento de reproducción asistida, acudiendo al entro en el que las dos, en fecha 16 de marzo de 2007, consienten con su firma la práctica de dicha técnica y que las partes contraen matrimonio el día 3 de agosto de 2007, naciendo las menores en fecha de 14 de diciembre de 2007. Sin embargo, hay un elemento que supera esta posesión de estado, en este caso, y es el consentimiento prestado por las dos mujeres, ya que expresa la voluntad libre de las dos de ser progenitoras.*

La madre biológica vuelve a interponer recurso ante el Tribunal Supremo en contra de la sentencia dictada por la Audiencia y de igual manera, se expresa la sentencia del Tribunal Supremo, el cual declara que el consentimiento prestado por las dos mujeres posibilita *la declaración judicial de la filiación materna a través del ejercicio de la acción de reclamación de la filiación, invocando, por vía analógica, lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Ley 14/2006. Aun así, para que esto sea de esta manera, se tienen que cumplir los requisitos exigidos, planteados anteriormente, y es que dice la sentencia que el no manifestar de manera formal ante el Encargado del Registro Civil, este consentimiento, fue lo que denegó la inscripción, sin embargo, a partir del consentimiento*

⁷⁰ FABAR CARNERO, A. (2014), "El consentimiento para la aplicación de las técnicas de reproducción asistida y la doble maternidad legal. Análisis de la sentencia del Tribunal Supremo 740/2013, de 5 de diciembre de 2013", *Revista de Derecho UNED*, núm. 15, pág. 177.

prestado en el centro (que no en el Registro Civil) y del interés de las menores, se tienen por cumplidos los requisitos para poder fijar la filiación. Es decir, el consentimiento prestado en el centro, que no cumple con el requisito de la LTRHA, es suficiente para atribuir la maternidad a la madre no biológica. En esta misma postura se encuentra el Código Civil de Cataluña, el cual, en el primer apartado de su artículo 235-8 establece que *los hijos nacidos a consecuencia de la fecundación asistida de la mujer, practicada con el consentimiento expreso del cónyuge formalizado en un documento extendido ante un centro autorizado o en un documento público, son hijos matrimoniales del cónyuge que ha dado el consentimiento*. Aquí vemos como la Ley expresamente permite que el consentimiento se dé directamente en el centro, y que no hace falta acudir al Registro para que se pueda inscribir la filiación a favor del cónyuge de la madre gestante.⁷¹ Esto nos lleva a que, respecto a la filiación que surge de las técnicas de reproducción asistida, se empieza a sustituir el principio de la verdad biológica por la voluntad de quien desea ser padre o madre, y de esta manera se permite que coexistan dos filiaciones a favor de dos personas de mismo sexo. Una de las filiaciones será la materna biológica y la otra será una ficción legal, pero las dos tendrán los mismos efectos jurídicos, siempre y cuando se cumpla con los requisitos exigidos. Esto significa que cuando se reclame una filiación materna no se impugna la otra, puesto que no serán contradictorias. También extraemos de esta sentencia que el consentimiento que se presta para que se realicen las técnicas de reproducción asistida, entendido como la voluntad libre y manifestada para ser progenitoras, superará a la posesión de estado, y con aquél se podrá constituir la filiación jurídica, aunque no haya un vínculo biológico, y de esta manera se creará un título de atribución de la paternidad al amparo del artículo 131⁷² del CC.⁷³

A partir de este nuevo régimen de doble maternidad, dado a través del consentimiento anterior al nacimiento, mediando matrimonio y con la inexistencia de separación legal o de hecho, se rompe con la tradicional unidad de maternidad. Hasta antes de esto, *la maternidad era única, vinculada, indefectiblemente, al hecho del nacimiento, en consonancia con el principio de veracidad biológica que orienta la normativa en materia de filiación, limitándose la posibilidad de que se determinara legalmente la maternidad de la mujer no gestante al instituto de la adopción*.

⁷¹ FABAR CARNERO, A. (2014), "El consentimiento para la aplicación de las técnicas de reproducción asistida y la doble maternidad legal. Análisis de la sentencia del Tribunal Supremo 740/2013, de 5 de diciembre de 2013", *Revista de Derecho UNED*, núm. 15, págs. 184, 185 y 186.

⁷² *Cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado. Se exceptúa el supuesto en que la filiación que se reclame contradiga otra legalmente determinada.*

⁷³ JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J. (2014), "La atribución de la filiación de los hijos a la esposa o compañera de la madre en las parejas de lesbianas. Un estudio de la jurisprudencia reciente", *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, núm. 6, pág. 62.

Por lo tanto, podemos concluir que el matrimonio no tiene porqué ser anterior al sometimiento a las técnicas, pero sí tiene que darse en el momento en que se presta el consentimiento, el cual necesariamente tiene que ser antes del nacimiento, de manera que podrá atribuirse la filiación a favor de la mujer no gestante, si esta ha mostrado así su voluntad, aunque no haya participado, directa o indirectamente, en el proceso de tomar la decisión de tener un hijo mediante estas técnicas. En este caso, la mujer gestante, no podrá impugnar o dejar sin eficacia esta segunda maternidad. Y que, por lo tanto, y según a lo que se refiere el Tribunal Supremo cuando afirma que la posesión de estado queda superada por el consentimiento, podríamos entender que aunque no existiera esta posesión de estado, pero acreditándose de manera adecuada y ante una sede judicial la voluntad de ser madre y a través de la acción de reclamación de la filiación, podría declararse la segunda filiación materna.

Una situación interesante:

Uno de los puntos que provoca dudas se da cuando se pretende saber la filiación del hijo nacido de una de las dos mujeres casadas, cuando ha sido su cónyuge la que le ha donado los óvulos para que sea fecundada con espermia de un donante anónimo. El artículo 10.2 de la Ley 14/2006 establece que *la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto*. Por lo tanto, la filiación queda determinada a favor de la mujer que lleva a cabo el parto, no de la que ha donado los óvulos. En este sentido, se seguirá el mismo proceso del artículo 7.3 de dicha ley, para atribuir la filiación a la mujer no usuaria de las técnicas, es decir, no por el hecho de haber donado sus óvulos se le atribuirá esta filiación. Cabe decir también que aquí, desde 2008 encontramos una excepción a la confidencialidad y al anonimato de la persona que es la donante (tanto de espermia como de óvulos), siendo esto posible por la Comisión nacional de reproducción asistida, con lo que hasta ese momento solo se admitía esta excepción en el caso de que el espermia fuera donado por el marido o la pareja de la mujer fecundada.

Por último, respecto a este artículo así redactado, se puede observar que se da una contradicción entre este apartado 3 y el apartado 2 del mismo artículo, ya que este último impone que no se reflejará en la inscripción los datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación. Esto no se podrá dar, puesto que si el hijo queda registrado como hijo matrimonial de dos mujeres, es

evidente que una de las dos mujeres ha tenido que acudir a las técnicas de reproducción asistida.⁷⁴

b) En el caso de dos hombres

Como se ha comentado en el apartado introductorio de este capítulo, dos hombres tienen imposibilitada la vía de las técnicas de reproducción asistida para conseguir la filiación por naturaleza. Pero, sin embargo, hay una vía en este ámbito que se encuentra bajo una gran discusión y polémica social, legal y doctrinal, la gestación por sustitución.⁷⁵ Esta gestación por sustitución se encuentra prohibida en el artículo 10 de la Ley 14/2006, por lo tanto no es legal llevarla a cabo en España. Más adelante hay un apartado dedicado a explicarla con más detalle.

4.2. Técnicas de reproducción asistida en la pareja de hecho

a) En el caso de dos mujeres

Ya hemos visto que una pareja de hecho de lesbianas no puede, según la norma, obtener la doble maternidad en el caso de las técnicas de reproducción asistida, por lo que estaríamos ante una situación discriminatoria. El artículo 8.2 de la LTRHA sí permite al varón no casado que se le atribuya la paternidad extramatrimonial, pero no habla de la mujer cuando tiene una relación con otra, que no es la conyugal. Ante este apartado del artículo 8 se presentaron varias enmiendas al Proyecto de Ley de técnicas de reproducción humana asistida, con el objetivo de cambiar el término *varón* por otro que pudiera ser interpretado de manera que pudieran darse los casos en que la pareja esté formada también por dos mujeres, como *persona que comparte la vida con la usuaria*.

Este precepto no conlleva a una atribución directa de la paternidad sino que lo que hace es considerar escrito indubitado a los efectos previstos en el apartado 8 del artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (BOE, nº 175, de 22.7.2011) el documento extendido ante el centro o servicio autorizado en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de donante prestado por varón no casado con anterioridad a la utilización de las

⁷⁴ BENAVENTE MOREDA, P. (2011), "La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencia actual", *Anuario de Derecho civil*, vol. 64, 1, pág. 100.

⁷⁵ BENAVENTE MOREDA, P. (2011), "La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencia actual", *Anuario de Derecho civil*, vol. 64, 1, pág. 103.

técnicas, de tal manera debería ser igual para el consentimiento de la compañera sentimental de la usuaria, porque sino estamos ante un tratamiento de régimen diferente para los hombres y para las mujeres, que perjudica a estas últimas. Esta no regulación ha sido voluntad del legislador, ya que pasó de igual manera para las mujeres casadas hasta que no se introdujo el nuevo apartado 3 del artículo 7 explicado.⁷⁶

El Código Civil de Cataluña es el que regula esto y de manera muy directa, en su artículo 235-13 donde hace referencia a la pareja de hecho sin distinguir entre aquella pareja homosexual o heterosexual, estableciendo que los hijos nacidos de la fecundación asistida a la mujer son hijos del hombre o de la mujer que ha consentido, también a través de documento ante el centro autorizado o en un documento público.

Podríamos decir que la maternidad viene determinada por el parto, por lo que corresponde a la mujer que lleva a cabo la gestación y que la mujer que tiene una relación afectiva (pero no de matrimonio) con la usuaria de las técnicas no será madre por naturaleza del hijo nacido, así para poder atribuir esta doble maternidad tendría que llevar a cabo la adopción sucesiva.

Sin embargo, la jurisprudencia se ha encargado de dar respuestas a estas situaciones. En la STS, Civil, 15.1.2014 (RJ 2014/1265: Francisco Javier Orduña Moreno), en contra de lo que dice la Ley, se admite la *reclamación de la filiación no matrimonial por posesión de estado por la excompañera de la madre biológica*, siempre que se den los consentimientos y basando esta admisión en el interés de los menores afectados.⁷⁷ Es decir, en esta sentencia se iguala a las parejas de hecho de lesbianas a los matrimonios de lesbianas, que se encuentren en esta situación.

Esta sentencia tiene como precedente la STS, Civil, Sec. 1ª, 12.5.2011 (RJ 2011/3280: Encarnación Roca Trías), en la cual se dan los siguientes hechos: se trata de una relación de pareja unida de forma pública y notoria, pero sin contraer matrimonio, entre dos mujeres desde 1996 hasta 2006. El 13 de noviembre de 2003, una de las dos da a luz a un niño, mediante fecundación asistida. En 2006 se rompe la relación y hay una demanda de malos tratos, por lo que el Juzgado de Instrucción impone la obligación de no acercarse ni comunicarse, y establece un régimen de relaciones personales entre la mujer no gestante y el menor, en el cual se le considera persona allegada. También así, se establece este régimen a partir de la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, sección primera y teniendo en consideración esencial el interés superior del

⁷⁶ BENAVENTE MOREDA, P. (2011), "La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencia actual", *Anuario de Derecho civil*, vol. 64, 1, pág. 115.

⁷⁷ FABAR CARNERO, A. (2014), "El consentimiento para la aplicación de las técnicas de reproducción asistida y la doble maternidad legal. Análisis de la sentencia del Tribunal Supremo 740/2013, de 5 de diciembre de 2013", *Revista de Derecho UNED*, núm. 15, pág. 191.

menor. La Audiencia aquí establece que lo importante no es la situación legal de la filiación, sino que lo importante es que para el niño, la madre no biológica sí es su madre, aunque no lo sea legalmente, y es por ello que *el derecho de visitas no debe ser interpretado de forma restrictiva*.⁷⁸

Dándose estas resoluciones, la madre biológica presentó recurso de casación, reclamando que la única filiación determinada es a favor suyo, siendo así la única madre, causando que no quiera compartir el niño con una persona allegada.⁷⁹ El Tribunal Supremo acaba dictando también la consideración de persona allegada, ya que a partir de la LTRHA no se le puede considerar madre por las circunstancias, pero sí ha existido *una unidad familiar entre las dos convivientes y el hijo biológico de una de ellas*. Se hace referencia a que no se da la posibilidad legal de atribuirse una segunda maternidad puesto que las dos mujeres no estaban casadas.

Más tarde fue, cuando las dos mujeres deciden introducirse en otro procedimiento (sentencia de 15 de enero de 2014), en el cual la que fue considerada allegada, ahora reclama la filiación por posesión de estado. La solución del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Talavera de la Reina fue considerar acreditada la posesión de estado por atender *al nombre compuesto del menor en el que se incorpora el apellido de la reclamante, al tratamiento del menor como hijo, tanto por la reclamante como por su ámbito familiar, a la continuidad en este tratamiento con el ejercicio de acciones para mantener las relaciones materno-filiales con el menor, a las testificales que hablaron de un "proyecto común" y a los hechos de la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, sección Primera de 22 de abril de 2008*.

Se basa, este último Juzgado, en el artículo 7.3 de la LTRHA, igualando de esta manera a las parejas de hecho con los matrimonios de personas homosexuales.

Después de esto, la madre biológica interpuso recurso, el cual fue estimado por la Sección segunda de la Audiencia Provincial de Toledo, y esta desestimó la demanda. En esta sentencia se establece que la filiación solo puede ser por naturaleza o adopción y que la acción que se tenía que ejercitar no era la del artículo 7.3, el cual se refiere a las personas casadas solamente. Además no cree que esté acreditada la posesión de estado por el poco tiempo de estabilidad de la pareja desde que nació el menor. Esta última sentencia fue recurrida por la mujer que no era la madre biológica, a partir de un único motivo: la infracción del artículo 131 del Código Civil en relación con el artículo 7.3. También se alega que se haya infringido la sentencia del Tribunal Supremo del Pleno de 12 de mayo de 2011 que *ratificó la de la Audiencia provincial de Toledo de 22 de abril,*

⁷⁸ VÁZQUEZ I ALBERT, D., (2015): *El derecho de familia y los nuevos modelos de familia. Novedades doctrinales y jurisprudencia*, Navarra.

⁷⁹ VÁZQUEZ I ALBERT, D., (2015): *El derecho de familia y los nuevos modelos de familia. Novedades doctrinales y jurisprudencia*, Navarra.

385/2007, en la cual se reconoce la posesión de estado y se permite ejercitar las acciones del artículo 131 del Código Civil. Se critica que este hecho haya sido discriminatorio, ya que a las personas homosexuales casadas se les permite la doble determinación de la filiación por naturaleza y a las parejas de hecho del mismo sexo no.

En la sentencia se acaba concluyendo que se ha de dar la *plena razón de compatibilidad* entre la posesión de estado del artículo 131 del CC, y el artículo 7.3 de la LTRHA, *en el curso de la acción de filiación no matrimonial*, ya que los consentimientos están acreditados y que además se le puso al niño como nombre el primer apellido de la mujer no gestante, por lo tanto esto refuerza la posesión de estado *de la mujer homosexual tanto en el plano de su función legitimadora del ejercicio de la acción, como en su faceta de medio de prueba de la filiación reclamada*. Por lo que se debe permitir reclamar la filiación por la posesión de estado, sin que surja una impugnación de la filiación ya determinada a favor de la madre biológica, ya que no son contradictorias.

A esto se le suma el interés superior del menor, en el cual se hace hincapié en esta sentencia. Y es que se dice que *desde su configuración como principio constitucional, reforzado por los Textos Internacionales de referencia, Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo mediante Resolución A3-0172/92, así como por el propio desarrollo de la legislación nacional, Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, debe señalarse que, como salvaguarda de los derechos fundamentales y libre desarrollo de la personalidad del menor, su proyección sobre la protección de la vida familiar 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, 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*.

Por todo lo expuesto, la sentencia acaba dictando que se da lugar al recurso interpuesto, por lo que se confirma aquello dispuesto por el Juzgado de Primera Instancia de Talavera de la Reina, es decir, se permite determinar la filiación a favor de las dos mujeres, ya que se da la posesión de estado que se tiene que cumplir, en base a los hechos probados y sobretodo, al interés del menor.

Situados aquí, para ver la diferencia respecto de otros Estados, es interesante explicar una resolución de la Supreme Court de California de agosto de 2005. Es el caso de Elisa B. Sup. contra Sup. CT, en el cual sucedió lo siguiente: dos mujeres tenían una relación de pareja y convivían desde 1993 pero no estaba registrada como tal. Las dos tenían el deseo de tener hijos en común y se sometieron a las técnicas de reproducción asistida, en concreto a la inseminación artificial, con espermatozoides del mismo donante. Así fue que en 1997 dio a luz a una niña y al año siguiente, la

otra a gemelos. En 1999 se acabó la convivencia pero una de ellas seguía manteniendo económicamente a la otra y a los gemelos hasta que en 2001 dejó de pagar por motivos de su situación laboral. El problema se dio cuando la madre biológica de los gemelos exigió a su ex compañera que tenía que seguir pagando la cuota, a lo que esta última se negó alegando que no eran sus hijos legales. Sorprendentemente, cuando esto llegó a juicio, el Tribunal declaró a las dos como madres de los menores. En primer lugar, se basó en el razonamiento de que si mediante la adopción una pareja de personas homosexuales podía llevar a cabo el hecho de tener hijos, no se podía entonces negar que se diera una doble maternidad.⁸⁰

En segundo lugar, se hace referencia a que la Ley solo considera madre a la mujer que da a luz o adopta a un menor. Por lo que aquí el Tribunal tiene que buscar otra vía para su razonamiento, y lo que hace es aplicar de manera análoga esta situación a una en la que hubiera un padre, así la determinación de la paternidad se puede dar mediante la presunción de que *es padre aquel hombre que convive con el hijo y lo trata como si fuera suyo*. En la Ley de California se admite utilizar las reglas de la paternidad, en el caso de la maternidad, siempre y cuando sea posible, y en este caso el juez lo justifica ya que esa presunción prescinde del hecho de que haya o no un vínculo biológico para determinar la paternidad. Los requisitos que se piden en esta presunción se cumplen en el caso examinado, ya que la mujer trató a los gemelos como si fueran suyos y esto fue su manera de consentir que la madre biológica de éstos se sometiera a las técnicas, además también estuvo amamantándolos cuando nacieron, eligieron el nombre de los dos juntas y les pusieron los apellidos de las dos. Por todo esto se entiende que la voluntad de tener a los gemelos, a parte de la otra niña, era de las dos mujeres, y que el hecho de que la relación entre ellas se acabe no conlleva a que la que no es madre de los niños se desocupe de ellos, dejando de llevar a cabo sus responsabilidades como madre. Todo esto se basa en el caso de Johnson contra Calvert, en el cual se da la maternidad subrogada y se resuelve diciendo que *si la maternidad genética y la gestacional no coinciden en una misma mujer, es madre la que tuvo la voluntad de traer un hijo al mundo y cuidarlo como si fuera propio*.⁸¹

De igual manera que se hace en el ordenamiento de California, creo que deberíamos actuar aquí, y es que los lazos biológicos, los cuales antes eran lo más importante, ya no son el único elemento a tener en cuenta, dado que la ciencia avanza de manera tan rápida. Por lo que considero que tiene mucho más poder la voluntad o la intención que se tiene en su día a ser padre o madre, que el mismo vínculo biológico. Las normas de nuestro país deberían

⁸⁰ FARNÓS AMORÓS, E. y GARRIGA GORINA, M. (2005), "Mares? Poden ser més d'una, Tres casos recents de la Supreme Court de Califòrnia", *INDRET, Revista per a l'anàlisi del Dret*, págs. 2 y 3.

⁸¹ FARNÓS AMORÓS, E. y GARRIGA GORINA, M. (2005), "Mares? Poden ser més d'una, Tres casos recents de la Supreme Court de Califòrnia", *INDRET, Revista per a l'anàlisi del Dret*, págs. 2 y 3.

modificarse en cuanto se le dé un papel más relevante a estos padres intencionales, y como en el caso de California acabado de explicar, se es padre o madre, en los derechos y en las obligaciones. Nuestra Ley debería de ser más permisiva y flexible en cuanto a determinación de la filiación me refiero, porque sí vemos como finalmente se llega al final del camino, y casi se dan los mismos derechos tanto para parejas homosexuales como para homosexuales, pero para poder llegar a este fin, se ha de seguir todo un procedimiento con diferentes obstáculos.

b) En el caso de dos hombres

Como se ha explicado en el apartado del matrimonio entre dos hombres, si la gestación por sustitución no está contemplada para aquellos casos, para las parejas de hecho de dos hombres aún es mucho más complicada la situación.

c) El papel de la persona allegada

Para explicar este apartado, debemos situarnos en unas circunstancias concretas, y es que, en este caso, no se ha podido o no se ha querido determinar la filiación a favor de las dos mujeres que forman una pareja de hecho, por lo que la no biológica no consta como madre. Una vez dicho esto, nos adentraremos en el tema y, para entender qué papel juega la persona allegada, me basaré en la STS, Civil, Sec. 1ª, 12.5.2011 (RJ 2011/3280), explicada en un apartado anterior.

Esta sentencia ha dejado sentada doctrina respecto a la figura de la persona allegada. En primer lugar podemos situar la protección de la familia y el interés superior del menor, como elemento de primordial importancia. Respecto a la protección de la familia, la sentencia entiende que el sistema familiar en España es plural, y que por lo tanto, las familias son diversas y pueden tener diferentes estructuras, como es el caso de una formada por dos madres o dos padres, en vez de una madre y un padre, es así que familia se entiende como *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*. Por lo tanto, la pareja de la citada sentencia, compuesta por dos mujeres, junto con su hijo formaban una familia. El artículo 39.3 (*los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda*) de la CE, la Convención sobre Derechos de Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España, y el artículo 24 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, garantizan el principio de protección del menor. También

alude, dicho Tribunal a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 28 de septiembre de 2007, en el caso Wagner y J.M.W.L. contra Luxemburgo, en la cual se dice que *de acuerdo con los principios que se derivan de la jurisprudencia de la Corte de Derechos Humanos, cuando exista un lazo familiar con un niño, el estado debe actuar para permitir que este ligamen se desarrolle y se acuerde una protección jurídica que haga posible al máximo la integración del menor en su familia*. Por lo tanto, situados en este punto, esta es la solución que encuentra el Tribunal para el supuesto de hecho que se encuentra en el litigio, ya que la filiación no se estableció y tampoco se cumplieron los requisitos del artículo 7.3 de la LTRHA (estar casadas fundamentalmente), pero sí que hubo, a consideración de aquél, una unidad familiar.⁸²

Respecto al interés del menor, el cual tanto se tiene en cuenta, se puede decir que de él surge el derecho del niño a relacionarse con los miembros de su familia aunque no haya vínculos biológicos. Para fundamentar esto el Tribunal establece, haciendo referencia a las sentencias del Tribunal Supremo, de 31 de julio de 2009 y de 11 de febrero de 2011, que *las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resultan más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor y hagan posible el retorno a la familia natural; pero este retorno no será aceptable cuando no resulte compatible con las medidas más favorables al interés del menor*. Consecuencia del interés del menor, como he apuntado, es el derecho de éste a relacionarse con su familia. Es decir, el régimen de relaciones personales que se le otorga en esta sentencia a la madre no biológica, considerándola persona allegada, no es un derecho de ella, sino que es un derecho que le pertenece al niño, de relacionarse con las personas con las que tiene un vínculo afectivo, lo cual es así porque la protección del menor está por encima de los derechos de las parejas estables y del derecho de determinar una posible filiación. El juez en este caso cree que la mujer que reclama se ajusta al concepto de persona allegada establecido por el artículo 160.2 del CC (*no podrá impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijos con sus abuelos y otros parientes y allegados*), es por ello que se le da este derecho al niño de relacionarse con ella, esto siempre y cuando no perjudique al interés superior del menor, y en el momento en que lo haga, se podrá modificar. En este punto el juez hace una interpretación en sentido amplio para introducir dentro de este margen de apreciación a la ex pareja de la madre biológica del niño, por lo cual esta sentencia ha creado doctrina.⁸³

⁸² PANIZA FULLANA, A. (2011), "Doble maternidad de hecho y su problemática", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7/2011, págs. 2 y 3.

⁸³ PANIZA FULLANA, A. (2011), "Doble maternidad de hecho y su problemática", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7/2011, págs. 2 y 3.

Por otra parte, tenemos una diferenciación hecha por el Tribunal, entre dos términos, el régimen de visitas y el derecho a las relaciones personales. De esta manera, el régimen de visitas se aplica en el caso de los progenitores, y como en este supuesto, la mujer de la que hablamos no es progenitora legal, no se podría hablar de este régimen. Por ello, no está de acuerdo el Tribunal con lo establecido así por la Audiencia Provincial, en tal caso se debería hablar del derecho nombrado ya que está declarada la mujer como persona allegada. El régimen de relaciones personales que establece el Tribunal se debe a los hechos probados en tal caso: *la situación personal del menor y la persona con quien tiene que relacionarse, las conclusiones de los informes psicológicos que tenga a su alcance el tribunal, la intensidad de las relaciones anteriores, la no invasión de las relaciones del menor con el titular de la patria potestad y todas aquellas que sean convenientes para el menor.* ⁸⁴

Para acabar este apartado es interesante tener en cuenta otra sentencia, la SAP Islas Baleares, Sec. 4ª, 10.7.2009 (JUR 2009/408030: María Pilar Fernández Alonso). Este es el caso de una pareja de dos mujeres que convivían desde el año 2002, primero estuvieron en España y seguidamente se fueron a Paraguay. En 2004 se unió a la convivencia una niña que había sido abandonada, la cual fue adoptada en 2005 por una de las dos mujeres. Una vez rota la unión de pareja, la mujer que no era la madre adoptiva, mantuvo contacto con la menor hasta 2006, y en 2007 se establece, mediante auto, un derecho de visitas por parte de aquélla respecto de la niña. La sentencia de primera instancia es recurrida por ambas partes, una por querer ampliar el régimen de visitas y comunicación, y otra por querer suprimirla. A lo que la Audiencia Provincial establece que *resulta inexcusable adoptar una solución, siempre, es evidente, orientada en beneficio del menor, aunque ello suponga ciertas abdicaciones de terceros. El universal principio del "favor filii" debe presidir la actual decisión, y más tarde que el derecho que se invoca es de familiares y allegados de modo que ni por su naturaleza, ni por su finalidad, parece que deba tener el mismo alcance y amplitud que el que corresponde a los progenitores, aunque se encuentren separados o divorciados.* En esta sentencia se ve muy claro el papel de la ex compañera de la madre adoptiva de la niña, y es que no ejercía como madre, a diferencia de las otras sentencias comentadas, por lo que se establece un derecho de visitas, o mejor, de relaciones personales, pero se modifica su contenido, al no poder considerar a la mujer como persona allegada. ⁸⁵

⁸⁴ PANIZA FULLANA, A. (2011), "Doble maternidad de hecho y su problemática", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7/2011, pág. 3.

⁸⁵ PANIZA FULLANA, A. (2011), "Doble maternidad de hecho y su problemática", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7/2011, págs. 6 y 7.

4.3. La posesión de estado

El artículo 113 del CC establece que *la filiación se acredita por la inscripción en el Registro Civil, por el documento o sentencia que la determina legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial y, a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado*. Y los artículos 115 y 120 del mismo, nos expresan las diferentes formas de determinación de la filiación matrimonial (mediante inscripción o sentencia firme) y extramatrimonial (mediante la declaración conforme del padre en un formulario oficial en el momento de la inscripción, el reconocimiento ante el Encargado del Registro Civil, en testamento u otro, la resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la Ley del Registro Civil, sentencia firme o cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo), esto quiere decir que la posesión de estado no es un medio de determinación de la filiación sino de acreditación.

Aun con esto, la posesión de estado tiene una cierta importancia a la hora de determinar una filiación, ya que a través del artículo 131 del CC se puede reclamar esta filiación por posesión de estado, el cual no sirve como medio de prueba sino como *un hecho que permite al juez presumir y declarar la paternidad o maternidad que se reclama*.⁸⁶

La legislación española no define qué es la posesión de estado, solo la caracteriza como constante, a esta falta de definición ha dado respuesta la Sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de noviembre de 1987, estableciendo que se trata de *una cuestión de hecho de libre apreciación por el Tribunal de Instancia y que se basa, cuando la situación registral lo contradice, en el tratamiento entre hijos y padres, manutención y notoriedad*. Por ello se conforma a partir de unos elementos: el *nomen o nominatio, tractatus y la fama o reputatio*.⁸⁷

El *nomen o nominatio* hace referencia a que el hijo use de manera habitual el apellido del progenitor que reclama. El *tractatus* alude a hechos económicos normalmente, y afectivos, es decir los comportamientos que se tienen dentro de esa unidad familiar, respecto del hijo con el progenitor, y con la familia de éste. En estos comportamientos entrarían los típicos en una relación paterno-filial, como llevar al hijo al colegio, pasearlo de la mano, cuidarlo cuando esté enfermo, orientarlo en sus amistades, y un largo etcétera fruto del convivir día a día juntos y del amor de unos padres hacia sus hijos. En el caso de la STS, Civil, Sec. 1ª, 5.12.2013 (28079110012013100696), explicada antes, el Tribunal se refiere a este *tractatus*, cuando hace

⁸⁶ DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M.S. (2015), "Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal. A propósito de las SSTs de 5.12.2013 y 15.1.2014", *INDRET: Revista para el análisis del Derecho*, pág. 26.

⁸⁷ DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M.S. (2015), "Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal. A propósito de las SSTs de 5.12.2013 y 15.1.2014", *INDRET: Revista para el análisis del Derecho*, págs. 25 y 26.

referencia al consentimiento emitido, en cuanto a voluntad de llevar a cabo una vida basada en estos comportamientos, y además posteriormente llevada a cabo, es decir, no hablamos del mismo consentimiento que se presta para poder acceder a las técnicas de reproducción asistida, o al que se da para después obtener la filiación, no se trata de los mismos consentimientos, el primero mencionado no se exige por la Ley. Este último no se exige en base al derecho a la procreación, el cual antes estaba integrado en la protección de la familia, actualmente se reconoce el derecho a la reproducción, el cual cada vez tiene más importancia por ser un derecho a la hora de tomar *decisiones sobre la propia existencia vital*. Situados en este punto, entonces, se deben entender las voluntades de las dos mujeres (como en el caso de la sentencia) a la procreación como un asunto de ellas, en el que el legislador solo puede entrar en los términos establecidos por las leyes. Por ello, esta voluntad se tiene en cuenta en las resoluciones al respecto, ya que esa voluntad expresará el deseo de formar una familia o no. Es así que, en el caso de una pareja homosexual la posesión de estado no tendrá carácter divisible ni indivisible, salvo que la indivisibilidad la pueda otorgar el consentimiento que se pide en el artículo 7.3, tan mencionado, en la determinación de la doble maternidad. Es más, si este consentimiento no se diera, la posesión de estado tendría que darse en la madre no biológica, si ya se ha determinado la otra maternidad. El último elemento a explicar es la *fama o reputatio*, y como se puede deducir por su nombre, es que la relación entre progenitor e hijo se tiene que dar de manera pública, es decir, que terceros vean y crean en la existencia de esa relación. Es decir, el *tractatus* era el conjunto de comportamientos que se tiene de manera íntima y la *fama o reputatio* es el que se tiene de manera externa.⁸⁸

Por último, falta concretar a qué se refiere el CC cuando dice *constante* posesión de estado. Con este término se hace alusión al comportamiento sobre el hijo, y al tiempo que se da este comportamiento. Este tiempo no es establece en dicho Código, sino que queda en manos de cada juez para que decida si el tiempo en cada caso es suficiente o no, teniendo en cuenta que este tiempo tiene que alargarse lo posible como para llegar a dar fuerza a la figura de la posesión de estado. Esta posesión de estado tiene que ser actual, es decir, tiene que darse en el momento en el que se reclama la filiación a través de ella. En el caso de un divorcio o de una separación de hecho, se dará más margen, y es que si dos mujeres rompen su unión y una de ellas no está determinada como madre del hijo de su antigua compañera, es lógico que la patria potestad la

⁸⁸ DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M.S. (2015), "Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal. A propósito de las SSTs de 5.12.2013 y 15.1.2014", *INDRET: Revista para el análisis del Derecho*, págs. 26, 27, 28 y 29.

tendrá la madre determinada, por lo que la otra mujer se situará más alejada del hijo, pero ello no repercutirá en la posesión de estado, ya que se entienden las circunstancias.⁸⁹

Para finalizar, se puede decir, por lo tanto, que la determinación de la filiación a favor de la madre no gestante, se puede obtener mediante dos vías. La primera es el artículo 7.3 ya tan explicada por el que se presta el consentimiento, y la otra es a través de la voluntad que expresa la mujer a que su compañera se someta a las técnicas y a formar una familia con ella y el niño que nazca, acreditando la posesión de estado del artículo 131 del CC.⁹⁰

4.4. ¿Igualdad en las técnicas de reproducción humana asistida?

Estas técnicas se pueden llevar a cabo a través de dos vías: o bien por la Seguridad Social, es decir, por la sanidad pública, o bien por la sanidad privada, por la cual el coste económico se eleva de manera notoria. A nivel estatal se debía seguir aquello dispuesto en la LTRHA, donde en su artículo 6, apartado 1 nos menciona los requisitos que tiene que cumplir una mujer para poder someterse a las técnicas: ser mayor de 18 años, tener plena capacidad de obrar y prestar su consentimiento escrito, para la utilización de las técnicas, de manera libre, consciente y expresa, y seguidamente, establece que esto será así, independientemente de su estado civil y de su orientación sexual. De este artículo podemos entender que puede acudir una mujer a esto, de igual manera tanto si es una mujer homosexual como si es heterosexual, que puede hacerlo igual tanto si está casada o en pareja como si es soltera. De la interpretación de la ley podemos deducir que se cumple con el principio de no discriminación, ya que iguala a todas las mujeres para que puedan llevar a cabo las técnicas.

En este aspecto podemos nombrar la STSJ Asturias, Social Oviedo, 26.4.2013 (33044340012013100978: Luís Cayetano Fernández Ardavin). Este es el supuesto de una mujer que acudió al Hospital San Agustín de Avilés para poder quedarse embarazada, donde se le hizo una exploración ginecológica, de la cual se elaboró un informe en el que constaba que todo era correcto. En el servicio de Ginecología de dicho hospital se apunta: *esterilidad primaria en paciente sin pareja*, y se la remite la Unidad de Reproducción para técnicas de reproducción asistida.

⁸⁹ DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M.S. (2015), "Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal. A propósito de las SSTs de 5.12.2013 y 15.1.2014", *INDRET: Revista para el análisis del Derecho*, pág. 30.

⁹⁰ DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M.S. (2015), "Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal. A propósito de las SSTs de 5.12.2013 y 15.1.2014", *INDRET: Revista para el análisis del Derecho*, pág. 30.

La mujer acudió pero con su pareja, otra mujer, el día 18 de abril de 2011, a lo que el jefe de la Unidad le dijo que no podía someterse a las técnicas ya que no tenía ningún problema de esterilidad. Ésta presentó escrito el 20 de abril de 2011 ante el Registro General dirigido a la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios, donde se solicitaba que se admitiera para llevar a cabo las técnicas de reproducción asistida, mediante la sanidad pública de Asturias. Con un silencio administrativo se negó la solicitud, por lo que se formuló reclamación previa, que también fue desestimada.

El Director General de Planificación y Evaluación de la Consejería de Salud y Servicio Sanitario del Gobierno del Principado de Asturias dictó una resolución el 18 de marzo de 2011 diciendo que se tenían conocimientos de que en la Unidad de Reproducción se estaban sometiendo a técnicas, mujeres que no cumplían con el criterio de infertilidad. Junto con esto, se recuerda lo que establece el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre (actualmente modificado), y es que *las técnicas de reproducción asistida serán financiadas cuando haya un diagnóstico de esterilidad o una indicación clínica establecida, de acuerdo con los programas de cada servicio de salud*. Por la Consejería de Asturias no se ha ampliado esta *oferta asistencial*. A partir de julio de 2011, la mujer acudió a una clínica privada para poder llevar a cabo su embarazo, y después de cuatro ciclos de inseminación artificial no consiguió la gestación, habiendo de pagar una gran cantidad de dinero.

Antes de todo esto, otra chica acudió a la Unidad de Reproducción del Hospital Central de Asturias, y en el diagnóstico final se había puesto *f.masculino*, y otra, la cual se había puesto en su diagnóstico *IAD. No pareja*. Estas dos mujeres sí fueron atendidas en un principio por el Hospital.

Seguidamente la mujer del caso enjuiciado presentó demanda en contra del Servicio de Salud del Principado de Asturias, la Consejería de Sanidad del Principado de Asturias y el doctor que emitió que no podía someterse a las técnicas por no existir problemas de esterilidad. Dicha demanda se desestimó, ante lo cual se presentó recurso de suplicación que fue objeto de impugnación por la parte contraria.

Finalmente los autos principales fueron elevados por el Juzgado de lo Social, a la Sala de lo Social de dicho Tribunal Superior de Justicia y se admitió el recurso. La mujer hace referencia a que se hace una discriminación por razón de la orientación sexual, ya que se alude que no tiene pareja masculina, y que por ello no se le aplican las técnicas a través de la vía de la sanidad pública, y después también expone otro motivo por el cual reclamar y es que no se le examinó su esterilidad de manera completa.

Es decir, la mujer alega que el motivo principal por el que se le deniega el acceso a esta vía es que forma parte de una pareja homosexual, ya que su esterilidad no fue examinada a fondo, practicándose pruebas básicas que no podrían descartar de manera completa esta esterilidad. Es más, la esterilidad que no se da, según la mujer, es la masculina, con esto se refiere a que en ella no se presentan elementos que puedan decir que sea estéril, y, como la figura masculina no se da, por lo tanto no hay esterilidad masculina tampoco. Además de esto, antes de que ella asistiera a someterse a las prácticas, en el hospital citado se atendía a mujeres solteras y homosexuales. A ello el hospital responde que esa situación se daba con anterioridad al Real Decreto mencionado y que una vez surgió éste, se suspendieron los tratamientos de esas personas, por los que en ese aspecto no se discrimina a la parte actora.

A todo esto, la mujer reclama una indemnización por haberla hecho acudir, de manera obligatoria, a una clínica privada para poder ser madre, por la razón de que falte la figura masculina.

Después de toda una larga lista de razonamientos corrigiendo el recurso interpuesto por la actora, el Tribunal acaba determinando que debemos partir de *que nuestro Ordenamiento y, específicamente, la Constitución ampara el principio de igualdad de trato y no disminución por razón de sexo, por lo que debemos interpretar el Real Derecho citado en ese contexto y entender que en los casos de esterilidad no puede excluir la que en términos médicos se denomina como primaria, ya que, de lo contrario, se estaría obligando a una persona de orientación homosexual a tener relaciones heterosexuales para alcanzar la procreación. Desde esta perspectiva global del Ordenamiento jurídico debe interpretarse el repetido Real Decreto 1030/2006, lo que conduce a la estimación parcial del recurso, declarando el derecho a la demandante a que le sea facilitado el acceso a las técnicas de reproducción asistida en los términos y límites usuales en la Unidad correspondiente, así como el derecho a ser reintegrada de los gastos que se declararon como probados y que tuvo que realizar por no haberle prestado dicho servicio en su día.*

Fue en 2014 cuando una orden ministerial del departamento de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, hizo que este principio de no discriminación comenzara a tambalearse. La Orden SSI/2065/2014, de 31 de octubre, por la que se modifican los anexos I, II y III del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización (BOE, nº 269, de 6.11.2014), provocó fuertes tensiones en la sociedad española al diferenciar las mujeres que podían acudir a las técnicas de reproducción asistida, como tratamiento médico, a través de la sanidad pública, y las mujeres que tenían que acudir obligatoriamente a la sanidad privada, y esto quiere decir que estas últimas tenían que asumir un gran coste para poder llevar a cabo un embarazo seguro, sin riesgo y con posibilidades de éxito.

Esta orden en el subapartado 3 del apartado 3 de su artículo único establece que aquellas mujeres, que no consiguen la gestación de manera natural, que tienen vía libre en la sanidad pública son las que se encuentren en alguna de estas dos situaciones: que se dé la *existencia de un trastorno documentado de la capacidad reproductiva, constatada tras el correspondiente protocolo diagnóstico y no susceptible de tratamiento médico o tras la evidente ineficacia del mismo*, o que se dé la *ausencia de consecución de embarazo tras un mínimo 12 meses de relaciones sexuales con coito vaginal sin empleo de métodos anticonceptivos*. Así, se puede entender que las mujeres a las que se refiere en este apartado la Orden son aquellas que, o bien tengan un problema en la capacidad reproductiva constatado, o bien hayan intentado conseguir la gestación a través de la relación sexual con un hombre y no haya sido posible, esto quiere decir que aquellas mujeres que no tengan un problema en el organismo, de fertilidad, que haya sido detectado o que no hayan intentado conseguir ese embarazo con un hombre, no podrán someterse a las técnicas, por lo que se deduce que tampoco una mujer, que simplemente no puede quedarse embarazada por imposibilidad genética de tener una relación afectiva con otra mujer.

Ante esta Orden, las mujeres que estén en pareja con otra mujer, ya sea casadas o no, deberán acudir a un centro sanitario privado para poder someterse a cualquiera de las técnicas de reproducción asistida. Sin embargo, algunas Comunidades Autónomas han decidido no aplicar esta Orden Ministerial y proporcionar de forma igualitaria la posibilidad de acceder a esto a través de los centros públicos, eso es, sin tener que cargar con el coste económico. Un ejemplo de ello es la Comunidad de Madrid donde se dictó la Sentencia número 319/15 del Juzgado de lo Social número 18, en la cual los hechos son los siguientes: dos mujeres demandaban al Hospital Fundación Jiménez Díaz, a la Consejería de Sanidad y Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, por haber suspendido la Fundación su tratamiento de reproducción asistida, fundamento el cual se daba en la Orden Ministerial de 2014 mencionada. La solución fue dictar que, en base al principio de la jerarquía normativa, la Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida era una norma de rango superior a la Orden Ministerial establecida y, por tanto, se debía dejar de aplicar esta última si iba en contra de la primera. Por lo que finalmente se dictó continuar el procedimiento y se condenó a pagar una indemnización al centro ya que fue el que suspendió este proceso. A partir de aquí, podemos ver por qué en la Comunidad de Madrid se ha dejado de aplicar la Orden.

Respecto a Cataluña, podemos decir que en su Protocolo de estudio y tratamiento de la esterilidad, realizado por un grupo formado por especialistas de diferentes centros de la red sanitaria de utilización pública y profesionales del Departamento de Salud de la Generalitat, se

sigue la explicada Orden Ministerial. De este modo, el protocolo, por el cual se establece quién podrá acceder a las técnicas a través de la sanidad pública, se dirige explícitamente a las parejas heterosexuales estériles. Se puede observar que el documento habla de la *población diana*, es decir, de las personas a las que va dirigido éste y se trata de todas aquellas parejas de más de 18 años, con deseo gestacional de más de un año de relaciones sexuales no protegidas.⁹¹ Por lo tanto, en Cataluña, una pareja de dos mujeres que quieran asistir a este proceso, tendrán que hacerlo mediante un centro sanitario privado. Esto no se entiende, ya que Cataluña fue una de las primeras Comunidades Autónomas en otorgar derechos a las parejas homosexuales, en cuanto a sus hijos, por lo que ahora no darles la posibilidad de tenerlos mediante la seguridad pública, carece de lógica. Y es que, bajo mi opinión, el mismo derecho deberían tener aquellas personas que no pueden tener hijos por razones de esterilidad, que aquellas que no pueden por razones de orientación sexual, y es que estamos ante una discriminación a la hora de obligarles intentar tener hijos mediante relaciones sexuales con alguien de diferente sexo, si no es acorde a su orientación sexual.

En esta situación están muchas mujeres de nuestro país, como es el caso de Estefanía, Laura o Miriam, y sus respectivas parejas, las cuales se encuentran en Comunidades Autónomas en las que las técnicas de reproducción asistida, para ellas, no las cubre la seguridad social, a diferencia de Rosa María, que se encuentra en Andalucía y está muy conforme con la legislación establecida y con la ayuda que supone el no tener que acudir a un centro sanitario privado para poder tener un hijo.⁹²

5. *Gestación por sustitución*

La, muy conocida actualmente, gestación por sustitución es aquel contrato, oneroso o gratuito, mediante el cual una mujer gesta a un niño a través de técnicas de reproducción asistida, aportando o no su mismo óvulo, mediando el compromiso por el cual tiene que entregar al recién nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casado o no, que a su vez podrían aportar o no sus gametos. Esta definición no fue entendida así desde un principio. Anteriormente se hacía referencia a la gestación por sustitución teniéndola como la forma de maternidad por la que una mujer se presta a la gestación mediante el pacto con una pareja

⁹¹ Generalitat de Catalunya, Departamento de Salud. *Protocolo de estudio y tratamiento de la esterilidad (en línea)*. Dirección General de Regulación, Planificación y Recursos Sanitarios. Barcelona, julio de 2011.

⁹² Éstos son casos reales de mujeres que han aportado información para este trabajo.

heterosexual que sea estéril, la cual será la responsable del nacido a todos los efectos. Tal definición fue criticada y por ello, gracias a la doctrina se han ido elaborando otras ajustándose a la realidad (como la mencionada al principio), y es que actualmente no solo se da la gestación por sustitución para las parejas heterosexuales, sino que también hacen uso de ella las parejas homosexuales que no tienen ningún problema de fertilidad, o incluso aquellas parejas en las que la mujer no quiere que se modifique su cuerpo.⁹³

En España este tipo de maternidad no está permitida por el artículo 10 de la LTRHA, que ya se explicará más adelante. Pero esto no es imposible, ya que se puede viajar a cualquier otro país donde no esté prohibido, como algunos estados de Estados Unidos. La cuestión que aún provoca dudas al respecto es si al volver a España se podrá inscribir al menor en el Registro Civil, como hijo de los padres intencionales (aquella o aquellas personas que son las que se quedan con los derechos sobre el menor, es decir, aquellas a favor de las cuales se determina la filiación).

Este proceso se puede llevar a cabo mediante diferentes técnicas: el embrión de una pareja se implanta en el útero de una mujer, por lo que ésta solo deberá realizar la gestación, por otro lado, esta mujer también puede aportar su óvulo, el cual se fecundará con el semen del hombre que quiera asumir la paternidad (en el caso de dos hombres, cualquiera de los dos podrá hacerlo), también puede pasar que una tercera persona aporte su material genético, y, por último, puede que no haya una pareja, sino que acuda a esta vía una mujer o un hombre solo. Por lo que podemos concluir que la mujer que llevará a cabo el embarazo, deberá, o bien, gestar al bebé o también asumir la gestación y aportar su óvulo, y, una vez haya dado a luz no tendrá ningún derecho sobre el niño porque en esto consiste el pacto al que se someten ambas partes. A partir de aquí también podemos observar que pueden acudir a esto tanto las parejas como una persona individualmente, esto nos abre otro abanico de posibilidades: se podría tratar de una pareja heterosexual, en la cual haya algún problema para poder tener hijos, y también se podría tratar de una pareja homosexual, en la cual se da la imposibilidad de tener estos hijos, o, por último, podría acceder a esta técnica una persona soltera.⁹⁴

⁹³ GARCÍA ALGUACIL, M.J. (2016), “¿Injerencia justificada del Estado en la determinación de la filiación o de la autonomía de la voluntad en las relaciones familiares?”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5/2016, pág. 9.

⁹⁴ BATALLER I RUIZ, E. (2015), “Reconocimiento en España de la filiación por gestación de sustitución”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 2/2015, pág. 779.

5.1. Posicionamiento del estado español

Mientras en el resto de países se estudiaba con detalle la normativa bioética, España decidió regular la ley que permitiera variadas técnicas de reproducción asistida, dentro de las cuales no entraba la maternidad subrogada. Esta ley, como ya se ha expuesto, fue la 35/1988, de 22 de noviembre y tuvo un amplio estudio anterior a través del Informe de la Comisión especial de Estudio de la Fecundación in Vitro y la Inseminación Artificial Humana del Congreso de los Diputados. En este informe la maternidad subrogada fue estudiada desde tres ámbitos distintos: ético, biomédico y jurídico, y finalmente se decidió no admitir esta posibilidad en nuestro país.⁹⁵

Actualmente se prohíbe la gestación por sustitución a través del artículo 10 de la LTRHA, el cual nos dice que *será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero*. También nos dice que *la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto*, es decir, que si la mujer portadora (la mujer que se queda embarazada), pretende ceder todos los derechos del hijo que para, por un contrato, no podrá hacerlo en España porque quedará determinada la filiación a su favor, por haberlo dado a luz ella. Por otra parte también vemos en este artículo 10 que se establece que quedará *a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales*. Por lo tanto, a partir de este artículo podríamos deducir que solo se podrá llevar a cabo una doble paternidad (ya que dos mujeres pueden acudir a las técnicas de reproducción asistida ya explicadas) a través de la adopción.

Este artículo 10 vino de la anterior Ley de 1988, y los motivos por los que se mantuvo fueron los siguientes: para empezar, se considera a esta técnica contraria al orden público internacional español. Como orden público internacional español entendemos *el sistema de derechos y libertades individuales garantizadas en la Constitución y en los Convenios internacionales de Derechos humanos ratificados por España y el conjunto de valores y principios que los encarnan*. En segundo lugar, también se cree que es contraria al principio de indisponibilidad del estado civil de la persona. Es así porque se realiza un cambio en la relación paterno-filial al modificar el sujeto jurídico que hace de progenitor y el de hijo. Por último, se establece que la filiación viene determinada por el hecho del parto y así se evita que se den las modificaciones en la filiación, acabadas de explicar, a través de las técnicas de reproducción asistida.⁹⁶

⁹⁵ GARCÍA ALGUACIL, M.J. (2016), "¿Injerencia justificada del Estado en la determinación de la filiación o de la autonomía de la voluntad en las relaciones familiares?", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5/2016, pág. 8.

⁹⁶ GARCÍA ALGUACIL, M.J. (2016), "¿Injerencia justificada del Estado en la determinación de la filiación o de la autonomía de la voluntad en las relaciones familiares?", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5/2016, pág. 9.

La nulidad que establece el artículo 10 es, por una parte, de pleno derecho, dejando así que se aprecie de oficio. Por otra, es absoluta, frente a todos y definitiva, al no poder darse la prescripción, la confirmación o la convalidación de la misma. Por lo tanto, la consecuencia de llevar a cabo este contrato sería que la madre que dé a luz al niño será la madre biológica, también por el principio de *mater semper certa est*, y constará así en el Registro Civil. Además, cuando un progenitor hace el reconocimiento de manera separada, no se puede manifestar en él la identidad del otro a no ser que esté ya determinada legalmente⁹⁷, por lo que no podría identificar al otro progenitor. Otra de las consecuencias sería que se podría reclamar al hijo después de haberlo entregado a los padres intencionales, ya que el contrato no tendría ninguna validez, por lo que no se da la obligación de entregarlo o de indemnizarles por haber incumplido ese contrato, hechos los cuales sí suceden, entre otros, en los países en los que se permite esta maternidad subrogada. A modo de ejemplo, tenemos el caso de una pareja australiana que en 2014 se dirigió a una agencia tailandesa para llevar a cabo una gestación por sustitución. La madre de alquiler recibió el dinero que se pactó y más tarde, se averiguó que llevaba dos bebés, uno de ellos enfermo de Síndrome de Down. Ante esta situación, la pareja reclamaba que se les devolviera el dinero y que además la mujer gestante abortara. Cuando nacieron los dos bebés, la pareja recogió a uno de los dos, abandonando al que padecía Síndrome de Down, el cual lo acabaron acogiendo la mujer gestante y su marido. Éstos no tenían suficientes recursos económicos y tras movilizarse consiguieron recaudar 250.000 dólares para poder sostener los gastos médicos del menor. Informados de esto, la pareja australiana decidió reclamar a este bebé. Este polémico caso provocó que en Tailandia se acabaran prohibiendo los vientres de alquiler⁹⁸ a parejas homosexuales y a extranjeros.

Como ya se ha dicho, la duda en el Estado Español es si se puede acudir a la gestación por sustitución en algún país que esté permitida y después volver a nuestro país e inscribir al hijo como propio de los comitentes. Para explicar esto es conveniente explicar que una pareja de dos hombres españoles, casados en 2005, solicitó en el Registro Civil consular de Los Ángeles la inscripción del nacimiento en California de dos hijos, el día 24 de octubre de 2008, a través de la gestación por sustitución. Esta pareja lo que hizo fue presentar los certificados de nacimiento de los dos menores, que habían sido expedidos por la autoridad registral de California, en estos

⁹⁷ Artículo 122 de la Sección tercera, del capítulo II del Título V del Código Civil Español.

⁹⁸ GARCÍA ALGUACIL, M.J. (2016), "¿Injerencia justificada del Estado en la determinación de la filiación o de la autonomía de la voluntad en las relaciones familiares?", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5/2016, pág. 10.

certificados los dos hombres aparecían como padres de los recién nacidos, pero el encargado del Registro Civil consular denegó esta inscripción ya que en el artículo 10 de la mencionada Ley, no se permite la gestación por sustitución. Ante esto, los dos hombres recurrieron ante la Dirección General de los Registros y del Notariado para que se revocara la decisión del encargado, y se llevara a cabo dicha inscripción. A lo que la Dirección General de los Registros y del Notariado resolvió de manera estimatoria, ordenando que se realizara la inscripción, teniendo en cuenta los certificados donde aparecían los dos hombres como padres.⁹⁹

Los motivos de la estimación fueron que no se vulneraba el orden público internacional español, que así se evitaba una discriminación por razón de sexo, que se protegía el interés superior del menor, que en España *la filiación natural no se determina necesariamente por el hecho de la vinculación genética entre los sujetos implicados*, ya que si dos mujeres pueden constar como madres de la misma persona en el Registro Civil (doble maternidad), no hay motivos para denegarle esto a dos hombres (doble paternidad), que los interesados no han llevado a cabo un fraude de ley, y por último, la resolución hace referencia a que, aplicando el derecho español, no cabe duda de que esta filiación no se podría determinar, ya que está prohibida por el precepto ya mencionado (artículo 10), pero es que en este caso no se trata de determinar una filiación, sino de inscribir en el Registro Civil una filiación ya determinada, por lo que aquí, no hay ninguna ley que prohíba esto.¹⁰⁰

En contra de la resolución se manifestó el Ministerio Fiscal, el cual presentó una demanda en la cual impugnaba ésta por violar el artículo 10 y además ser contraria al orden público español. Esta demanda fue admitida y estimada por el Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, por el que se canceló la inscripción. Tras esto, la pareja interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Valencia, pero fue desestimado, entonces recurrieron al de casación, con el único motivo de la vulneración del artículo 14 de la CE, artículo referente al principio de igualdad, relacionándolo con el derecho a la identidad única de los menores y al interés superior de éstos consagrado en la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas, realizada en Nueva York el 2 de noviembre de 1989.¹⁰¹

Dicho recurso de casación fue desestimado por el Tribunal Supremo, el cual establece que el problema que hay que analizar es si la decisión de la autoridad (el certificado de nacimiento)

⁹⁹ BATALLER I RUIZ, E. (2015), "Reconocimiento en España de la filiación por gestación de sustitución", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 2/2015, pág. 783.

¹⁰⁰ Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 18 de febrero de 2009.

¹⁰¹ BATALLER I RUIZ, E. (2015), "Reconocimiento en España de la filiación por gestación de sustitución", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 2/2015, pág. 784.

puede ser reconocida y tener efectos en el sistema jurídico español. La sentencia dictada por éste fue la STS, Civil, 6.2.2014 (28079119912014100001: Rafael Saraza Jimena).

Los motivos por los que se apela a la vulneración del artículo 14 CE son los siguientes: el hecho de no permitir que se inscriba la filiación de los hijos nacidos en California a favor de dos hombres es discriminatorio, y a su vez esto perjudica al interés de los menores, ya que los deja desprotegidos sin una filiación determinada, los dos hombres son quienes realmente deben ser sus padres ya que desean serlo, además de que los menores tienen *derecho a una identidad única que se debe respetar por encima de fronteras estatales*. Y por último, se dice que la inscripción de esta filiación no va en contra del principio de orden público internacional español, ya que lo que no se permite en el derecho español es la gestación por sustitución, pero no la inscripción de una filiación derivada de ésta.

El Tribunal aborda sobretodo el último punto, el hecho de que se contradiga el orden público internacional. Aquí lo que se tiene que plantear es si se puede dar el reconocimiento de la decisión de autoridad de California. Este reconocimiento de documentos extranjeros está establecido en los artículos 81 y 85 del Reglamento del Registro Civil (BOE, nº 296, de 11.12.1958). El artículo 85 nos dice: *Para practicar inscripciones sin expediente en virtud de certificación de Registro extranjero, se requiere que éste sea regular y auténtico, de modo que el asiento de que se certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española. Se completarán por los medios legales los datos y circunstancias que no puedan obtenerse de la certificación o parte extranjero, por no contenerlos, por no merecer, en cuanto a ellos autenticidad o por ofrecer, por cualquier otro motivo, dudas sobre su realidad. La falta de inscripción en el Registro extranjero no impide practicarla en el español mediante título suficiente*. Por lo tanto, para poder reconocer un documento extranjero no solo se tienen que tener en cuenta los aspectos formales, sino que se tienen que entrar a examinar las cuestiones de fondo.

Cada vez tenemos más facilidades para viajar a otros Estados y así encontrar diferentes respuestas jurídicas, a lo que el Derecho Internacional tiene que buscar más herramientas de reconocimiento para poder compatibilizar los distintos ordenamientos jurídicos, siempre y cuando no se perjudique al orden público internacional, que es el conjunto de derechos que se tienen en un país, en este caso España. No se tiene que cumplir exactamente con todo lo regulado por nuestra legislación, pero sí se debe respetar, es a esto a lo que se refiere la Ley del Registro Civil. Los derechos de los que hablamos en este caso, que se tienen que respetar ante el reconocimiento de esta decisión de California, son derechos fundamentales como el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a contraer matrimonio, derecho a la intimidad

familiar, protección de la familia, protección integral de los hijos, la protección de la infancia, el derecho a la integridad física y moral, el respeto a la dignidad.

Por otra parte, se habla de que actualmente ya no se da la filiación caracterizada por el elemento biológico, y es que se da la existencia de las técnicas de reproducción asistida, la adopción, la filiación a favor de dos personas del mismo sexo. Esto es así, pero el Tribunal recuerda que, a pesar de estas innovaciones que se han conseguido, lo que no se permite es *vulnerar la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, "cosificando" a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de "ciudadanía censitaria" en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población*. Consecuencia que extrae de aquí el Tribunal es que las normas de la gestación por sustitución, es decir, el artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, forman parte del orden público internacional español, por lo que no se podría llevar a cabo este reconocimiento.

A lo que podemos sumar, que la nulidad de la gestación por sustitución tuvo un gran análisis antes de darse, se elaboró un informe (del que ya he hablado) que provocó un debate social y jurídico de gran peso.

Por tanto, el permitir que la filiación determinada por California fuera reconocida en España no sería posible, ya que va en contra de normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones de familia, *inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia*.

Seguidamente, se tratan los siguientes motivos que se exponen a la reclamada vulneración del artículo 14 CE. El hecho de no permitir la inscripción de la filiación a favor de dos hombres en el Registro Civil, no resulta discriminatorio, ya que no puede compararse con la inscripción a favor de dos mujeres puesto que son supuestos completamente diferentes. Además de que la negación a la inscripción no es porque sean dos hombres, sino por lo expuesto anteriormente, hecho que se hubiera dado de igual manera si hubieran sido dos mujeres.

Más tarde se hace mención del interés superior del menor, el cual, se encuentra garantizado por el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España (*en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*), por el artículo 24.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la

Unión Europea, por el artículo 39 CE, por la legislación interna, en concreto en la regulación de las relaciones paterno-filiales del Código Civil y en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (BOE, nº 15, de 17.1.1996), y también por la jurisprudencia de este Tribunal, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Además, este principio puede concurrir con otros como *el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, el evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o el impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación*. Estos son principios que se amparan en textos constitucionales de nuestro Estado Español, como también en convenios internacionales, como el Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993.

Según el Tribunal, el hecho de que se lleve a cabo la inscripción de California, también puede atentar contra el interés de los menores, ya que la mercantilización dada por este contrato de gestación por sustitución puede ir en contra de la dignidad del menor, convirtiéndolo en objeto del tráfico mercantil. Por lo que se debe aplicar aquello que perjudique menos a los menores.

Respecto a la identidad única del menor que se debe respetar por encima de fronteras estatales, no existe un riesgo para ésta, ya que los menores no tenían una vinculación efectiva con California, puesto que solo se acudió a aquel Estado porque se permitía la gestación por sustitución.

Tampoco se vulnera el derecho al respeto de la vida privada y familiar, ya que la denegación de la inscripción cumple con los requisitos exigidos: la denegación se puede dar cuando no se respete el orden público internacional y cuando se realice respetando el interés del menor y los otros bienes jurídicos mencionados anteriormente.

Por último nos encontramos con la desprotección de los menores. El artículo 8 del Convenio ha sido interpretado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de la siguiente manera: *allí donde está establecida la existencia de una relación de familia con un niño, el Estado debe actuar con el fin de permitir que este vínculo se desarrolle y otorgar protección jurídica que haga posible la integración del niño en su familia*. Por lo que el Estado tiene que velar por la protección del menor. El Tribunal en este caso afirma que si se prueba que uno de los dos hombres aportó gametos, por lo que sería padre biológico de los niños, las Autoridades públicas intervendrán para buscar una solución respecto de estos menores.

Por todo ello, el Tribunal desestimó el recurso de casación interpuesto, pero aquí no acabó todo, y es que se añadió un voto particular a la sentencia, al cual me siento más cercana, formulado por el Magistrado D. José Antonio Seijas Quintana y se adhirieron otros tres magistrados más. En

este voto particular no se está de acuerdo a lo expuesto por el Tribunal en los siguientes puntos: el acceso al Registro de la certificación expedida por la autoridad administrativa de California, el orden público y el interés superior del menor. Respecto del acceso al Registro español de la certificación expedida por la autoridad de California, se cree que no tendría que suponer problemas a la legislación de nuestro país, puesto que se da el reconocimiento mediante el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil y no tiene porqué controlarse que este documento sea conforme a la ley española porque ya es conforme a la ley californiana, y además el contrato que se da no puede ser el motivo de denegación del reconocimiento. Por ello, el artículo 10 de la Ley 14/2006 no se aplica en este caso, ya que la filiación ya ha sido determinada por la autoridad de California.

Seguidamente, se examina el hecho de que se contradiga el orden público internacional español. Y es que se dice que, en estos casos, no se tiene que analizar el orden público internacional en cuanto a contradicción con la ley interna, sino que se tiene que considerar desde un punto de vista en el que no perjudique al interés del menor, ya que este elemento también tiene características de orden público.

Al contrario de lo que se afirma en la sentencia, aquí se cree que la gestación por sustitución *supone una manifestación del derecho a procrear para aquellas personas que no pueden tener hijos genéticamente propios, que no se puede subestimar sin más la capacidad de consentir de la madre gestante, que el consentimiento de la madre se hace ante la autoridad judicial, que vela porque se preste con libertad y conocimiento de las consecuencias y que se trata de un acuerdo voluntario y libre, por lo que difícilmente se le explota o cosifica en contra de su libertad y autonomía y en ningún caso afecta al interés del menor que nace en el seno de una familia que lo quiere.*

Además, y muy importante, estamos yendo en un camino en el que cada vez se regulariza y se flexibiliza más en este sentido. En España, en concreto, se da la Instrucción de la Dirección de los Registros y del Notariado sobre *régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución*, de 5 de octubre de 2010 (BOE, nº 243, de 7.10.2010), con la cual se permite esta inscripción en el Registro Civil de los hijos que nacen por gestación por sustitución en el extranjero, en aquellos países en los que sí se permite esta técnica, siempre que uno de los dos miembros de la pareja sea el progenitor biológico y sea español. Esto es así porque, basándome en la Instrucción citada, la previsión legal del artículo 10 de la Ley 14/2006, *contempla la posibilidad de atribuir la paternidad del nacido mediante esta técnica, por los medios ordinarios regulados en nuestra legislación, permitiendo la inscripción del menor en el Registro Civil.* Esto lleva a criticar que, en algunos casos se permita la inscripción y en otros no, simplemente por el hecho de llevar a cabo ciertas formalidades o no. Lo expuesto, lleva a concluir que por lo tanto el orden público

es atenuado o casi inexistente en la práctica, y esto ha conllevado a que una jurisdicción diferente, que es la social, se pronuncie de manera contraria a la sentencia del Tribunal (más adelante se explicará). También se cuestiona el orden público en este caso, por el informe preliminar a la Conferencia de Derecho Internacional Privado de la Haya de 10 de marzo de 2012, sobre los problemas derivados de la gestación por sustitución. En este informe no se rechaza este contrato, sino que lo que intenta es que sean uniformes los acuerdos internacionales y que se dé una respuesta de manera homogénea a esta realidad social, que cada vez va en aumento.

Después de esto, entonces, se declara que son los tribunales los encargados de determinar en cada caso si el orden público internacional español se ve afectado o no, pero en este supuesto se opina que se ha declarado un orden público afectado, pero de manera muy genérica, sin detallar en qué se le perjudica teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto.

Por último se expresa que el interés superior del menor sí queda perjudicado en esta situación, ya que al no inscribirse en nuestro país la filiación, queda desamparado y se le priva de su identidad y del núcleo familiar. Además, se dice, *no hay orden público si en el caso se contraría el interés de un niño, una persona de carne y hueso, perfectamente individualizada*. Por estas razones, el voto particular acaba dictaminando que sí se estimaría el recurso de casación y que se permitiría la inscripción en el Registro Civil español de los dos hijos nacidos a través de la gestación por sustitución en California.

a) Postura de la jurisdicción social española

Como ya se ha mencionado, la postura de los Juzgados de lo Social es contraria a la del Tribunal Supremo en la sentencia explicada, y es así que éstos, a los progenitores que tengan hijos, fruto de la gestación por sustitución, y que hayan sido declarados como padres por una resolución o acta registral extranjera, les concede el derecho a las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.¹⁰² Por ejemplo, podemos observar que en el artículo 177 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE, nº 261, de 31.10.2015), se establece que las situaciones protegidas a efectos de la prestación de maternidad, serán la maternidad, la adopción, la guarda con fines de

¹⁰² GARCÍA ALGUACIL, M.J. (2016), “¿Injerencia justificada del Estado en la determinación de la filiación o de la autonomía de la voluntad en las relaciones familiares?”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5/2016, pág. 15.

adopción y el acogimiento familiar, y junto a esto, el artículo 2.2 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo (BOE, nº 69, de 21.3.2009) equipara a la adopción y al acogimiento preadoptivo, permanente o simple, *aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento preadoptivo, permanente o simple, cuya duración no sea inferior a un año, cualquiera que sea su denominación.*

Situados aquí, el Juzgado de lo Social número 2 de Oviedo dictó la SJS, Oviedo, núm. 2, 9.4.2012 (ILJ 594/2012: María Cristina García Fernández), en la cual se otorgó la prestación de maternidad a una mujer respecto de la filiación atribuida a partir del hijo fruto de la gestación por sustitución que contrató. Los argumentos que se dan en la sentencia para actuar así son: este subsidio que se da por maternidad tiene como objetivo atender a la salud de la mujer trabajadora en la fase de embarazo, parto y puerperio, y también a las necesidades del recién nacido, y, en segundo lugar, lo que se quiere conseguir de esta manera es que se amplíe la protección a los casos en que no se da el hecho de dar a luz, esto es, la adopción, el acogimiento y las otras instituciones jurídicas que establece el artículo 2.2 del RD antes citado. Respecto al principio de igualdad que se invoca, considera el Juzgado que éste *no solo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida.* De esta manera, si la ley citada equipara la maternidad por sustitución a las demás situaciones protegidas, dejarla sin efectos sería discriminatorio, por lo que se estaría vulnerando el artículo 14 CE. Además, se estaría perjudicando al interés del menor, en la medida en que por haber nacido mediante esta técnica no se le concediera esta prestación a su madre y le perjudicaría a él.¹⁰³

De más interés para este trabajo, es el caso de la STSJ Madrid, de lo Social, Sec. 4ª, 18.10.2012 (AS 2012/2503: Miguel Ángel Luelmo Millán), el cual trata sobre un matrimonio homosexual al que también se le reconoce el derecho a recibir la prestación por maternidad, en la misma situación que el anterior. En este supuesto, el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), negó el derecho a la misma por no encontrarse el caso en ninguno de los previstos por la ley (maternidad biológica, adopción o acogimiento), y de la misma manera se pronunció el Juzgado de lo Social número 4 de Madrid por entender que el padre no había dado a luz a la niña y tampoco constaba que la hubiera adoptado. A ello el Tribunal ordenó que se reparara la decisión, *por repugnar a la*

¹⁰³ GARCÍA ALGUACIL, M.J. (2016), “¿Injerencia justificada del Estado en la determinación de la filiación o de la autonomía de la voluntad en las relaciones familiares?”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5/2016, pág. 15.

*lógica más primaria, que se deniegue la prestación al actor en sus circunstancias cuando se le reconocería si él y su pareja se hubiesen limitado a adoptar o a acoger a un menor.*¹⁰⁴

En Cataluña, también podemos observar una sentencia en la misma línea, la STSJ Cataluña, de lo Social, Sec. 1ª, 23.11.2012 (AS 2013/845: Adolfo Matías Colino Rey), en la cual se ha presentado recurso por parte del INSS en contra de la sentencia del Juzgado de lo Social de Barcelona, de 14 de mayo de 2011, que reconoció el derecho a la prestación de maternidad a un hombre soltero el cual tenía dos hijas, nacidas a partir de la gestación por sustitución. En esta sentencia se alegan los mismos motivos que en la anterior, el hecho de que no se pueda incluir este caso en los que están previstos por la ley, a lo que el Tribunal responde que esto sí es posible, ya que hay una sentencia de California que determina su maternidad, y ha sido inscrita en el Registro Civil español de esa manera. Por esto es que finalmente también se concede el derecho a recibir dicha prestación por maternidad.

En conclusión por lo tanto podríamos decir que son muchos los Juzgados y Tribunales de nuestro país que se muestran favorables a que se trate en estos casos de manera igual que a los demás, a los progenitores (sean homosexuales o no) de hijos que hayan nacido de una gestación por sustitución, haciendo referencia a que se tiene que tener en cuenta el orden público internacional como *atenuado*. Sin embargo, no faltan resoluciones que establezcan lo contrario, como la STSJ Madrid, de lo Social, Sec. 5ª, 7.7.2014 (JUR 2014/244222: José Ignacio de Oro-Pulido Sanz), la cual deniega esta prestación de maternidad en un supuesto con las mismas circunstancias, fundamentándolo en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en concreto, en base a la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, en la cual encontramos, en su artículo 8, que *los Estados miembros no están obligados a conferir un permiso de maternidad a una trabajadora, en su calidad de madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un contrato de gestación por sustitución, incluso cuando pueda amamantar a ese niño tras el nacimiento o lo amamanta efectivamente.*¹⁰⁵

Esto nos lleva a concluir que la posición tomada por los Tribunales y Juzgados españoles no es homogénea, y que cada uno, en función de sus argumentos, tiene una opinión respecto al tema y toma diferentes medidas.

¹⁰⁴ GARCÍA ALGUACIL, M.J. (2016), "¿Injerencia justificada del Estado en la determinación de la filiación o de la autonomía de la voluntad en las relaciones familiares?", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5/2016, pág. 15.

¹⁰⁵ GARCÍA ALGUACIL, M.J. (2016), "¿Injerencia justificada del Estado en la determinación de la filiación o de la autonomía de la voluntad en las relaciones familiares?", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5/2016, pág. 16.

b) Postura del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Después de la sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de febrero de 2014, se dictaron dos sentencias, el 26 de junio del mismo año del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la del asunto *Mennesson* contra Francia y la de *Labassée* también contra Francia. Y teniendo en cuenta éstas dos, el tribunal español no va tan mal encaminado respecto a la decisión que tomó el tribunal europeo. En estos casos, los hechos son los mismos que se han planteado en las diferentes resoluciones expuestas, y aquí el tribunal condenó a Francia por no haber reconocido la relación de filiación determinada a partir de una gestación por sustitución, en virtud del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, por lo que se estaría violando el respeto a la vida privada y familiar de los niños nacidos mediante gestación subrogada porque se les coloca en una situación de incertidumbre jurídica. Lo que ocurre es que a estos niños se les ha identificado como hijos de los recurrentes en el extranjero, y Francia se ha negado a reconocerlos como tal en su ordenamiento jurídico, por lo que el Tribunal considera que esto es un atentado al reconocimiento de la identidad de los niños en el seno de la sociedad francesa. Además también se les niegan los derechos hereditarios, ya que no se les considera hijos de éstos, por lo que estamos ante una doble discriminación que se les hace a los menores.

Ante la falta de consenso en los diferentes países, éstos tienen un margen de apreciación en cuanto a la aceptación del contrato de la gestación por sustitución y en cuanto al reconocimiento de estas filiaciones dadas por estos contratos llevados a cabo en el extranjero. Sin embargo, este margen ha de atenuarse, ya que se trata de temas que pueden afectar al derecho de la identidad de los menores. Más bien, el tribunal tiene la capacidad de controlar este margen y de asegurar que se ha establecido un justo equilibrio entre los intereses del Estado y los de los individuos directamente afectados por esta decisión, y muy especialmente el interés del menor.¹⁰⁶

Considera el Tribunal que el derecho a la vida privada y familiar de los recurrentes no ha sido vulnerado, pero por otra parte, como se ha dicho, que la falta de reconocimiento de la relación de filiación, sí ha supuesto una vulneración a la identidad de los menores, que también queda afectada respecto a la nacionalidad y a los derechos sucesorios. Por lo tanto, se establece que no ha habido compatibilidad entre la decisión tomada y el interés superior del menor.

¹⁰⁶ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2015), "Algunas reflexiones sobre la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 a la luz de la condena de Francia por el TEDH (Sentencias *Labassée* y *Menesson* de 26 de junio de 2014)", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3/2015, pág. 6.

Esto merece de una especial importancia cuando uno de los dos miembros de la pareja es el padre biológico, además del intencional, del hijo nacido. Aquí tendríamos de manera mucho más clara, la incompatibilidad del no reconocimiento de la filiación (cuando sí que existe realmente) y el interés del menor, al no admitirse el verdadero vínculo biológico que existe. En los casos mencionados, el Estado Francés va más allá del no reconocimiento de la filiación extendida en el extranjero, es que ni siquiera reconoce este vínculo biológico del que hablamos, es decir, se ha excedido más allá de su margen de apreciación correspondiente.

España, situados en este punto, no ha llegado tan lejos como Francia, y es que nuestro país sí otorga el reconocimiento en el caso de que uno de los padres intencionales, sea el padre biológico (aportando sus gametos). Por lo que podríamos decir que España ya respetó la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, antes de que se dictara.

c) ¿En qué punto nos encontramos?

Volviendo a la Instrucción de 5 de octubre de 2010, ésta reguló los requisitos para poder llevar a cabo la inscripción de hijos nacidos por gestación por sustitución: por una parte, dicha inscripción solo se podrá realizar cuando se haya presentado, junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por el Tribunal que haya determinado la filiación del menor. Esta resolución deberá ser objeto de exequátur, es decir, de un reconocimiento legal. Y por otra, no se admite como *título apto para esta inscripción, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante.*¹⁰⁷

Se da de esta manera la situación porque se quiere establecer una garantía, ante la cantidad de demandas (y cada vez más) de estos contratos en países como la Unión India o Ucrania, donde no hay resoluciones judiciales y por lo tanto no se puede saber si la madre gestante lleva a cabo el pacto por voluntad propia y libre o por necesidad. En la cara opuesta, respecto a estados como algunos de Estados Unidos, esta instrucción mejoraba la situación, ya que en esos países, la resolución judicial sí se daba.¹⁰⁸

Una vez surgió la STS, Civil, 6.2.2014 (28079119912014100001), esta instrucción quedó en suspenso, y las presiones de las asociaciones que estaban a favor de la gestación subrogada y la

¹⁰⁷ Instrucción de la Dirección de los Registros y del Notariado sobre *régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución*, de 5 de octubre de 2010.

¹⁰⁸ BATALLER I RUIZ, E. (2015), "Reconocimiento en España de la filiación por gestación de sustitución", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 2/2015, pág. 786.

perspectiva del nacimiento efectivo o inminente de un grupo de niños “de alquiler” produjeron que el 9 de junio de 2014 el Gobierno español se comprometiera a dar fuerza de ley a dicha Instrucción. Esto consiguió llegar al Proyecto de Ley de Medidas de Reforma Administrativa en el Ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, en el cual en su artículo 44.7 se redacta lo siguiente: en los casos de nacimiento fuera de España, cuyo régimen de filiación esté sujeto a la legislación extranjera, se consignará en todo caso la filiación materna correspondiente a la madre gestante, siendo necesaria para hacer constar la filiación paterna no matrimonial la declaración conforme del padre y de la madre sobre dicha filiación; si la madre estuviera casada y la legislación extranjera lo exigiera, se precisará la conformidad del marido respecto de tal filiación. En cualquier otro caso, para la inscripción en el Registro Civil de la filiación del nacido será necesario que haya sido declarada en una resolución judicial reconocida en España mediante un procedimiento de exequátur.

En el momento actual, la Ley de Medidas de Reforma Administrativa en el Ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, aprobada finalmente, de 13 de julio de 2015 (BOE, nº 167, de 13.7.2015), no recoge este artículo citado del Proyecto. Por lo que a día de hoy, no consta en ninguna ley. Sin embargo no se puede decir que no exista la voluntad de algunos de seguir hacia adelante en este camino, con esto me refiero a que la Asamblea de Madrid, a petición del Grupo Parlamentario de Ciudadanos ha presentado al gobierno, el 3 de marzo de este año 2016, una Proposición no de Ley, sobre Gestación Subrogada. Según esta proposición, la ya citada Instrucción de 2010 ha dejado sin contenido efectivo la nulidad de pleno derecho de la gestación por sustitución del artículo 10 de la LTRHA, al permitir que se realice la inscripción en el Registro Civil español del hijo nacido a partir de esta gestación por sustitución, con la única condición de que éste no se haya llevado a cabo en nuestro país.

Se dice también que *el ejercicio de pragmatismo de la citada Instrucción constituye la legalización de facto de la gestación por subrogación en España.* Esta legalización no es algo residual, ya que son muchas, y va en aumento, las parejas que recurren a esta técnica, con el único inconveniente, de que solo pueden acudir a ella las personas que tengan los suficientes recursos económicos. Sobre todo se hace alusión a las innovaciones de la medicina y a los avances en este aspecto, que es necesario que el Derecho vaya de la mano de éstos.

Y se acaba destacando que se entiende como los derechos reproductivos a *los que buscan proteger la libertad y la autonomía de las personas para darles capacidad reproductiva, sin discriminación por género, edad o raza, y además que acceder a la paternidad y/o maternidad ha evolucionado con grandes cambios en la reproducción pero el modelo de familia también y ambos cambios deben ir juntos, es un derecho a la igualdad que se debe garantizar siempre.*

El punto más conflictivo en este tema se encuentra en el hecho de que se mercantilice el acto de procrear, como se apuntó anteriormente. Es por ello que el Grupo Parlamentario del Partido popular, presentó una enmienda a la proposición, y es que se prohibiera la lucración en estos contratos. Algunos de los grupos se han mostrado contrarios a la legalización de este contrato, y otros como estos dos mencionados se muestran a favor, pero habrá que esperar para ver la respuesta por parte del Gobierno.

6. Conclusiones finales

A modo de conclusiones podemos extraer las que redactaré a continuación, así en primer lugar, se puede decir que la modificación del CC de 2005, a partir de la Ley 13/2005, dio una nueva institución a las parejas homosexuales, y además equiparó los matrimonios de las parejas formadas por personas homosexuales y los de las parejas formadas por personas heterosexuales, resultando no ser inconstitucional. Pero esta reforma produjo nuevos vacíos legales a la vez que cubría otros, como es el caso de la filiación.

Ayudaron a solucionar estas lagunas, la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de reproducción asistida y la LTRHA modificada por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.

En segundo lugar, ya adentrándonos en la adopción, antes de que este proceso se permitiera legalmente, la jurisprudencia fue la que se encargó de permitir que una pareja homosexual adoptara (auto del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Pamplona, de 22 de enero de 2004). Este auto se basó en la idoneidad de la mujer para adoptar y sobre todo en el interés superior del menor, y es que en Navarra se permitía adoptar de manera conjunta a las parejas homosexuales, como en otras Comunidades Autónomas, ya que de manera estatal esto no estaba regulado. Por lo que sería ilógico no permitirle adoptar de manera sucesiva.

En Cataluña, se dio la posibilidad de adopción a las parejas homosexuales a partir de la Ley 3/2005, de 8 de abril, de modificación de la citada Ley 9/1998, de la Ley 10/1998, de uniones estables de pareja, y de la Ley 40/1991, del Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de Cataluña, en materia de adopción y tutela.

En tercer lugar, he analizado las 3 vías que tienen las parejas homosexuales para poder tener hijos, y con qué problemas se encuentran. Estas vías son la adopción, las técnicas de reproducción asistida y la gestación por sustitución. Dentro de la adopción he dividido el análisis en el matrimonio y por otra parte, las parejas de hecho. El matrimonio fue lo primero que se igualó respecto a las parejas heterosexuales. Es cierto que se tiene que pasar por un examen de idoneidad, en el quizá se ponen más obstáculos para las parejas homosexuales, pero la Ley 13/2005 lo primero que hizo fue permitir a los matrimonios formados por personas del mismo sexo que adoptaran.

Más difícil era para las parejas de hecho homosexuales, a las que el Código Civil de manera indirecta les daba la posibilidad de la adopción sucesiva (adoptar al hijo de la pareja), pero en

cuanto a la adopción conjunta no se hacía ninguna referencia, por lo que fueron las Comunidades Autónomas las que lo regularon, y cada una establecía según sus criterios, es decir, no había una norma homogénea respecto a estas circunstancias. Además, la disposición adicional tercera de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, en materia de adopción y otras formas de protección de menores, asimiló a los matrimonios a las parejas de hecho heterosexuales, a efectos de permitir la adopción simultánea o conjunta. Es decir, en este punto se empezó a admitir la posibilidad de que las parejas de hecho adoptaran, pero solo si se trataba de un hombre y una mujer. Fue con la última modificación del CC (producida por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia), que se ha dado un gran paso y es que se ha impuesto la norma estatal (artículo 175.4 CC) que permite a los matrimonios y a las parejas de hecho adoptar de manera conjunta, esto sin hacer referencia a la orientación sexual por lo que entendemos que en ambos casos una pareja homosexual puede llevar a cabo el proceso de adopción conjunta.

Como vemos, por lo tanto, respecto al matrimonio, la situación se da de manera igualitaria tanto a las parejas heterosexuales como a las homosexuales, el único inconveniente que se puede encontrar, es como hemos visto en algún caso real, es que el examen de idoneidad que se realiza a las parejas homosexuales pueda llegar a ser un gran impedimento para ellas.

Seguidamente, la segunda vía es el sometimiento a las técnicas de reproducción humana asistida. La Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida 14/2006, no mostraba grandes diferencias con la anterior, fue la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de justicia y del Registro Civil, la que introdujo una gran novedad y es que se agregó un apartado al artículo 7 de la LTRHA, en el que se regulaba la doble maternidad de las dos mujeres unidas en matrimonio. Nuevamente, para el caso de los matrimonios la ley va más avanzada, que para el caso de las parejas de hecho homosexuales, ya que para una pareja formada por una mujer y un hombre sí se establecía la paternidad de este último. Esta situación no se daba en Cataluña, donde en su Código Civil, no se hace diferencias entre matrimonios formados por personas homosexuales o heterosexuales, y parejas de hecho homosexuales o heterosexuales.

Sin embargo, a la hora de determinar esta filiación podemos encontrarnos con diferentes problemas. Dicho artículo 7 permite la doble maternidad siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos: el matrimonio tiene que existir en el momento en que se presta el consentimiento, el cual necesariamente tiene que ser antes del nacimiento. A diferencia de un matrimonio formado por personas heterosexuales, la mujer no gestante que esté casada con la que ha dado a luz, y quiera que se determine a su favor la filiación, tendrá que acudir al Registro Civil y así

manifestarlo, en cambio cuando se trate de un matrimonio de hombre y mujer, no es necesario que éstos acudan a este Registro, de manera personal, sino que se podrá determinar a favor de los dos, desde el mismo centro sanitario.

En cuanto a las parejas de hecho, ya que no se permite la determinación de la filiación extramatrimonial en una pareja de dos mujeres (a diferencia de lo que sucede en una pareja heterosexual), la alternativa que le queda en estos casos a la mujer no gestante es la reclamación de la filiación a partir de la posesión de estado, y si esta posesión de estado no se acredita, y finalmente no se puede determinar la filiación, la última solución es reclamar un régimen de relaciones personales considerando a la mujer no gestante, como persona allegada del menor.

En la misma línea de diferencias que se dan para una pareja homosexual respecto a una heterosexual, el coste de las técnicas de reproducción asistida también es una de ellas. En algunas Comunidades Autónomas de España una pareja homosexual tiene que acudir a un centro sanitario privado para poder someterse a las técnicas de reproducción asistida, cuando quizá una heterosexual no tiene porqué hacerlo. Creo que aquí estamos ante una situación de discriminación, ya que una pareja heterosexual con un problema de fertilidad puede someterse a las técnicas sin tener que cargar con los gastos económicos, en cambio, una pareja de dos mujeres que entre ellas no pueden tener hijos, por razones de genética, sí tienen que cargar con estos gastos, de manera que para no hacerlo tendrían que obligarse a tener relaciones sexuales con el sexo opuesto, es decir, reprimiendo su orientación sexual.

Por último, tenemos la gestación por sustitución, contrato el cual ya ha quedado claro que no se permite en nuestro país. En este caso tenemos una situación igualitaria, ya que no se le permite a las parejas homosexuales pero tampoco a las heterosexuales. La cuestión en duda es si la inscripción en el Registro Civil de un menor nacido a partir de este contrato, se puede realizar o no en el Estado Español. Después de debates polémicos, la inscripción sí se permite siempre y cuando haya una resolución judicial de las autoridades del extranjero que acrediten esa filiación, requisito que se impone a todas las parejas, independientemente de su orientación sexual, por lo que la última vía está limitada a cualquier tipo de pareja.

7. Bibliografía

ABOLAFIO MORENO, E y RUBIO GUTIÉRREZ, M.J. (2004), “Adopción y parejas de hecho”, *Portularia: Revista de trabajo social*, vol. 4.

AGUILÓ BONET, A.J. (2009), “Pensamiento abismal, diferenciación sexual desigual y homofobia eclesial”, *Nómadas. Revista crítica de ciencias sociales y jurídicas*.

BATALLER I RUIZ, E. (2015), “Reconocimiento en España de la filiación por gestación de sustitución”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 2/2015.

BENAVENTE MOREDA, P. (2011), “La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencia actual”, *Anuario de Derecho civil*, vol. 64, 1.

CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (2015), “Recientes reformas legislativas en materia de capacidad para adoptar y ser adoptado”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3.

DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M.S. (2015), “Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal. A propósito de las SSTs de 5.12.2013 y 15.1.2014”, *INDRET: Revista para el análisis del Derecho*.

FABAR CARNERO, A. (2014), “El consentimiento para la aplicación de las técnicas de reproducción asistida y la doble maternidad legal. Análisis de la sentencia del Tribunal Supremo 740/2013, de 5 de diciembre de 2013”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 15.

FARNÓS AMORÓS, E. y GARRIGA GORINA, M. (2005), “Mares? Poden ser més d’una, Tres casos recents de la Supreme Court de Califòrnia”, *INDRET, Revista per a l’anàlisi del Dret*.

GARCÍA ALGUACIL, M.J. (2016), “¿Injerencia justificada del Estado en la determinación de la filiación o de la autonomía de la voluntad en las relaciones familiares?”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5/2016.

Generalitat de Catalunya, Departamento de Salud. *Protocolo de estudio y tratamiento de la esterilidad (en línea)*. Dirección General de Regulación, Planificación y Recursos Sanitarios. Barcelona, julio de 2011.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2015), "Algunas reflexiones sobre la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 a la luz de la condena de Francia por el TEDH (Sentencias Labassée y Menesson de 26 de junio de 2014)", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3/2015.

JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J. (2014), "La atribución de la filiación de los hijos a la esposa o compañera de la madre en las parejas de lesbianas. Un estudio de la jurisprudencia reciente", *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, núm. 6.

JUAN PABLO II, (1993): *Catecismo de la Iglesia Católica*, Madrid.

NANCLARES VALLE, J. (2008), "Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, número 7/20088/2008.

PANIZA FULLANA, A. (2011), "Doble maternidad de hecho y su problemática", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7/2011.

PANIZA FULLANA, A. (2015), "La modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8/2015.

PICHARDO GALÁN, J.I. (2009): *Entender la diversidad familiar. Relaciones homosexuales y nuevos modelos de familia*, Barcelona.

RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J. (2016), "Últimas reformas de las instituciones privadas de protección de menores y la filiación por la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3/2016.

VÁZQUEZ I ALBERT, D. (2015): *El derecho de familia y los nuevos modelos de familia. Novedades doctrinales y jurisprudencia*, Navarra.

VV.AA. (2006): *Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo*, Madrid.

8. Bibliografía Web

ACEBAL PÉREZ, M. DE LOS REYES y ÁNGELES SERRANO, M. (2014), “El matrimonio entre personas del mismo sexo en la legislación española y en el derecho internacional privado”, *Artículos doctrinales*.

(<http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4934-el-matrimonio-entre-personas-del-mismo-sexo-en-la-legislacion-espanola-y-en-el-derecho-internacional-privado/>)

[Consulta: 24.5.2016]

ARJONA, A.R. (2015), “Una pareja estable y madura pero no apta para ser padres”, *Diario Córdoba*.

(http://www.diariocordoba.com/noticias/cordobalocal/pareja-estable-madura-no-apta-ser-padres_1028349.html) [Consulta: 24.5.2016]

CULEBRAS, I. (2015), “Las parejas de hecho en España”, *Artículos jurídicos*.

(<https://www.legalitas.com/abogados-para-particulares/actualidad/articulos-juridicos/contenidos/las-parejas-de-hecho-en-espana>) [Consulta: 24.5.2016]

Página web oficial del Congreso de los Diputados, Iniciativas, Proposiciones de Ley.

([\[Consulta:](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas/PropLey?_piref73_1335476_73_1335473_1335473.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IWI8&FMT=INITXLBA.fmt&DOCS=1-25&DOCORDER=FIFO&OPDEF=Y&QUERY=%28proposicion+adj2+ley%29.tipo.)

24.5.2016]

9. *Jurisprudencia*

España. Juzgado de Primera Instancia núm. 3 (familia) de Pamplona. Auto, de 22 de enero de 2004.

España. Audiencia Provincial de Guipúzcoa. Auto, de 13 de mayo de 2005.

España. Tribunal Constitucional. Autos 418/2005 y 419/2005 de 22 de noviembre de 2005.

España. Tribunal Constitucional. Auto 505/2005, de 13 de diciembre de 2005.

10. *Listado de sentencias*

STEDH, Sec. 3ª, 26.2.2002 (TEDH 2002/10: W. Fuhrmann)

SAP Santa Cruz de Tenerife, Civil, Sec. 1ª, 6.5.2002 (AC 2002/1181: María Elvira Afonso Rodríguez)

SAP Islas Baleares, Sec. 4ª, 10.7.2009 (JUR 2009/408030: María Pilar Fernández Alonso)

STS, de lo Penal, Sec.1ª, 30.10.2009 (RJ/2010/1995: Francisco García Pérez)

STS, Civil, Sec. 1ª, 12.5.2011 (RJ 2011/3280: Encarnación Roca Trías)

SJS, Oviedo, núm. 2, 9.4.2012 (ILJ 594/2012: María Cristina García Fernández)

STSJ Madrid, de lo Social, Sec. 4ª, 18.10.2012 (AS 2012/2503: Miguel Ángel Luelmo Millán)

STC, Pleno, 6.11.2012 (BOE-A-2012-14602: Pascual Sala Sánchez)

STSJ Cataluña, de lo Social, Sec. 1ª, 23.11.2012 (AS 2013/845: Adolfo Matías Colino Rey)

STC, Pleno, 23.4.2013 (BOE-A-2013-5436: Pascual Sala Sánchez)

STSJ Asturias, Social Oviedo, 26.4.2013 (33044340012013100978: Luís Cayetano Fernández Ardavin)

STS, Civil, Sec. 1ª, 5.12.2013 (28079110012013100696: José Antonio Seijas Quintana).

STS, Civil, 15.1.2014 (RJ 2014/1265: Francisco Javier Orduña Moreno)

STS, Civil, 6.2.2014 (28079119912014100001: Rafael Saraza Jimena)

STSJ Madrid, de lo Social, Sec. 5ª, 7.7.2014 (JUR 2014/244222: José Ignacio de Oro-Pulido Sanz)