

La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual

PILAR BENAVENTE MOREDA
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

El objeto de este trabajo se dirige fundamentalmente a retratar el estado actual de la situación en relación con los supuestos de atribución de paternidad/maternidad y consiguiente determinación de la filiación de los hijos de matrimonios de personas del mismo sexo, o de parejas de hecho del mismo sexo. Las diferentes reformas legales que se han ido produciendo en los últimos años que afectan directa o indirectamente a las normas sobre filiación [Ley de Técnicas de Reproducción Asistida (1988 y 2006), Ley modificativa del CC en materia de derecho a contraer matrimonio (2005), Ley de Adopción Internacional (2007), Ley reguladora de la rectificación registral en la mención relativa al sexo de las personas (2007)]; la diversidad normativa existente en el ámbito de las Comunidades Autónomas sobre la materia y la jurisprudencia, contradictoria y divergente en algunos casos con el contenido de las normas aplicables al caso, constituyen el hilo conductor de estas páginas. En ellas se trata de presentar, no sin cierta preocupación, la diversidad de supuestos, analizados caso a caso, y diversidad de soluciones a que se llega, fruto de la que se considera falta de conexión legislativa entre los diferentes textos legales aplicables, nacidos en momentos diferentes y para dar respuesta en origen a problemáticas sociales diferentes.

PALABRAS CLAVE

Filiación. Matrimonios entre personas del mismo sexo. Parejas de hecho del mismo sexo. Reproducción asistida. Adopción.

ABSTRACT

This paper tries to portray the condition of the situation in relation with the suppositions of attribution of paternity / maternity and consequent deter-

mination of the filiation for the children of marriages between persons of the same sex, or of unmarried couples of the same sex.

The different legal reforms that have been taking place in the last years that they affect directly or indirectly to the procedure on filiation [(Law of Assisted Reproductive Technologies (1988 and 2006) Law amending the CC on the right to marry (2005) , International Adoption Act (2007), Law on the correct registration in the indication of the gender of the people (2007)], the diverse existing regulation about this matter in the area of the Autonomous Communities and the contradictory and divergent jurisprudence in some cases with the content of the procedure applicable to the case, constitute the conductive thread of these pages. It is a question of presenting, not without certain worry, the diversity of suppositions, analyzed case to case, and the diversity of reached solutions, as consequence of that is considered to be lacking in legislative connection between the different legal applicable texts, born in different moments in order to give response in origin to different social problematics.

KEYWORDS

Filiation. Marriages between persons of the same sex. Unmarried couples of the same sex. Assisted reproduction. Adoption.

SUMARIO: I. *Planteamiento. Ámbito normativo.*—II. *Filiación derivada del uso de técnicas de reproducción asistida. Matrimonio o pareja de hecho del mismo sexo.* 1. Una cuestión previa. ¿Es adecuado seguir hablando en tales supuestos de filiación por naturaleza? 2. Análisis de los supuestos a la luz de la normativa aplicable. 2.1 Matrimonio entre dos mujeres. 2.2 Matrimonio entre dos hombres. 2.3 Pareja de hecho entre dos mujeres. 2.4 Pareja de hecho entre dos hombres.—III. *Filiación por adopción. Adopción conjunta o sucesiva.* 1. Adopción por matrimonios del mismo sexo. 1.1 Adopción conjunta –simultánea–. 1.2 Adopción sucesiva o por un cónyuge del hijo del otro. 2. Adopción por parejas de hecho del mismo sexo. 2.1 Adopción conjunta. 2.2 Adopción sucesiva o por uno de los miembros de la pareja del hijo del otro.—IV. *Bibliografía.*

I. PLANTEAMIENTO. ÁMBITO NORMATIVO

El objeto de este trabajo se dirige fundamentalmente a retratar el estado actual de la situación en relación con los supuestos de atribución de paternidad/maternidad y consiguiente determinación de la filiación de los hijos de matrimonios de personas del mismo sexo, o de parejas de hecho del mismo sexo.

Para ello nos moveremos entre los diferentes textos normativos que han ido regulando, prevén o afectan directa o indirectamente a la atribución o posible atribución de la paternidad y determinación de la filiación bien por naturaleza bien por adopción. Tomamos como

base la regulación del CC en materia de filiación (Tít. del Libro primero –arts.108 ss.– conforme a la redacción que le confirió la Ley 11/1981, de 13 de mayo, algunos de cuyos preceptos fueron derogados por Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil) y adopción (Tit.VII, Cap.V, secc. 2.^a –arts.175 a 180–); la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida y la posterior Ley 14/2006, de 26 de mayo («BOE» del 27), modificada en lo que nos interesa –art. 7– por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. (RCL 2007/524. «BOE» de 16 de marzo).

Ha de tenerse en cuenta igualmente la Ley 13/2005, de 1 de julio, que modifica el CC en materia de derecho a contraer matrimonio («BOE» n.º 157, de 2 de julio) y la Ley 54/2007, de 28 diciembre, de Adopción Internacional («BOE» n.º 312, de 29 diciembre RCL 2007,2383).

La diversidad normativa, atinente a cuestiones diversas (matrimonio, filiación, adopción o rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas), y con un origen temporal diverso, ha tratado de dar respuesta, desde un plano positivo, a situaciones en las que la realidad social, junto con los avances científicos, habían venido demandando soluciones no previstas legalmente. Pero al mismo tiempo, precisamente por regular cuestiones diversas, el legislador ha ido «parcheando» soluciones que a su vez abren nuevos interrogantes en materia de filiación.

Varios y complejos son los elementos que confieren relevancia y confusión a los problemas de determinación de la filiación que analizaremos, cuando los «moldes» de los que se parte no podían tener prevista, ni de lejos, una realidad como la que ahora abordamos. El uso de las técnicas de reproducción asistida y las posibilidades que las mismas ofrecen y la equiparación de matrimonios heterosexuales y homosexuales, constituyen una evidencia de lo que se indica.

Las normas específicas que regulan la filiación derivada del uso de técnicas de reproducción asistida, las que se refieren a la atribución de la paternidad por vía de adopción y la necesaria coordinación entre todas ellas con las previsiones del CC reguladoras de la filiación, tras la admisión de los matrimonios de personas del mismo sexo forman un «rompecabezas» en el que no todas las piezas encajan adecuadamente. Por otro lado no debe olvidarse que, igualmente forma parte de dicho «rompecabezas» el amplio marco normativo existente en el ámbito de las Comunidades Autónomas que, al amparo del art. 149.1,8 CE, han venido legislando, antes, durante y después de cada una de las leyes que en el ámbito estatal

han acometido reformas con trascendencia directa en materia de filiación. Obviamente nos referimos, fundamentalmente a toda la legislación que en el ámbito autonómico se ha desarrollado para dar cobertura legal a la situación de las Parejas de Hecho.

Nos referimos por ello a cada una de las leyes citadas, a la finalidad perseguida en ellas y la problemática que de las mismas se ha derivado en relación con el tema que nos ocupa.

Ya la Ley 35/1988, de 22 de noviembre sobre Técnicas de Reproducción Asistida («BOE» n.º 282, de 24 de noviembre), puso de manifiesto en su Exposición de Motivos, la necesidad de adaptar los Códigos a la realidad científica que posibilitaba diferenciar entre la paternidad biológica y la jurídica. Se abre en tal momento pues, la necesidad de dar una respuesta jurídica a las nuevas situaciones que se posibilitan con el uso de las nuevas técnicas. De ello derivaba una necesaria regulación sobre las formas de determinación de la filiación en tales casos: maternidad biológica plena (gestación del hijo con el propio óvulo), y no plena o parcial (maternidad sólo de gestación), o sus óvulos (maternidad genética), pero no ambas.

La citada Exposición de Motivos se refiere ya a la paternidad/maternidad no sólo biológicas, sino legales, educacionales o de deseo, debiendo valorarse en tal sentido «cuál es la más humanizada, la más profunda en relación con el hijo» pues, habida cuenta de las posibilidades y combinaciones que pueden darse, especialmente cuando en la gestación intervienen donantes de gametos u óvulos fecundados, los códigos han de actualizarse sobre las cuestiones determinadas no contempladas. Sin embargo en tal momento piénsese que ni por aproximación se planteaban problemas de doble paternidad o doble maternidad.

Por su parte, la Ley 13/2005, de 1 de julio, que modifica el CC en materia de derecho a contraer matrimonio, responde a la necesidad de dar respuesta a una larga trayectoria de discriminación basada en la orientación sexual, discriminación que, con esta Ley, el legislador decidió remover. Se pretende con ello establecer un marco legal de realización personal, que permita que aquéllos que libremente adopten una opción sexual y afectiva por personas de su mismo sexo, puedan desarrollar su personalidad y sus derechos en condiciones de igualdad. A ello trata de dar respuesta esta tan discutida Ley¹.

¹ Exposición de Motivos de la Ley 13/2005, de 1 de julio, de modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, ap. II [«BOE» n.º 157, de 2 de julio (RCL 2005, 1407)]

En tal contexto, el legislador, al permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, abre para tales matrimonios, no sólo la admisión de derechos y prestaciones sociales, sino también la posibilidad de ser parte en procedimientos de adopción, posibilidad a la que se llega, tras una mera referencia en la Exposición de motivos de la Ley y con la modificación de los arts.175.4 y 178. 2 del CC.

Así, por lo que se refiere a la incidencia de la Ley 13/2005 en materia de adopción², el modificado art. 175.4 posibilita la adopción simultánea por ambos cónyuges (con independencia de su sexo) y la adopción por uno sólo de los cónyuges (igualmente con independencia de su sexo) del hijo de su consorte, tras contraer matrimonio con éste. Por su parte, la modificación introducida en el art. 178.2, necesaria según el Dictamen emitido por el Consejo de Estado en diciembre de 2004 al Anteproyecto de ley de modificación del CC. en materia de derecho a contraer matrimonio³,

² Sobre la incidencia de la Ley 13/2005 en materia de adopción *vid.* SOLÉ RESINA J. «Adopción y parejas homosexuales» en la obra dirigida por S. NAVAS NAVARRO «Matrimonio homosexual y adopción: Perspectiva nacional e internacional». Reus 2006. pp. 209 ss.

³ En el Dictamen, de 16 de diciembre de 2004, emitido por el Consejo de Estado al Anteproyecto de ley de modificación del CC en materia de derecho a contraer matrimonio [n.º Exp. 2628/2004 (Justicia)], se abogaba por una regulación específica y diferente de los matrimonios de personas del mismo sexo, al margen de la regulación tradicional del matrimonio en el CC, cuestión sobre la que no me pronunciaré aquí. Sin embargo sí deben tomarse en consideración los argumentos utilizados por el Consejo de Estado en relación con la forma en que en el Anteproyecto se regula la materia, de forma genérica y sin descender a la necesidad de reformar específicamente todas aquellas cuestiones que, consideradas como colaterales, deberían haber merecido un tratamiento específico para evitar los problemas de coherencia que, como veremos, se han puesto de manifiesto posteriormente. Así se señala que: «Frente a la posibilidad de “configurar un alambicado régimen jurídico” (informe sobre la necesidad y oportunidad de la proyectada norma) diferenciado de la regulación del matrimonio hoy vigente, se ha preferido reducir la reforma a ampliar los sujetos del matrimonio, sin modificar la multitud de disposiciones que lo disciplinan. Ello supone, como punto de partida, una doble opción. Por un lado, desde el punto de vista de la técnica normativa, se descarta una regulación especial y diferenciada del matrimonio homosexual, siquiera sea con remisiones más o menos amplias al régimen general del matrimonio (que tendría una mayor complejidad pero permitiría atender de manera específica a los problemas concretos que se plantean en relación con el nuevo modelo de pareja), inclinándose, por el contrario, por una integración global y general del nuevo modelo en el régimen matrimonial hoy vigente (por tanto, con una mayor sencillez en el plano de la creación normativa, pero con un cierto peligro de desatender problemas específicos del nuevo modelo, de producir efectos no deseados, o de diferir los problemas al momento de la aplicación de la norma...»

Precisamente, se apuntaban en el citado Dictamen los problemas que podrían derivarse con tal regulación uniforme y equiparadora en relación con las normas relativas a la determinación de la paternidad y a las presunciones en materia de filiación, establecidas en el CC para una realidad distinta a la que, el entonces Anteproyecto regulaba, abogando por «la conveniencia de una regulación específica y diferenciada en relación con el nuevo modelo de pareja». En relación con ello, se señalaba que, incluso los países que han llegado al más alto grado de equiparación, han establecido previsiones especiales en sede de filiación, que el Anteproyecto no abordaba.

En este sentido se señalaba que: «En todo caso, los distintos efectos requieren un examen particularizado, sea para concluir su directa aplicabilidad a las uniones homosexuales, sea para excluirla, o sea para modularla. Dicho en otros términos, la prudencia aconseja que

posibilita la adopción, por parte de un miembro de una pareja de hecho, del hijo del otro, progenitor del mismo (adopción sucesiva), al establecer que subsisten los vínculos jurídicos con la familia del progenitor que corresponda, no sólo cuando el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante (sea el matrimonio heterosexual u homosexual y por tanto referido al supuesto de adopción existiendo matrimonio entre progenitor y adoptante), sino también (pfo. 2.º) cuando «sólo uno de los progenitores haya sido determinado...», suprimiéndose la referencia a la necesidad de que el adoptante sea persona de distinto sexo al de dicho progenitor. Se introduce por tanto la posibilidad de que, existiendo una pareja de hecho homosexual, uno de los miembros de la citada unión, adopte al hijo del progenitor cuya filiación está determinada, conservando en tales casos igualmente la filiación respecto del progenitor determinado (filiación por naturaleza en un caso y por adopción en el otro)⁴.

la aplicación a las uniones homosexuales de los efectos del matrimonio derive de una voluntad expresa, consciente y particularizada del legislador, y que no aparezca como un efecto colateral de la integración en bloque del nuevo modelo de convivencia en el régimen matrimonial. Por otra parte, esa voluntad particularizada del legislador contribuiría a evitar efectos no deseados, a reducir la inseguridad jurídica que produciría una remisión en bloque a un régimen pensado para realidades diferentes y a no tener que esperar a que la jurisprudencia fuese aclarando las dudas que se suscitasen en cada punto. Los problemas que se plantean son evidentes en materia de filiación y de relaciones paterno-filiales, pero también pueden surgir en otros ámbitos (aspectos sucesorios, derechos reconocidos por normas internacionales o supranacionales, régimen económico-matrimonial, etc.).

A título de ejemplo, y sin entrar en cada uno de los efectos que el matrimonio produce, cabe mencionar los problemas que se plantean en materia de adopción (único efecto que específicamente menciona la exposición de motivos –junto a los derechos y prestaciones sociales en general– al referirse a la equiparación de los efectos).

Ahora bien, si el legislador estatal adopta finalmente la solución afirmativa, entiende el Consejo de Estado que debería hacerlo mediante una regulación *ad hoc*, modulando, en su caso, las normas que el Código Civil y otras leyes tienen establecidas partiendo de una realidad diferente. Ello no supone una restricción de los efectos del matrimonio en relación con los homosexuales (puesto que se les permitiría adoptar como pareja), sino, sencillamente, una regulación propia en función de la distinta realidad a que responde, con sus supuestos específicos, evitando efectos no deseados derivados de la integración y aplicación en bloque a que el Anteproyecto se orienta. A título de ejemplo de incoherencias que, *prima facie*, se producirían en esta materia –en perjuicio de parejas homosexuales–, y que podrían evitarse con una regulación diferenciada y orientada específicamente a la nueva realidad que se trata de regular, cabe citar el artículo 178.2.2 del Código Civil, cuya redacción no altera el Anteproyecto, o la disposición adicional 3.ª de la Ley 21/1987...»

⁴ El art. 178.2 del CC regula los supuestos en los que, como excepción a la extinción de vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior, estos se mantienen. Antes de ser modificado por la Ley de 2005, esta posibilidad estaba prevista cuando el adoptado fuera hijo del cónyuge del adoptante, aunque el consorte hubiera fallecido, y además cuando determinado legalmente uno sólo de los progenitores, el adoptante fuera persona de distinto sexo al de dicho progenitor, siempre que tal efecto (el de la subsistencia del vínculo) hubiera sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el padre o la madre cuyo vínculo haya de subsistir.

El precepto, cuya redacción tiene su origen con la reforma del CC en materia de adopción de 1987, introdujo en su pfo 2.º, la posibilidad de que uno de los miembros de una pareja de hecho heterosexual, adoptase al hijo del otro miembro de la pareja (puesto que la adopción del hijo del cónyuge estaba previsto en el apartado primero del citado precepto). Tal posibilidad, tal y como aparecía regulado en el citado pfo. 2, no requería, como apunta

Sin embargo, respecto de la adopción simultánea por parejas de hecho del mismo sexo, pese a instarlo así el Consejo de Estado en su dictamen de 2004, no se modificó la disposición adicional 3.^a de la Ley de adopción de 1987 que, refiriéndose exclusivamente a la «adopción simultánea» equiparó sólo las parejas de hecho «heterosexuales» al matrimonio, al objeto de atribuirles capacidad como adoptantes. ¿Implica ello que en las parejas de hecho del mismo sexo, uno de sus miembros puede adoptar al hijo natural del otro, pero que ambos no pueden adoptar simultáneamente a un menor? Esta parece ser la interpretación literal que se desprende de los citados textos legales⁵. Es decir, parece que conscientemente, el

DÍEZ PICAZO, convivencia entre el adoptante y el progenitor, aunque el precepto parece estar dictado para ese caso. (DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A. Sistema de Derecho Civil IV –Derecho de Familia y Sucesiones. 8.^a ed. 2001– p. 285). Guardaba por tanto lógica consonancia con lo dispuesto en la disposición adicional 2.^a de la citada Ley de 1987, en la que, en materia de adopción simultánea se asimilaban a las parejas casadas, como capaces de llevarla a cabo, las parejas de hecho heterosexuales, unidas de forma permanente en análoga relación de afectividad al matrimonio. Así pues, con la reforma de 1987, no sólo se permitió la adopción simultánea por las parejas de hecho heterosexual, sino la adopción, por parte de uno de los miembros de la pareja de hecho en relación con el hijo del otro.

⁵ A esta situación concreta se refería V. CABEDO MALLOL, al señalar con lógica, que: «.. una interpretación literal y sistemática del actual art. 175.4 CC y de la referida disposición adicional nos conduciría a la incoherencia de permitir la adopción simultánea a los matrimonios, tanto heterosexuales como homosexuales, y a las parejas de hecho heterosexuales. Claramente esta interpretación, al excluir a las parejas de hecho homosexuales, atentaría contra el principio de igualdad.

Piénsese que la susodicha disposición adicional fue redactada en un momento histórico concreto, en el que sólo era posible plantearse el supuesto de las parejas de hecho heterosexuales. Obviamente, en el contexto actual, en el que se permite la adopción simultánea de un menor por parte de un matrimonio homosexual, no tiene sentido restringir dicha posibilidad de adopción a las parejas de hecho heterosexual. *De lege ferenda*, el legislador debe proceder a dictar una nueva norma que sustituya a la disposición adicional 3.^a de la Ley 21/1987 y que equipare, con relación a la adopción, a las parejas de hecho con los matrimonios, ya sean unos u otros heterosexuales u homosexuales.

Por último, resta por determinar si en el caso de una adopción sucesiva por parte de un hombre o una mujer, tratándose de parejas de hecho, es exigible la propuesta previa de la entidad pública. Entiendo que, siendo congruente con los razonamientos anteriores, debemos equiparar también los matrimonios y las parejas de hecho, ya sean unos u otros heterosexuales u homosexuales, a los efectos de no exigir dicha propuesta previa de la entidad pública en una adopción sucesiva...» (Marco Constitucional de la protección de menores. La Ley 2008, pp.146 ss.)

NANCLARES VALLE considera igualmente que hoy debe hacerse una interpretación sistemática de la disposición adicional 3.^a de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, y por tanto debe admitirse la posibilidad de adopción simultánea por parejas de hecho homosexuales («Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza» –«BIB» 2008/575-Aranzadi civil n.º 7/2008, nota 27).

A una interpretación diferente llegó VALLÉS AMORES, M.L., que partiendo de la lectura del nuevo art. 175.4 CC, considera que tras la reforma operada en el CC por la Ley 13/2005, queda limitada la adopción conjunta o sucesiva exclusivamente a las personas casadas. Así señala que: « La nueva dicción del precepto reseñado imposibilita expresamente que las uniones de pareja puedan ser adoptantes simultánea o sucesivamente, puesto que se reserva la forma conjunta y sucesiva a los unidos en matrimonio... Las dudas suscitadas con la que ha sido –hasta este momento– actual regulación, y que han dado lugar a una jurisprudencia contradictoria (sobre la posibilidad de que, al amparo de la disposición adicional 3.^a de la Ley de Adopción de 1987, pudieran adoptar las uniones de parejas de carácter heterosexual conjuntamente, o un miembro de la pareja al hijo biológico o adoptado del otro sin necesidad de propuesta previa de la entidad

legislador obvió dar en 2005, un tratamiento uniforme a la adopción simultánea por parejas de hecho del mismo sexo frente a la llevada a cabo por matrimonios del mismo sexo.

Tal situación resulta cuanto menos curiosa, cuando ya, a nivel autonómico, se había legislado, no sin problemas, sobre esta materia, equiparando en este punto, en algunas de ellas a las parejas de hecho del mismo sexo con las parejas heterosexuales. Tal es el caso del art. 10 de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, de Parejas Estables de Aragón no casadas («BOE» de 6 de abril), del art. 8 de la Ley Foral Navarra 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables («BOE» de 6 de septiembre), del art. 8 de la Ley 2/2003, de 7 de mayo («BOPV» de 23 de mayo) de Parejas de Hecho del País Vasco⁶, el art. 11 de la Ley 1/2005, de 16 de mayo, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria («BOE» de 7 de junio)⁷ y art. 115 de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia Catalán (en la nueva redacción del mismo, dada por Ley 3/2005, de 8 de abril, de modificación de la Ley 9/1998, del Código de Familia, de la Ley 10/1998 de uniones estables 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 («DOGC» 4366-19/4/2005).

pública...), a partir de este momento carecerán de sentido por la categórica prohibición que se prevé pueda regir...» (VALLÉS AMORES, M.L., «Modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio: Incongruencias en sede de adopción». Revista de Derecho de Familia n.º 28. j1/sept. 2005, pp.57 ss.)

⁶ Ambas leyes autonómicas fueron objeto de sendos recursos ante el Tribunal Constitucional. La Ley Foral Navarra fue objeto de recurso de inconstitucionalidad (n.º 5297/2000), promovido por ochenta diputados del Grupo Parlamentario Popular. La Ley del País Vasco fue recurrida por el Abogado del Estado (recurso nº5174/2003), en nombre del Gobierno, consecuencia de lo cual, y en virtud de lo establecido en el art. 161.2 CE, se suspendió la vigencia del precepto de la misma impugnado (el citado art. 8). El segundo recurso no obstante fue retirado por el Abogado del Estado el 14 de octubre de 2004, al presentar su desistimiento en nombre del Presidente del Gobierno, consecuencia del cambio político producido en España en este momento tras las elecciones generales celebradas el 14 de marzo del mismo año. (Vid. sobre la incidencia de tales recursos CABEDO MALLOL, ob. cit. pp. 140 ss.). Sobre la Ley Foral Navarra vid. NANCLARES VALLE J, «La adopción por parejas homosexuales en Derecho Navarro. Comentario crítico al artículo 8 de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio «BIB» 2001/728. Aranzadi Civil 8/2001.

⁷ El art. 10 de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a Parejas estables no casadas de Aragón («BOA» de 6 de abril) permitió la adopción simultánea por parejas estables no casadas. Ciertamente en la citada Ley no se menciona, como en las de Navarra, País Vasco o Cantabria, que tal opción sea posible con independencia del sexo de sus integrantes, aunque en la exposición de motivos se alude a las parejas homosexuales sin discriminarlas frente a las heterosexuales. El art. 9 de la Ley Andaluza de Parejas de Hecho, Ley 5/2002, de 16 de diciembre («BOE» de 13 enero 2003), permitió a las parejas de hecho, con independencia de su orientación sexual, iniciar ante la Administración de la Junta de Andalucía, de forma conjunta, los procedimientos para la constitución de acogimientos familiares simples o permanentes. Igualmente se permite el acogimiento simple o permanente por las parejas de hecho con independencia de su orientación sexual en la Ley del Principado de Asturias, Ley 4/2002 de 23 de mayo, de Parejas Estables («BOPA» de 31 de mayo, «BOE» de 2 de julio) (art. 8), o en la Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Parejas de Hecho de la Comunidad de Extremadura (art. 8) («DOE» de 8 de abril, «BOE» de 9 de mayo).

Ha de resaltarse igualmente, no sin extrañeza, el diferente tratamiento que en esta materia se produce, ya con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 13/2005, dependiendo de la normativa, estatal o autonómica aplicable (lo que evidentemente enturbia aún más si cabe el panorama). Así, ya hemos señalado como a nivel estatal se ha establecido una nueva regulación que en materia de adopción (con los matices señalados anteriormente), equipara el matrimonio heterosexual y homosexual permitiendo la adopción simultánea o sucesiva (art. 175.4 CC) por ambos cónyuges; permite al cónyuge (con independencia del sexo) la adopción del hijo de su consorte (art. 178.1 CC) y a la pareja de hecho (con independencia del sexo) adoptar a los hijos de su pareja progenitora (art. 178.2), pero no permite la adopción simultánea de parejas de hecho del mismo sexo (al menos bajo una interpretación literal de la normativa vigente, al no haberse modificado la disposición adicional 3.^a de la Ley de Adopción de 1987).

A nivel autonómico sin embargo, resulta llamativo como en algunas Comunidades Autónomas, como es el caso de Galicia (Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia –«DOG» de 29 de junio, «BOE» de 11 de agosto–), en vigor con posterioridad a la Ley 3/2005, se mantiene un tratamiento distinto en materia de adopción, del que estableció la Ley estatal. Tal es el caso del art. 39 de la Ley de Derecho Civil de Galicia, en el que, en relación con la subsistencia de vínculos –maternos o paternos– en caso de adopción individual, el precepto reproduce el contenido del derogado art. 178.2 del CC, permitiendo por tanto sólo la subsistencia de vínculos en relación con el progenitor legalmente determinado, cuando el adoptante sea persona de distinto sexo al del progenitor determinado. Sin embargo, en lo que se refiere a la posible adopción simultánea (art. 30 de la Ley gallega), se posibilita que ésta sea realizada por los miembros de una pareja de hecho en virtud de la equiparación de ésta a los matrimonios, prevista en la disposición adicional 3.^a de la citada Ley.

Igualmente hemos de traer a colación aquí la regulación que recientemente se ha dado en este punto, relativo a la adopción, en la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del CC de Cataluña relativo a la persona y la familia («BOE» de 21 de agosto de 2010). Se permite la adopción simultánea de un menor por dos personas casadas (con independencia obviamente del sexo de los cónyuges) y de los miembros de una pareja estable (igualmente con independencia del sexo de sus miembros) –art. 235-30.2.²–. Se permite igualmente en el art. 235-32, la adopción de los hijos del cónyuge o de la persona con quien el adoptante convive en pareja

estable (siempre que la filiación no esté legalmente determinada respecto al otro progenitor, que éste haya muerto, esté privado de la patria potestad, esté sometido a causa de privación de la patria potestad o preste su asentimiento) y, en este caso, frente a lo que sigue manteniendo sin excepciones el CC en su art. 175, no es necesario que el adoptante sea mayor de veinticinco años [art. 235-30 1b)].

A la vista está que la falta de regulación específica en la Ley 13/2005 sobre determinados aspectos en materia de filiación, junto con el diferente tratamiento en los distintos textos legales, estatal y autonómicos, dibujan un panorama cuanto menos bastante discordante y contradictorio.

Puede pensarse que tal regulación no debía acometerse en una Ley que precisamente lo que regulaba era, exclusivamente, la equiparación del matrimonio heterosexual y homosexual y sus efectos colaterales, y no las situaciones de parejas de hecho⁸. Cuestión que si bien podría ser acertada o discutible como política legislativa, habría conducido a no modificar el art. 178.2 del CC en el que, como hemos visto, se recoge un supuesto de adopción no vinculado al matrimonio de los padres, sino, precisamente al de la adopción del hijo del otro miembro de la pareja de hecho.⁹

Por lo que se refiere a la incidencia de la citada Ley en materia de filiación por naturaleza, igualmente en la Exposición de Motivos de la Ley 13/2005, y sólo en ella, se hace mención al tema de la filiación cuando, tras mencionar la necesaria adaptación terminológica de los diferentes artículos que en el CC se refieren o traen causa del matrimonio, se indica que «..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». Es decir, se mantienen las normas sobre presunción de paternidad del marido de la madre, exclusivamente referidas, por cuestiones obvias, a los supuestos de matrimonio heterosexual.

⁸ Así lo apuntó también VALLÉS AMORES, M.L., ob.cit. p.60.

⁹ Véase como ejemplo más cercano en el tiempo, la modificación del art. 7 de la LTRA de 2006, del que tendremos ocasión de hablar más adelante, relativo al consentimiento de la cónyuge de la usuaria de las técnicas de reproducción asistida, como medio para atribuirle la maternidad matrimonial a aquélla, que se introduce en la disposición adicional 1.ª de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.

Causa la misma extrañeza ver incorporada una alteración de tal enjundia y trascendencia en materia de filiación, en una Ley como la señalada, que si se hubiera incorporado subrepticamente en la Ley General de Presupuestos del Estado.

Resulta obvio que la Ley 13/2005, literalmente hablando, se limita a modificar en el CC todos aquellos preceptos que, haciendo referencia al marido y la mujer, deben referirse ahora a los cónyuges, como si con ello y sólo con tal cambio terminológico, quedarán solucionados de un plumazo todos los aspectos que conscientemente se han considerado como «colaterales» derivados de la equiparación del matrimonio heterosexual y el de personas del mismo sexo. Pero resulta evidente (y de ello hablaremos en estas páginas), que tales «aspectos colaterales» (la filiación entre otros) habían de quedar altamente alterados como consecuencia de la citada equiparación y sin embargo no fueron abordados, como hubiera sido deseable, en tal momento.

Para hacer más complejo aún si cabe el panorama que describimos, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, pese a ser objeto de debate, discusión¹⁰ y aprobación con posterioridad a la vigencia de la Ley 13/2005 de la que venimos hablando¹¹, obvió la totalidad de enmiendas presentadas a los artículos 6, 7 y 8 del Proyecto, referidos a la determinación de la filiación, en las que se hacían evidentes y coherentes consideraciones sobre la equiparación entre los matrimonios heterosexuales y homosexuales, en aquellos casos en los que la equiparación podía producirse, de forma que, en el caso de fecundación de mujer casada con otra mujer, con esperma de donante, no estaba prevista la atribución de la doble maternidad por vía del consentimiento de la cónyuge no fecundada, debiendo recurrir a ésta por vía de la adopción sucesiva prevista en el art. 175.4 CC, pero con las limitaciones de edad previstas en el art. 175.1 del mismo cuerpo legal¹².

¹⁰ Si bien el Proyecto de Ley 121/000039, de Técnicas de Reproducción Asistida, se presenta el 13 de mayo de 2005, cuando aún no se había aprobado la Ley 13/2005, aunque la misma ya estaba siendo objeto de debate, sin embargo las enmiendas presentadas al mismo aparecen publicadas en el «Boletín Oficial de las Cortes Generales» el 28 de septiembre de 2005, momento en que ya había entrado en vigor la Ley 13/2005, de 1 de julio.

A tal inobservancia hizo referencia ya en su momento CARRASCO PERERA cuando se presentó en el Congreso el Proyecto de Ley de regulación de la reproducción asistida, aludiendo a la ausencia de regulación de los supuestos de fecundación asistida de mujer casada con otra mujer, tanto en el art. 6.3 como en los arts. 11.5, 15.1 y 16.2 [«Reproducción Asistida». «BIB» 2005/1142. Actualidad Jurídica Aranzadi n.º 674/2005 (Tribuna)].

¹¹ Así lo destaca TOMÁS MARTÍNEZ, G. al analizar las lagunas que quedaron en la redacción de la LTRA de 2006, precisamente en relación con la aplicación de la misma a matrimonios y parejas de hecho integradas por mujeres, señalando que causaba sorpresa tal ausencia de regulación si se tiene en cuenta que la norma entró en vigor algo más de un año después de la reforma operada por la Ley 13/2005, cuya aprobación se produjo estando ya, como hemos indicado, en fase parlamentaria la reforma de la LTRA. «El consentimiento en relación con la doble filiación materna matrimonial y la práctica del Registro» (Actualidad Civil n.º 7 –quinceña del 1 al 15 de abril 2010, pp. 748 ss. – La Ley 1796/2010).

¹² Numerosas son las enmiendas que, tanto en el Congreso como en el Senado solicitaron en su momento la sustitución de la referencia al marido o al varón en los arts. 6 a 8 del Proyecto, por la referencia al cónyuge o persona no casada que comparte la vida con la

Fue sin embargo la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas (RCL 2007/524), absolutamente ajena a la institución de la filiación, la que en una disposición adicional (1.^a), añade (permítaseme, casi de tapadillo), un pfo. 3 al art. 7 de la Ley 14/2006, de Técnicas de Reproducción Asistida señalando que «Cuando la mujer estuviera 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»¹³.

Obviamente cuando el legislador en 2006 acometió la reforma de la LTRA, ya vigente la Ley que equiparaba los matrimonios del

receptora de las técnicas de reproducción asistida, para no excluir la maternidad compartida entre dos mujeres, habida cuenta la equiparación ya producida entre los matrimonios heterosexuales y del mismo sexo. Las enmiendas n.º 22, (Grupo Parlamentario de Izquierda Verde-IU-Iniciativa per Catalunya Verds), n.º 33 (ER) (Congreso), y n.º 13 (Entesa Catalana de Progrés-GPECP-) (Senado) proponían una redacción del art. 6.3 de la Ley en el sentido de sustituir la exigencia del consentimiento del marido, por la posibilidad de que la mujer casada pudiera solicitar el consentimiento de su cónyuge. Las enmiendas presentadas tenían doble justificación, por un lado se consideraba discriminatorio contra la mujer el tener que contar necesariamente con el consentimiento del marido, y por otro, en lo que nos afecta en este momento, al sustituir «marido» por «cónyuge» se guardaba coherencia precisamente con la Ley 13/2005.

De la misma forma las enmiendas n.º 23 (en el mismo sentido la n.º 15 en el Senado), 25 y 27 (en el mismo sentido la n.º 16 en el Senado), del mismo grupo parlamentario indicado anteriormente, iban dirigidas a modificar el texto de los arts. 8.1 y 2 y 11.5, con la misma finalidad de no excluir la maternidad de dos mujeres, proponiendo por tanto la sustitución de las referencias que en los citados preceptos se hacía al marido o varón no casado, por la mención al cónyuge o a persona no casada. En el mismo sentido que las anteriores las enmiendas n.º 38 y 39 (ERC) [«Boletín Oficial de las Cortes Generales» «Congreso de los Diputados» VIII Legislatura. Serie A: Proyectos de Ley, 28 de septiembre de 2005 n.º 39-8 y Serie II: Proyectos de Ley de 22 de marzo 2006, n.º 44 (c)] (Para un análisis más detallado del proceso de elaboración legislativa del art. 6.3 de la LTRA de 2006 *vid.* NANCLARES VALLE J, «Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza» «BIB» 2008/578. Aranzadi Civil n.º 7/2008).

¹³ El Proyecto de Ley reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas (121/000089, de 9 de junio de 2006 («BOCG» VIII Legislatura. Serie A-n.º 891), no contemplaba esta disposición adicional, que se introduce fruto de la enmienda n.º 41 presentada en el Congreso por el Grupo Parlamentario IU-Iniciativa per Catalunya Verds (los mismos que presentarán en su momento las correspondientes enmiendas al Proyecto de Ley de Técnicas de Reproducción Asistida en el mismo sentido que la que ahora se admite). La citada enmienda proponía un texto acorde con la propugnada igualdad y equiparación de matrimonios heterosexuales y homosexuales, proponiendo la atribución directa de la maternidad de la esposa, cónyuge de la usuaria de las técnicas de reproducción asistida: «..En el caso de los matrimonios entre mujeres, si una de las cónyuges se ha sometido a las técnicas de reproducción asistida, la otra cónyuge pasará a tener la filiación directa del hijo biológico de su pareja, igualmente ésta tendrá los mismos derechos y obligaciones en lo que respecta al *nasciturus* al igual que una pareja heterosexual» («BOCG», Serie A, VIII Legislatura 10 de octubre de 2006 n.º 89-7).

Mientras que en el Informe de la Ponencia se desestimó la enmienda presentada, la Comisión de Justicia («BOCG», 22 de noviembre de 2006. n.º 89-9), aprobó el texto de la enmienda modificando su contenido, dándole la redacción que aparece actualmente como disposición adicional 1.º de la Ley, texto que se remite al Senado manteniendo su redacción hasta su contenido vigente.

mismo sexo a los heterosexuales, conscientemente, como hemos señalado anteriormente, desatendió aquellas enmiendas en que se instaba la equiparación de los matrimonios entre mujeres frente a los matrimonios heterosexuales manteniendo el contenido de preceptos como el 6.3 y 8.2 de la citada Ley, en el que tan sólo se otorgaba valor al consentimiento del marido de la usuaria, o al consentimiento del varón que comparte la vida con la usuaria. Tal omisión, se intenta solventar mediante una disposición adicional un año después, en una Ley absolutamente ajena al tema, destinada a regular problemas de rectificación registral relativas al sexo de las personas, añadiendo un nuevo despropósito a la situación creada, una nueva omisión, al excluir de tal regulación y de tal posibilidad (ya no sabemos si consciente o inconscientemente), a la mujer que comparte su vida con la usuaria de tales técnicas, sin existir matrimonio entre ellas, puesto que no se modifica ni altera el contenido del art. 8.2 de la LTRA relativo al consentimiento del varón no casado al uso de las técnicas de reproducción asistida de la mujer con la que comparte la vida ¹⁴.

Así, cuando la Ley de 2005 desatiende las recomendaciones aludidas del Consejo de Estado, en cuanto a la necesaria modificación de la disposición adicional 3.^a de la Ley de 1987, pero no las relativas a la regulación del art. 178.2.2 del CC, podemos pensar que lo hizo conscientemente, para excluir de la adopción conjunta a las parejas de hecho homosexuales, pese a que las heterosexuales pueden adoptar. Cuando la LTRA no modifica los artículos de la anterior Ley de 1988 relativos al consentimiento del marido o del varón que comparte la vida con la usuaria de las mismas, podemos entender, que no consideró oportuno equiparar a los matrimonios heterosexuales a los matrimonios entre dos mujeres, una de las cuales se somete a una gestación utilizando tales técnicas, para posteriormente, por la puerta trasera enmendar la situación con la disposición adicional a la Ley de 2007 que modifica el art. 7 de la LTRA

¹⁴ Podría pensarse que en un tema de la trascendencia social y política como el que nos ocupa, la oportunidad de una Ley y la viabilidad de la misma, exijan políticamente, para conseguir su aprobación, no abordar la totalidad de «cuestiones colaterales» que ella arrastra. Es posible por ello pensar, que para conseguir la aprobación de la Ley 13/2005, que suponía un gran paso de gran complejidad social, no era «oportuno» poner encima de la mesa todas las cuestiones «colaterales» que jurídicamente se derivarían de ella en materia de filiación, igual que ocurrió en otro momento cuando se aprobó la Ley de Divorcio. Sirva lo dicho igualmente en relación con la LTRA de 2006. Pero también es previsible pensar, y el legislador ha de hacerlo, que cuando se modifica un texto legal con tantos «efectos colaterales», tales efectos y consecuencias han de estar presentes como piezas que forman parte del rompecabezas, siendo conscientes de que, tarde o temprano tiene que abordarse soluciones a los mismos. Y, posiblemente, la forma mejor de hacerlo no es precisamente a golpe de «caso concreto» y de reivindicación concreta, porque ello parece conducir a una legislación «en paralelo», donde quien legisla y estudia un proyecto de Ley concreto, no tiene presentes el resto de las piezas del rompecabezas.

de 2006. Pero cuando, en 2007, en la reiterada Ley, se introduce la señalada disposición adicional, no incluyendo en el supuesto el del consentimiento de la mujer que comparte la vida con la usuaria de tales técnicas ¿debemos entender que es porque considera que no cabe atribuir por esa vía la filiación en tales casos? ¿debemos entender que la sociedad aún no está madura para admitir tales situaciones o, debemos pensar que aún no se ha producido una reivindicación suficiente para modificar la Ley nuevamente de forma atropellada? Si ello es así, ¿quedan excluidas las parejas de hecho homosexuales, por un lado de la adopción conjunta (no así si son heterosexuales), y de la atribución de la filiación extramatrimonial por vía de reconocimiento, a la pareja de hecho –mujer– que comparte la vida con la usuaria de las mismas?

Resulta evidente que, con tal dispersión normativa, al mismo tiempo que se han venido otorgando soluciones a problemas concretos (a golpe de reivindicaciones puntuales de determinados colectivos dignos de atención), se han creado lagunas que bien pueden ser fruto de un descuido del legislador, frecuente cuando en los textos legales se introducen reformas por vía de disposiciones adicionales a otros textos normativos anteriores o bien de lo delicado de los temas que se abordan en los mismos. Esto último puede hacernos pensar que de alguna manera se intentan «parchear soluciones momentáneas» que abren la brecha a nuevas situaciones a las que no se había dado respuesta y que, fruto de una solución parcial a un problema real, exigen nuevas respuestas, acordes y meditadas en consonancia con el espíritu de las reformas legales que se van produciendo.

Para completar el panorama conviene hacer, aunque sea brevemente una referencia a otro tema «colateral» pero no por ello menos importante, vinculado con la cuestión que nos ocupa, al que ya se ha referido la doctrina en alguna ocasión como cuestión que no ha sido abordada legalmente: el del orden de los apellidos en los supuestos de doble maternidad legal. A ello se ha referido recientemente G. Tomás Martínez¹⁵ para referirse precisamente a la con-

¹⁵ TOMÁS MARTÍNEZ, G. «El consentimiento en relación con la doble filiación materna matrimonial y la práctica del Registro» (Actualidad Civil n.º 7, quincena del 1 al 15 de abril de 2010, p.748, T. I). La autora analiza en su artículo precisamente la contradicción que supone la diferente normativa aplicable en estos casos. Partiendo de la regulación prevista en el art. 109 del CC tras la reforma operada por Ley 40/1999, que permite a los padres (padre y madre), decidir de común acuerdo el orden de los apellidos de los hijos, llega a la regulación que al art. 53 LRC le otorga la disposición adicional 2.ª de la Ley 13/2005 de 1 de julio para atribuir a los hijos los apellidos de sus progenitores (sin distinción entre padre y madre), pero constatando que en la reforma que se produce en tal momento no se altera el contenido del art. 109 CC citado. Así, apunta con acierto que «...Esto es, se corrige la legislación registral que mantenía la preferencia masculina, y pasa a usar el término «progenitor» creando la apariencia de no dar prioridad alguna. Pero la reforma es neutra sólo formalmente porque en realidad no soluciona el problema, sino que más bien elude afrontarlo. De hecho, encontramos en el art. 194 del Reglamento del Registro el orden tradicional, que ha

tradicción existente entre el art. 109 CC y el art. 53 LRC, modificado éste último por la disposición adicional 2.^a de la Ley 13/2005, de 1 de julio, conforme al cual, las personas son designadas por su nombre y apellidos, correspondientes a ambos progenitores.

El legislador, que no modificó el contenido del art. 109 con la reforma introducida por la Ley 13/2005, pero sí el art. 53, y sólo éste, de la LRC, nuevamente puede caer en una falta de coordinación legal, si no toma en consideración todas las reformas a las que venimos aludiendo en el que parece será el nuevo texto de la Ley de Registro Civil. Con fecha 8 de septiembre de 2010 se ha publicado el Proyecto de Ley de Registro Civil («BOCG» 8 de septiembre de 2010, IX Legislatura, n.º 90-1)¹⁶, en el que, aparte de no contenerse referencia alguna en contenido, a los reformados artículos de la LRC como conse-

sido confirmado después del año 2005 por la Dirección General de los Registros y del Notariado.....A la vista de esta regulación puede decirse que ninguna norma con rango de Ley establece en España cuál es el orden de los apellidos, solo está en sede reglamentaria y manteniendo la preferencia tradicional del apellido paterno, lo que puede plantear dudas de constitucionalidad por discriminatorio (art. 14 CE) y a la legalidad establecida en la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres...»

A nivel práctico se aborda directamente la cuestión sobre el orden de los apellidos en la RDGR de 17 de abril de 2008 (*La Ley*: 3713361/2008) en un supuesto, que analizaremos más adelante al referirnos a la doble maternidad matrimonial tras la Ley 3/2007, de 15 de marzo. La DGRN en este caso, admite el recurso interpuesto contra la denegación de inscripción de la «comaternidad» de una menor, hija biológica de una mujer, casada con otra con posterioridad al nacimiento de la niña. Al margen de la valoración de la resolución en cuanto se refiere a la determinación de la doble filiación materna por aplicación del art. 7.3 LTRA, se plantea precisamente la ausencia de solución legal de la cuestión registral relativa al orden de los apellidos en que se ha de practicar la inscripción, sobre todo en aquellos casos «no precisamente especulativos o académicos sino reales y vividos en la práctica registral, en que falta el mutuo acuerdo». Así se apunta que: «...La laguna legal existente en la materia ha de ser colmada mediante la determinación de los principios generales que rigen en la materia y la analogía respecto de las soluciones legales ofrecidas en temas próximos o conexos. Así desde este último punto de vista, ha de recordarse cómo, tras la reforma introducida en su redacción por la Ley 40/1999, de 5 de noviembre, sobre nombre y apellidos y orden de los mismos, el artículo 109 del Código civil permite que, si la filiación está determinada por ambas líneas, “el padre y la madre de común acuerdo podrán decidir el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral. Si no se ejercita esta opción, regirá lo dispuesto en la Ley”, si bien tal libertad de elección sólo se dará respecto del mayor de los hijos comunes, ya que el orden de apellidos inscrito respecto de éste “regirá en las inscripciones de nacimiento posteriores de sus hermanos del mismo vínculo”. Esta prevalencia del mutuo acuerdo de los progenitores en la determinación del orden de los apellidos, en defecto de norma legal imperativa, e incluso dispositiva, o de criterio objetivo alguno supletorio, debe ser igualmente el que marque la pauta para dirimir esta cuestión. El único problema que deja sin resolver este criterio es el que se plantea en los supuestos, no precisamente especulativos o académicos sino reales y vividos en la práctica registral, en que falta el mutuo acuerdo. En estos casos se impone una actuación de oficio del encargado, a semejanza de lo que prescribe nuestro ordenamiento registral para los casos de nombres o apellidos impuestos con infracción de norma, en defecto de elección del peticionario o de su representante legal (cfr. art. 212 RRC), decisión de oficio en la que habrá de reconocerse amplia discrecionalidad a favor del encargado, y ello sin perjuicio de los recursos que los interesados puedan interponer contra su decisión (cfr. art. 29 LRC)» (En el mismo sentido la R. de 24 de noviembre de 2008 (*La Ley*: 3768452/2008).

¹⁶ En el momento de cerrar el presente trabajo el Proyecto de Ley se encuentra en el Congreso de los Diputados en plazo de ampliación de enmiendas («BOCG» Serie A, n.º 90-12, 1 de diciembre de 2010).

cuencia de la reforma por Ley 13/2005, ni por tanto a la forma de acceso al Registro de los consentimientos prestados por vía del art. 7.3 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida, introduce un art. 49, que reproduce en esencia el contenido del art. 109 del CC, aludiendo a la determinación de los apellidos por el padre y la madre de común acuerdo, y olvidando u omitiendo conscientemente, como si nunca hubiera existido, los supuestos de doble maternidad¹⁷.

¿A qué obedece esa ausencia, o ignorancia tan significativa? Nuevamente creo que obedece, como he señalado a lo largo de las páginas anteriores a un hecho, creo que preocupante: la finalidad de la modificación legal en este punto obedece a motivaciones absolutamente ajenas a la materia que nos ocupa, basta con leer detenidamente la Exposición de Motivos del Proyecto para detectar que su finalidad es modernizar el Registro Civil, suprimir el tradicional sistema de secciones para crear el registro individual para cada persona a la que asignar el «código personal de ciudadanía». La palabra «modernizar» se repite constantemente y ella parece ser su finalidad¹⁸, desconociendo nuevamente, entiendo,

¹⁷ Establece el art. 49.1 del Proyecto : «... La filiación determina los apellidos.

Si la filiación está determinada por ambas líneas, el padre y la madre de común acuerdo podrán decidir el orden de los apellidos.

El caso de desacuerdo o cuando no se hayan hecho constar los apellidos en la solicitud de inscripción, el Encargado del Registro Civil determinará el orden de los apellidos según su orden alfabético...»

En línea con el análisis que venimos haciendo de las diferentes reformas legales, y una vez más, podemos encontrarnos con un texto legal en el que se ignore incluso en el debate, la repercusión que en esta Ley han de tener las reformas anteriores sobre filiación. Hemos de esperar que se aborden todas las cuestiones que a ello se refieren, confiando que el debate no se centre exclusivamente en aquello que únicamente ha tenido repercusión pública sobre el Proyecto de Ley: la determinación del orden de los apellidos por orden alfabético en caso de desacuerdo de los cónyuges (Información del 4 de noviembre de 2010 «El Mundo» <http://www.elmundo.es/elmundo/2010/11/04/espana/1288864517.html>; «El País». http://www.elpais.com/articulo/sociedad/reforma/legal/termina/prevalencia/apellido/padre/elpepisoc/20101104elpepisoc_4/Tes).

En ninguna de las informaciones transmitidas sobre el proyecto, en relación con el tema del orden de los apellidos se aborda, ni se tiene en cuenta, por ejemplo, que el texto del proyecto sigue hablando de la determinación de la filiación por «línea paterna y materna», cuando actualmente ambas líneas pueden ser «paternas» o «maternas», no sólo por aplicación de la LTRA, sino como consecuencia de la adopción de un menor. Esperemos que el legislador lo tenga en cuenta.

¹⁸ Resulta llamativo en la Exposición de Motivos, la explicación que se otorga a la modificación que se introduce en materia de apellidos de los nacidos, al señalar que «... con el fin de avanzar en la igualdad de género se prescinde de la histórica prevalencia del apellido paterno frente al materno permitiendo que ambos progenitores sean los que decidan el orden de los apellidos...»

En cuanto a la filiación, se elimina toda referencia a la no matrimonial, con plena equiparación a la matrimonial...» (Apartado V de la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Registro Civil «BOCG», de 8 de septiembre de 2010, Serie A, n.º 90-1)

Llamativo resulta, como he señalado, porque, en primer lugar, la posibilidad de pactar el orden de los apellidos ya existía en el CC, tras la reforma del art. 109 CC. Pero llamativo resulta igualmente que se siga hablando como único elemento a alterar, en cuanto a aspectos sustantivos de la reforma, a los apellidos «paterno y materno» (como se refleja posteriormente en el art. 49 del Proyecto), para avanzar «en la igualdad de género», sin tener en

aspectos relevantes que, en materia de filiación deben tenerse en cuenta a la luz del goteo de reformas que, como hemos señalado, han ido produciéndose con diferentes finalidades pero todas ellas afectando al tema que nos ocupa.

Nuevamente podemos pensar que se está legislando «en paralelo» sin tener una visión global de todo el panorama «colateral» que con cada reforma se provoca, creando a su vez un efecto de caja de resonancia en una materia de trascendencia como la relativa a la filiación de las personas.

Parece haberse legislado para el caso concreto que en cada momento ha motivado cada reforma (fecundación asistida, igualdad de sexo, en el matrimonio, inscripción en el Registro del cambio de sexo, o modernización del Registro Civil), sin tener presentes en cada caso las alteraciones que en materia de filiación se producían con cada una de esas reformas. Esta es la clave y el hilo conductor de este trabajo: Analizar la diversidad de situaciones existentes en relación con la posible determinación de la filiación de hijos nacidos en el seno de matrimonios o parejas de hecho del mismo sexo y la respuesta legal y jurisprudencial existente a tal diversidad.

II. FILIACIÓN DERIVADA DEL USO DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA. MATRIMONIO O PAREJA DE HECHO DEL MISMO SEXO

1 UNA CUESTIÓN PREVIA. ¿ES ADECUADO SEGUIR HABLANDO EN TALES SUPUESTOS DE FILIACIÓN POR NATURALEZA?

Sabido es que la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, hizo en el art. 7.1 una remisión expresa a las «normas vigentes», para regular la filiación de los nacidos con el uso de tales técnicas, a salvo de las especialidades contenidas en el capítulo III (básicamente las contenidas en los arts. 6 a 10).

Tal remisión implicaba necesariamente el sometimiento a lo dispuesto en los arts. 108 y ss. del CC, conforme a los cuales, y básicamente atendiendo al art. 108, tan sólo cabía la posibilidad de incardi-

cuenta algo más relevante como es que los progenitores ya no sólo pueden ser «padre y madre», sino que pueden ser dos madres o dos padres (ya sea en un caso filiación por naturaleza o filiación por adopción en ambos). Que la prensa no tenga en cuenta «este pequeño detalle» se puede justificar, que el legislador no lo haga, no.

nar este tipo de filiación dentro de la denominada «filiación por naturaleza», ya fuese matrimonial o no matrimonial. Y en tal sentido, en aquellos caso en los que el marido consintiese, por vía del art. 6.1 LTRA que su mujer fuese fecundada con espermatozoides de un donante, o el varón no casado otorgase el mismo consentimiento (art. 6.4) a tal tipo de fecundación, en nada se alteraba el régimen legal de la filiación del hijo nacido, a los efectos de lo dispuesto en los arts.115 y ss. CC (determinación de la filiación matrimonial) o los arts.120 ss. CC (determinación de la filiación no matrimonial), al menos formalmente, puesto que ya el art. 7.2. LTRA (tanto en la redacción que le dio la Ley de 1988, como la que le otorga la de 2006) estableció que: «...En ningún caso la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación».

Ya el legislador estaba creando entonces una ficción, apoyada fundamentalmente en el hecho de seguir aplicando la presunción de paternidad matrimonial del marido de la usuaria, ficción avalada por la exigencia del consentimiento del mismo al uso de tales técnicas (art. 6.1 LTRA), cuyo sentido fundamental es, como señaló con acierto Nanclares Valle, privar de la posibilidad impugnatoria a quienes lo emitieron, erigiéndose en una restricción legal al ejercicio de las acciones de filiación ¹⁹.

No alteran tampoco los trámites y cauces previstos en la normativa civil y registral, las previsiones del art. 8.2 (tanto en la redacción que le otorgó la Ley de 1988, como la vigente de 2006), en cuanto al valor del consentimiento otorgado por el varón no casado al uso de las técnicas de reproducción asistida, a los efectos de que tal paternidad quede establecida por vía de reconocimiento ²⁰.

No obstante, es evidente que, tanto en la atribución de paternidad al marido de la usuaria, como al varón que comparte la vida con la misma, antes y ahora, se crea una ficción legal, en la medida

¹⁹ NANCLARES VALLE, J. «Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza» «BIB» 2008/678- Aranzadi Civil n.º 7/2008, p.11.

²⁰ Como ha señalado acertadamente NANCLARES VALLE: «...el consentimiento al que alude el artículo 8.2 LTRA para los casos de filiación no matrimonial funciona de modo totalmente diverso. Al no poder aplicarse la presunción de paternidad, por proceder ésta únicamente en caso de matrimonio de la pareja usuaria, la filiación materna se determinará por los cauces ordinarios (art. 120.4 CC), mientras que la filiación paterna exigirá el reconocimiento ulterior del padre. Queda claro, pues, que el consentimiento del varón no casado, único sujeto al que se refiere el precepto, no es por sí mismo un modo de determinación de la paternidad. Precisamente por este motivo la Ley no atribuye en estos casos al consentimiento una función negativa (privativa de la posibilidad de impugnar la filiación ya determinada) sino una función positiva, útil a efectos de determinar la filiación en caso de renuncia al reconocimiento voluntario. Es por ello que el art. 8.2 LTRA se conecta con la determinación de la paternidad por resolución recaída en expediente gubernativo (art. 120.2 CC y art. 49 LRC), dejando en último término abierta la puerta a la reclamación judicial de paternidad, que contará con el documento en el que se refleja el consentimiento citado, como fuerte elemento probatorio...» (ob. cit. p. 11)

en que ni uno ni otro son efectivamente los progenitores biológicos del hijo nacido con la fecundación asistida «con donante» y por tanto, en puridad, ya no podríamos hablar de una filiación por naturaleza «*stricto sensu*» respecto de ambos «progenitores». Pero es cierto igualmente que no se alteran, como hemos señalado, los criterios establecidos para determinar la paternidad en tales casos. Y es cierto igualmente que en tales casos, es el consentimiento de ambos el que determina y provoca la atribución de tal paternidad. Pero tal consentimiento encuentra un encaje, digamos «perfecto», en la atribución de tales paternidades por la vía de la «presunción de la paternidad» o por la vía del reconocimiento o el expediente gubernativo²¹.

Hasta ese momento el legislador podía «extender» el concepto de filiación por naturaleza a tales ficciones, puesto que en ambos casos, quienes no eran progenitores biológicos podrían haberlo sido, al ser varones, y a salvo la imposibilidad de impugnar la paternidad atribuida por vía de consentimiento (art. 8 LTRA), en nada desvirtuaba o desvirtúa la aplicación del resto de la normativa aplicable a los supuestos de filiación por naturaleza, máxime cuando, como se ha dicho, en ningún caso la inscripción registral reflejará los datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación.

No obstante lo indicado, llegados a este punto, ya se había venido apuntando por la doctrina, la conveniencia de establecer una

²¹ La Ley 35/1988, al abordar el tema de la filiación derivada del uso de las Técnicas de Reproducción Asistida encabezó los arts. 7 a 10 bajo el epígrafe «los padres y los hijos», sin mención específica sobre el tipo de filiación que de su uso se derivaba. Si bien es cierto, como se ha dicho, que el art. 7 hacía remisión expresa a las normas generales sobre filiación en lo no regulado específicamente por los arts. 8 a 10.

Por su parte, en el Proyecto de Ley de 13 de mayo de 2005, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida («BOCG» 13 de mayo de 2005, VIII Legislatura, Serie A) mientras que el art. 7 aparecía bajo el título: «filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida», remitiéndose igualmente a las Leyes civiles, salvo las especificaciones de los arts. 8 a 10, el art. 8 aparecía bajo la rúbrica: «Filiación matrimonial», para referirse a los casos en los que la usuaria estuviera casada (pfo. 1.º), así como a aquellos en los que no existiese matrimonio pero sí pareja de hecho. El texto definitivamente aprobado en 2006 modifica el título del citado art. 8, que pasa a denominarse «determinación legal de la filiación», pero tal cambio no obedece a un debate sobre si se trata de una filiación por naturaleza o no, sino al hecho de que efectivamente el precepto abarca tanto los supuestos de filiación matrimonial como no matrimonial. Fue precisamente la enmienda n.º 37 de ERC la que instó la sustitución del enunciado «filiación matrimonial» por la más genérica «filiación», porque si bien el pfo. 1.º se refería a la filiación matrimonial, el 2.º abordaba la filiación no matrimonial y el 3.º la ausencia de relaciones paterno filiales con el donante de esperma. Igualmente la enmienda n.º 72 (Grupo Socialista), que es la que propuso la redacción que definitivamente lleva el título del art. 8, como enmienda de mejora.

No obstante, en ningún momento del debate parlamentario se debatió sobre la cuestión que ahora planteamos, relativa a la necesidad o no de alterar los criterios sobre determinación de la filiación con carácter general, al haberse introducido una evidente alteración no sólo en su forma de determinación, sino estrictamente en cuanto a la calificación de la misma respecto de los «progenitores» que pasan a serlo no por «naturaleza», sino por haber prestado su consentimiento.

nueva categoría en la determinación de la filiación que complementase la distinción tradicional (filiación por naturaleza y por adopción), para hablar de supuestos de filiación puramente civil o jurídica, para diferenciar los supuestos de filiación biológica y formal, apoyada fundamentalmente en el valor del consentimiento por encima del elemento puramente biológico²².

Mucho más problemático es seguir manteniendo hoy, como de filiación por naturaleza, como ya apuntó Nanclares Valle, los supuestos de atribución de la maternidad a la mujer casada con la usuaria de las técnicas de reproducción asistida, como consecuencia de la modificación introducida por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, en su disposición adicional 1.^a al introducir un pfo. 3.º en el art. 7 de la LTRA de 2006, al permitir que el consentimiento de aquélla ante el encargado del Registro Civil, pueda determinar a su favor la filiación respecto del nacido. El autor plantea precisamente sus dudas respecto de cuál pueda ser el título de atribución en tales casos, habida cuenta que los cauces previstos legalmente para la determinación legal de esa segunda maternidad no dan respuesta al supuesto. Por un lado no existe presunción legal alguna que resulte de posible aplicación, haciendo que la determinación legal de la filiación no pueda producirse *ex art.* 115 CC, al no bastar la conexión del nacimiento del hijo con el matrimonio. Por otro lado, apunta, al no mediar resolución judicial y no siendo posible determinar esa segunda maternidad por vía de los arts. 120.4 CC y 47 LRC, la determinación de la filiación respecto de la progenitora B y la subsiguiente inscripción, sólo pueden fundarse en el consentimiento previo al nacimiento²³.

²² Así lo apunta RAMS ALBESA, J. al señalar que en las procreaciones asistidas con donación de gametos se diseñan unas filiaciones puramente civiles en las que sus protagonistas desempeñan el rol de padre/madre e hijo y atienden a los intereses jurídicamente protegidos de igual modo que en las filiaciones biológicas. Son filiaciones, apunta, en las que se va separando la idea de la filiación jurídica de la procreación biológica (LACRUZ BERDEJO, J.L. «Elementos de Derecho Civil IV» 3.^a ed. 2008, p. 300). Igualmente GÓMEZ DE LA TORRE hablaba ya, a raíz de la LTRA de 1988 de la existencia de una disociación entre filiación biológica y formal (GÓMEZ DE LA TORRE, M.C. «La filiación de los hijos nacidos de técnicas de reproducción asistida» AC.1993-2. Ref.XVI y XVII pp. 289 ss. Por su parte RIVERO HERNANDEZ («La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de la fecundación artificial» La Filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana. Trivium 1988, pp. 144 ss.) mantenía ya entonces que podía hablarse de una filiación (y paternidad o maternidad) civil, como opuesta a la filiación por naturaleza, planteando ya en ese momento las dificultades para seguir manteniendo las categorías tradicionales a las nuevas situaciones creadas.

²³ Analiza el autor con gran detalle las posibles vías de determinación legal de la segunda maternidad, partiendo de su falta de encaje en el art. 115 CC, ante la ausencia de un procedimiento judicial previsto al efecto y la imposibilidad de aplicar una presunción de segunda maternidad (que excluyó expresamente la Ley 13/2005, de 1 de julio, en su exposición de motivos por cuestiones obvias) (Ob cit. pp.10 ss.)

Dos cuestiones resultan obvias en relación con la determinación de la filiación en estos casos, por un lado la inexistencia de cauce legal previsto en las normas del CC a las que se remite la LTRA en materia de filiación. Por otro, la evidencia palmaria (que ya existía realmente en los supuestos de filiación paterna respecto del marido o pareja de hecho de la usuaria de las técnicas de reproducción asistida con espermatozoides de donante) de que la segunda maternidad que se atribuye en el art. 7.3 LTRA no es ni puede ser biológica y por tanto por naturaleza. Y no sólo eso, sino que no sirven las normas que conforme al propio texto legal se remiten como aplicables en el art. 7.1 LTRA ²⁴.

Resulta interesante apuntar aquí la solución por la que ha optado el legislador catalán en la nueva regulación del Libro segundo del CC de Cataluña, relativo a la persona y la familia, tras la Ley 25/2010, de 29 de julio («BOE» de 21 de agosto de 2010), que entrará en vigor desde el 1 de enero de 2011. En el mismo se sigue manteniendo el binomio filiación por naturaleza/filiación por adopción como únicas clases de filiación (art. 235-1), considerando como filiación por naturaleza la derivada del uso de técnicas de reproducción asistida (se incluyen dentro de la sección 2.^a –filiación por naturaleza– los supuestos de fecundación asistida de mujer casada (art. 235-8, pf.1.^o)²⁵ y los de fecundación asistida de la mujer (art. 235-13, pfo.1.^a)²⁶.

El legislador catalán, pese a mantener la calificación de «filiación por naturaleza» en los supuestos señalados, incluye un nuevo cauce para determinar la filiación por naturaleza derivada del uso de las técnicas de reproducción asistida: el consentimiento a la fecundación asistida de la mujer (art. 235.3)²⁷, que se recoge con idéntico contenido para los supuestos de fecundación asistida de mujer casada o no, con independencia de si quien lo presta es el cónyuge (sea hombre o mujer), o la persona que comparte la

²⁴ La valoración realizada se extiende igualmente respecto de la calificación como filiación por naturaleza en el caso de la doble paternidad, a la que haremos referencia posteriormente, admitida en la RDGRN de 18 de febrero de 2009 (RJ 2009/1735).

²⁵ Art. 235-8 CC Catalán: «1. 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...»

²⁶ Art. 235-13 CC Catalán: «1. Los hijos nacidos de la fecundación asistida de la madre son hijos del hombre o de la mujer que la ha consentido expresamente en un documento extendido ante un centro autorizado o en un documento público...»

²⁷ Establece el nuevo art. 235-3 CC Catalán: « La filiación por naturaleza, con relación a la madre, resulta del nacimiento; con relación al padre y la madre, puede establecerse por el reconocimiento, por el consentimiento a la fecundación asistida de la mujer, por el expediente registral o por sentencia y, únicamente con relación al padre, por el matrimonio con la madre».

vida con la usuaria. Se trata en todo caso de consentimiento expreso, a la fecundación asistida de la usuaria, extendido en centro autorizado o en documento público. El hecho de prestar tal consentimiento atribuye en el primer caso la condición de hijo matrimonial del cónyuge que ha dado su consentimiento, y la de hijo no matrimonial al hombre o mujer que lo prestó, en el segundo caso²⁸.

2. ANÁLISIS DE LOS SUPUESTOS A LA LUZ DE LA NORMATIVA APLICABLE

2.1 Matrimonio entre dos mujeres

1. Como se desprende del análisis de la normativa aplicable al supuesto (art. 7.3 LTRA tras la reforma operada en el precepto por Ley 3/2007, de 15 de marzo, en consonancia con las reglas civiles aplicables según el art. 7.1 LTRA), la filiación del hijo nacido de cualquiera de las cónyuges será una filiación matrimonial, y por tanto filiación por naturaleza, con todas las dudas que respecto de esta última calificación hemos manifestado (obviamente respecto de la maternidad por consentimiento, no biológica). Será así cuando la cónyuge no gestante hubiese manifestado ante el encargado del Registro del lugar del domicilio, su consentimiento a que cuan-

²⁸ Debe observarse el diferente tratamiento que se hace de los consentimientos en la legislación estatal y autonómica catalana. En la legislación catalana se especifica que se trata de un consentimiento previo a la fecundación asistida y que ha de prestarse en documento extendido en centro autorizado o en documento público. Ello basta para atribuir la paternidad/maternidad ya sea matrimonial o no matrimonial. Por su parte, la LTRA diferencia entre tres tipos de consentimiento; por un lado el que presta el marido de la usuaria (art. 6.3), que atribuye a la filiación la condición de matrimonial; por otro el que presta el varón no casado también con anterioridad a la utilización de las técnicas (art. 8.2), que se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el art. 49 LRC, tramitación del expediente gubernativo, pero que no supone necesariamente la atribución de la paternidad automáticamente; y, finalmente, el que presta la mujer casada con otra mujer, que no se trata de un consentimiento a la fecundación asistida, sino un consentimiento a que se atribuya a su favor la filiación respecto del nacido, manifestado ante el encargado del Registro Civil del domicilio conyugal.

El mantenimiento en el ámbito estatal de los tres tipos de consentimiento debería ser tenido en cuenta cuando se apruebe definitivamente la Ley de Registro Civil, o en su caso modificado en los debates parlamentarios del Proyecto de Ley existente («BOCG» 7 de septiembre de 2010), habida cuenta de que, como se pone de manifiesto en la exposición de motivos del mismo en cuanto a la filiación, se elimina toda referencia a la no matrimonial, con plena equiparación a la matrimonial. Consecuente con tal afirmación, no existe precepto alguno en el Proyecto que discrimine entre el acceso al Registro de los supuestos de filiación matrimonial frente a la no matrimonial, lo que implica que, la remisión que hoy se hace al art. 49 LRC para determinar la filiación respecto del hijo nacido de usuaria no casada en el art. 8.2 LTRA quedará vacía de contenido, salvo que en trámite de enmiendas se fije alguna previsión para tales supuestos.

do nazca el hijo de su cónyuge se determine a su favor la filiación respecto del nacido²⁹.

²⁹ El valor que se confiere al consentimiento para atribuir la maternidad a la pareja de la madre biológica resultó decisivo en tres importantes resoluciones del Tribunal Supremo de California de 22 de agosto de 2005 (Elisa B v. Sup Ct; KM v. EG y Kristine H v. Lisa R.), en las que se declara como madre legal de los hijos de su pareja a la mujer que convivía con la madre biológica de los mismos. En ellas, el elemento intencional resultó decisivo, la decisión de compartir el proyecto de engendrar a los hijos y de tutelarlos como propios.

Las tres sentencias, (analizadas con detalle por FARNÓS AMORÓS, E. y GARRIGA GORINA, M. [«¿Madres? Pueden ser más de una» *InDret-Revista para el análisis del Derecho* (www.indret.com) 2005.] que partieron de la inexistencia de apoyo legal en el Código de Familia de California, se apoyan en la aplicación analógica de determinados preceptos del mismo relativos a la determinación de la filiación en parejas heterosexuales, atendiendo, como apuntan FARNÓS y GARRIGA, a la existencia de dos elementos clave: por un lado la existencia de voluntad previa a la concepción acerca de la filiación de los hijos que nacen de la reproducción asistida y, por otro, al dato de la convivencia con los hijos y el hecho de haberlos tratado como propios.

La primera de las sentencias –Elisa B v. Sup Ct– S125912, concluye que Elisa B y Emily B, pareja estable no registrada desde 1993, eran legalmente las madres de los gemelos de Emily. Ambas habían sido madres biológicas recurriendo a la fecundación asistida con espermatozoides del mismo donante. Elisa tuvo una niña y Emily, al año siguiente, tuvo gemelos. El conflicto surge cuando tras la separación de ambas, Elisa, que había venido manteniendo económicamente a Emily y a los gemelos, dejó de pagar los alimentos de éstos, siendo demandada por Emily. Elisa negó su maternidad respecto de los mismos.

En la segunda Sentencia –KM v. EG S125643– se planteaba si podía declararse la maternidad de la mujer que donó óvulos a su pareja y que había renunciado a sus derechos de paternidad respecto de los hijos que nacieran de la fecundación de los mismos. Las gemelas, nacidas como consecuencia de la fecundación artificial, fueron registradas sólo como hijas de la madre gestante. Tras la separación de la pareja, la donante de los óvulos (KM), solicitó el reconocimiento legal de su maternidad. Frente a la posición de la Superior Court y la Court of Appeal, que desestimaron tal demanda, entendiendo que la donación de óvulos debería ser tratada como la donación de espermatozoides, y por tanto no suponía atribución de maternidad al donante, la Corte Suprema entendió que el supuesto no debía decidirse en base a la norma que regula la donación de espermatozoides porque la demandante no se limitó a donar sus óvulos, sino que los aportó para la inseminación de la mujer con la que convivía, en base a la existencia de un proyecto común de convivencia con los hijos en el hogar común.

La tercera sentencia –Kristine H v. Lisa R. S126945–, aborda el tema de si la madre biológica puede impugnar la maternidad de la mujer con la que convivía, que quedó determinada por voluntad de ambas antes del nacimiento. Tras la separación de ambas, la madre biológica impugnó la maternidad de su excompañera alegando que contravenía las Leyes del Estado. La Corte Suprema confirmó la legalidad de la declaración de maternidad, considerando que el procedimiento para su declaración había sido el adecuado y que conforme a la doctrina del «estoppel», Kristine no podía negar la validez de la declaración judicial de maternidad que ella promovió.

Al hilo de estas tres sentencias nos cuestionamos si las circunstancias descritas en las mismas encontrarían escenario y apoyo bajo la vigente legislación española sobre técnicas de reproducción asistida y la correspondiente normativa del CC aplicable en materia de filiación. El escenario que nos presentan las mismas constituye «un después» del que nuestro ordenamiento y realidad social nos presenta en los momentos actuales. Nos sitúa ante las posibles acciones de impugnación o reclamación de filiación una vez determinada la misma. Hablamos de un «después», porque en los momentos actuales, ante lo único que se ha situado el legislador y juez español, es ante la posibilidad o no de determinar una doble maternidad o paternidad, pero no ante lo que puede ocurrir en situaciones como las descritas en las sentencias del Tribunal Supremo de California citadas. Piénsese que el legislador español, tan sólo nos coloca en tal escenario cuando en el art. 8.1 LTRA alude a la imposibilidad, por parte de la mujer o el marido que prestaron su consentimiento a la fecundación con contribución de donante o donantes, de impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación, pero no ha previsto nada en absoluto respecto al ejercicio de posibles acciones de filiación–reclamación o impugnación (fundamentalmente), en los

De lo dicho se desprende que para que la filiación tenga el carácter de matrimonial, el consentimiento citado ha de prestarse antes del nacimiento y ante el encargado del Registro Civil. Ahora bien, nada se dice respecto del momento a partir del cual el mismo haya de prestarse y por tanto si la usuaria ha de estar casada necesariamente cuando se lleve a cabo la fecundación, porque lo decisivo según la norma, no es que se consienta por la cónyuge no usuaria que su cónyuge sea fecundada utilizando tales técnicas (como se exige en el art. 6.3 para la fecundación de mujer casada con varón, o como establecen los arts. 235-3 y 235-8 del CC Catalán con carácter general para cualquier tipo de matrimonio, en cuyo caso el matrimonio ha de ser necesariamente previo al uso de las mismas). Lo decisivo es que tal consentimiento se manifieste antes del nacimiento, salvo que se entienda que cuando el art. 7.3 señala que «cuando la mujer estuviera casada y no separada legalmente o de hecho», debe entenderse que la misma ha de estar casada necesariamente en el momento en que es sometida a la fecundación asistida³⁰.

casos de doble maternidad. En tales casos, difícilmente resultarán de aplicación las acciones típicas previstas en el CC y LEC, porque las mismas se refieren a la impugnación de la paternidad del marido, o las que prevén la impugnación de la maternidad nunca podrían ser aplicables a los supuestos de maternidad derivada del consentimiento.

³⁰ La vía de atribución de la filiación en este caso es diferente a la prevista para los matrimonios heterosexuales porque mientras en éstos, para que la filiación fuese matrimonial sería necesario prestar el consentimiento a la fecundación asistida, y por tanto el matrimonio ha de ser previo a la misma, en el segundo podría darse la situación de fecundación anterior al matrimonio, matrimonio posterior y consentimiento, igualmente posterior, a la atribución de la filiación, puesto que lo decisivo del precepto, el acento del mismo, se pone en que el consentimiento se preste antes de que nazca el hijo de su cónyuge, dando por supuesta la previa fecundación y concepción.

Desconocemos la razón que guió al legislador a dar una redacción al supuesto diferente a la prevista en el art. 6.3, pero es evidente que habría resultado menos complejo unificar los supuestos, tal y como ha hecho el legislador catalán en su reforma del CC, o al menos habría sido conveniente mantener, sea parcialmente, el contenido de la enmienda n.º 41 en el Congreso (IU-Iniciativa per Catalunya-Verds) («BOCG» Serie A VIII Legislatura, n.º 89-7, 10 de octubre de 2006), donde quedaba claro que el supuesto se aplicaba a los casos de fecundación asistida cuando la mujer ya está casada («...*En el caso de los matrimonios entre mujeres, si una de las cónyuges se ha sometido a las técnicas de reproducción asistida, la otra cónyuge pasará a tener...*»)

Podemos pensar que en el matrimonio entre mujeres, resulta decisivo para atribuir la doble maternidad, no sólo la existencia del consentimiento de la cónyuge, sino también el previo matrimonio entre ambas. El primero necesariamente debe producirse después de la fecundación, puesto que se ha de practicar ante el encargado del Registro Civil, como manifestación de voluntad de la futura madre frente al reconocimiento del *nasciturus* (*nasciturus* inexistente si la manifestación se produce antes de la fecundación, pues nada podría reflejar el Registro en tal caso al no existir en tal momento nada que inscribir) (diferente sería exigir tal consentimiento en documento público o ante centro acreditado, porque lo que se consentiría sería la fecundación). El segundo requisito (previo matrimonio entre ambas) debería tener que acreditarse en el momento de manifestar el consentimiento ante el encargado del Registro. Y no sólo eso, sino que el mismo existía con anterioridad a la fecha de la fecundación. Sin embargo nada de ello exige la compleja norma prevista en el art. 7.3 LTRA.

Justifica NANCLARES VALLE el diferente tratamiento de los consentimientos del cónyuge a la fecundación asistida de la mujer en los casos de matrimonio heterosexual (art. 6.3

No obstante lo anterior, la DGRN, atendiendo a la finalidad de la norma y teniendo en cuenta la aplicabilidad de la disposición transitoria 1.^a del CC, ha considerado aplicable el criterio del citado art. 7.3 de la LTRA en aquellos casos en los que, producido el nacimiento del hijo con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, no se pudo inscribir por tal motivo a favor de ambas cónyuges la doble maternidad, admitiendo por tanto el consentimiento de la cónyuge de la madre biológica con posterioridad al nacimiento del menor. Tal es el criterio mantenido por primera vez en la Resolución de 17 de abril de 2008, que consideró aplicable la norma citada a un supuesto en el que se había instado la inscripción de nacimiento fuera de plazo de la hija biológica de una mujer, nacida con anterioridad al matrimonio de ésta con otra mujer, y antes de la entrada en vigor de la reforma del citado art. 7 LTRA, puesto que el expediente para la inscripción de la menor se inició el 23 de marzo de 2007, y la Ley 3/2007 entró en vigor el día 17 de marzo de 2007.

El Ministerio Fiscal se opuso a lo solicitado considerando que al haber nacido la menor con anterioridad al matrimonio y ante la imposibilidad de estarse a una filiación por naturaleza, la única opción que quedaba para obtener la inscripción solicitada era acudir a un proceso de adopción. El Juez Encargado del Registro Civil mediante auto de fecha 9 de mayo de 2007 ordenó la inscripción fuera de plazo de la hija con sola filiación materna, considerando igualmente que para inscribir como progenitora a la cónyuge de la madre biológica, debería acudirse al procedimiento de adopción, referenciándose el matrimonio de ambas en la inscripción de nacimiento practicada.

La DGRN, tras justificar la postura tradicionalmente mantenida por el propio Centro Directivo en sus numerosas resoluciones anteriores, ante la inexistencia de una norma como la prevista en el art. 7.3 LTRA, considera inscri«bible» la «doble maternidad» al amparo del citado precepto, aun entendiendo que el supuesto al que

LTRA) y homosexual (art. 7.3 LTRA) en el hecho de que, mientras el primero se exige al marido por estar afectado por la presunción de paternidad, que no podrá impugnarse en caso de haber consentido la fecundación, el segundo, el de la esposa de la usuaria no tiene consecuencias en materia de filiación, al no existir presunción de paternidad en tales casos, y por ello no se exige con carácter previo al empleo de la técnica. («Reproducción asistida y doble maternidad» Aranzadi Civil n.º 7/2008 «bible» 2008/578).

TOMÁS MARTINEZ sin embargo entiende que la forma en que se exigen los consentimientos al marido de la usuaria o a la mujer de la misma, supone un trato diferente al cónyuge del sexo femenino respecto del sexo masculino con referencia a los hijos nacidos de la misma manera, es decir, utilizando técnicas de reproducción asistida con material genético ajeno al matrimonio («El consentimiento en relación con la doble filiación materna matrimonial y la práctica del Registro» Actualidad Civil n.º 7 –quincena del 1 al 15 de abril de 2010, pp. 748 ss., T. 1, La Ley 1796/2010)

el mismo alude no era precisamente el planteado ante la DGRN, señalando al respecto que «...En este caso, el auto que se impugna no se considera ajustado a la reforma del artículo 7 de la Ley 14/2006, llevada a cabo por la Ley 3/2007, por lo que procede que sea revocado y estimado el recurso interpuesto, aún cuando, en este caso la declaración haya sido formulada por las interesadas no antes del nacimiento sino con posterioridad al mismo, circunstancia ésta que no puede alterar la finalidad pretendida por la norma...»³¹.

Idéntica posición se mantiene en RR. de 14 de octubre de 2008³² y 24 de noviembre de 2008 (La Ley: 3768452/2008).

Por otro lado, la manifestación del consentimiento previsto en el art. 7.3. LTRA, plantea una clara contradicción con lo previsto en el pfo. 2 del citado precepto. Si, conforme a este último, en ningún caso la inscripción en el Registro Civil reflejará los datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación, resulta obvio que tal carácter quedará evidenciado desde el momento en que el nacido conste como hijo matrimonial de dos mujeres, puesto que el único supuesto en que ello es posible, es precisamente cuando una de ellas haya utilizado las técnicas de reproducción asistida para ser fecundada.

2. ¿Que ocurre cuando la cónyuge no usuaria no consiente, o lo pretende hacer tras el nacimiento del hijo? Hemos de entender que en aquellos supuestos (fuera de los mencionados en el apartado anterior sobre los que ha resuelto la DGRN en los que el nacimiento se produjo antes de la entrada en vigor de la Ley 3/2007), en los que no se hubiese manifestado el consentimiento de la cónyuge de

³¹ RDGRN de 17 abril de 2008 (La Ley: 3713361/2008).

³² RDGRN de 14 de octubre de 2008 (La Ley: 3719351/2008) que señala:

«El auto objeto de impugnación deniega la inscripción de la menor..., como hija de ambas cónyuges porque se solicitó la determinación de la filiación a favor de la cónyuge de la madre con posterioridad al nacimiento. Dado que la menor nació el 11 de enero de 2006 y la determinación de la filiación a favor de la cónyuge de la madre sólo pudo solicitarse a partir de la fecha de entrada en vigor de la Ley 3/2007, cabe entender que el auto se ajusta a la literalidad del precepto tantas veces invocado sin atender a la finalidad pretendida por la norma ni tomar en consideración las disposiciones transitorias del Código civil.

En efecto, el auto que se impugna procede que sea revocado y estimado el recurso interpuesto, aun cuando la declaración haya sido formulada por las interesadas no antes del nacimiento sino con posterioridad al mismo, circunstancia ésta que no puede alterar la finalidad pretendida por la norma, puesto que han de tomarse en consideración las orientaciones que se desprenden de las disposiciones transitorias del Código civil... Y en este sentido debe hacerse en esta materia aplicación analógica de la disposición transitoria primera del Código civil en su redacción originaria, ya que siendo así que el derecho al reconocimiento de la filiación materna de la casada con la madre gestante se introduce «*ex novo*» en nuestro ordenamiento jurídico, con norma de rango legal, por la Ley 3/2007, por referencia a la situación legislativa inmediatamente anterior, ello supone que, aplicando analógicamente la citada disposición transitoria primera... tal derecho «tendrá efecto desde luego», aunque el hecho –en este caso el nacimiento– que lo origine se verificara bajo la legislación anterior...»

la mujer usuaria, antes del nacimiento del hijo³³, la única forma de determinar la filiación a favor de aquélla sería *mediante la Adopción* que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 176.2, 2.ª CC, no requerirá la propuesta previa de la entidad pública, ni producirá la extinción de vínculos jurídicos con la familia biológica según se desprende del art. 178.2,1.º CC Sin embargo, requeriría, por aplicación de lo dispuesto en el art. 175.1 CC, que la cónyuge adoptante tuviera más de 25 años, exigencia que sin embargo no se requiere en el art. 235-30 1b) del CC Catalán (Ley 25/2010, de 29 de julio del libro segundo del CC de Cataluña, relativo a la persona y la familia («BOE» de 21-8-2010).

3. ¿Qué filiación tendría el hijo nacido de una de las cónyuges con donación de óvulos de su cónyuge, fecundada con esperma de donante?

³³ Coherente con sus planteamientos anteriores, la DGRN mantiene la inaplicación del art. 7.3. LTRA en los supuestos en los que no se presta el consentimiento de la cónyuge de la usuaria de las técnicas de reproducción asistida antes del nacimiento del hijo, cuando éste se ha producido tras la entrada en vigor de la Ley 3/2007 de 15 de marzo. Tal es la posición mantenida en R de 26 de noviembre de 2008 (La Ley: 3768483/2008) en un supuesto en el que se pretendía por las promotoras, unidas en matrimonio en agosto de 2007, que en la inscripción de nacimiento de las hijas de una de ellas, se rectificase la existencia de error relativo al estado civil de ésta, que no era soltera sino casada, y que se identificase a su cónyuge, «a los efectos de la patria potestad de las menores y de la designación de su apellido». Dichas hijas, nacidas ambas, el 4 de diciembre de 2007, fueron inscritas con la sola filiación materna y con los apellidos de la madre en el mismo orden que ésta los ostenta. Por la Juez Encargada del Registro se dictó auto de 5 de marzo de 2008, por el que se estimaba parcialmente el recurso y se rectificaba el estado civil de la madre, pero se desestimaba la segunda de las peticiones de la promotora. Dicho auto, en la parte denegada, constituye el objeto del presente recurso.

No constando en el caso descrito la existencia de consentimiento anterior al nacimiento de las menores, la DGRN considera inaplicable el art. 7.3 LTRA: «...según resulta del precepto transcrito, la manifestación ha de hacerse antes de que nazca el hijo, y no hay constancia en el presente caso de que en el momento adecuado se formulase dicha manifestación, por lo que al ser inscritas las nacidas con la filiación de la madre biológica, no se produjo el error denunciado... Esta Dirección General en recientes resoluciones ha admitido la filiación de la cónyuge no gestante en supuestos en que el hijo había nacido antes de la entrada en vigor del artículo transcrito en el fundamento anterior y la manifestación mencionada se había hecho con posterioridad. Para ello se han tenido en cuenta las orientaciones que se desprenden de las disposiciones transitorias del Código civil, añadidas a su segunda edición para regular la transición entre éste y el Derecho anterior. Y, en ese sentido, se ha hecho una aplicación analógica de la disposición transitoria primera del Código civil en su redacción originaria, ya que siendo así que el derecho al reconocimiento de la filiación materna de la casada con la madre gestante se introduce «*ex novo*» en nuestro Ordenamiento jurídico, con norma de rango legal, por la Ley 3/2007, por referencia a la situación legislativa inmediatamente anterior, ello supone que, aplicando analógicamente la citada disposición transitoria primera del Código civil en su redacción originaria, tal derecho “tendrá efecto desde luego”, aunque el hecho –en los casos contemplados, el nacimiento– que lo origine se verificara bajo la legislación anterior. Pero el presente caso es diferente puesto que el nacimiento se ha producido, no bajo la vigencia de la legislación anterior, sino estando vigente la norma actual y no hay razón para que la repetida manifestación sobre la filiación de la cónyuge no gestante, no se hubiese hecho con anterioridad al nacimiento. En consecuencia, la interesada sólo podrá obtener lo que ahora ha pretendido por la vía inadecuada de la rectificación de errores a través del instituto de la adopción...»

La respuesta ha de ser la misma que la señalada en el apartado anterior, si se cumplen las condiciones señaladas en el art. 7.3. LTRA. Lo decisivo para responder en tal sentido encuentra su respuesta en el hecho de que, por un lado la maternidad biológica corresponderá a la madre que pare al hijo (madre gestante), pero no a su cónyuge (madre genética donante del óvulo) criterio que se desprende claramente de lo dispuesto en el art. 10.2 LTRA. La maternidad, en su caso, de la cónyuge de la usuaria, donante a su vez del óvulo fecundado con material genésico de donante, vendrá determinada por el consentimiento a la atribución de la filiación del nacido en su favor conforme prevé el citado art. 7.3, pero no por el hecho de haber donado sus óvulos para tal fecundación³⁴.

Lo peculiar de este supuesto, que ni mucho menos resulta una ficción, sino una posibilidad admitida por la Comisión Nacional de Reproducción Asistida en 2008, se encuentra en la excepción que la misma otorga frente al carácter confidencial y anónimo frente a las usuarias, de la identidad del donante, sea de esperma o de óvulos, con la excepción, hasta ahora, de la donación de esperma por el marido o pareja de la usuaria para que la misma sea fecundada con él³⁵.

³⁴ El tema fue abordado, como hemos señalado anteriormente, en la Sentencia del Tribunal Supremo de California, de 22 de agosto de 2005 (KM v. EG, S125643) *Vid.* Nota 29.

Como apuntan FARNÓS y GARRIGA, en este caso, para justificar la maternidad de quien aportó los óvulos a la fecundación, aun habiendo renunciado previamente a ella, el Tribunal Supremo no sólo atiende a la participación de ambas mujeres en la concepción y cuidado de los hijos, sino también al vínculo genético que une a la donante de óvulos con los hijos. (Ob. cit p. 3)

El razonamiento de la citada sentencia, hoy por hoy, en nuestro sistema legal no sería posible ni aplicable en cuanto a la última de las afirmaciones, teniendo en cuenta que queda descartada la existencia de vínculos legales entre el donante y los hijos nacidos de la fecundación artificial (art. 8.3 LTRA).

³⁵ El Dictamen de 4 de diciembre de 2008, de la Comisión Nacional de Reproducción Asistida, informó favorablemente a la admisión de la donación entre mujeres casadas, del óvulo de una de ellas para ser fecundado en la otra con esperma de donante, siendo por tanto una, la madre genética y la otra la madre gestante. La Comisión sugirió la necesidad de reformar la LTRA para permitir directamente esta posibilidad, teniendo en cuenta que, conforme a la misma, tanto la donación de óvulos como la de esperma ha de ser anónima y en este caso no sucede así.

El método, que se ha venido a denominar «ROPA» (Recepción de óvulos de la pareja) se trata del mismo tratamiento de fecundación in vitro con donante de óvulos anónima, sin embargo socialmente representa una revolución, hasta tal punto que no está exenta de controversia. Hay quien lo considera una donación de óvulos, y al no ser anónima, considera que está prohibida. Otros centros creen que en el momento que se equiparó el matrimonio homosexual al heterosexual, dejó de tratarse de una donación, sino que un miembro de la pareja comparte sus gametos con el otro, lo mismo que cuando en un proceso in vitro, el marido cede su esperma a su mujer. El informe en positivo de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida ha abierto formalmente ésta posibilidad. Es un método especialmente indicado para aquellas parejas en las que una de ellas tiene problemas de fertilidad, pero desea quedarse embarazada. También lo utilizan parejas de mujeres que necesitan sentirse biológicamente madres las dos de la misma criatura, de manera que en el segundo embarazo intercambian los papeles, y quien fue donante se convierte en gestante.

El método descrito es básicamente una *fecundación in-vitro*: una mujer pone el óvulo y la otra, que llevará adelante la gestación, pone su útero. El único requisito es que deben haber formalizado su matrimonio. La que cede el óvulo, se somete durante quince días a un

2.2 Matrimonio entre dos hombres

Hoy por hoy, bajo el ámbito normativo actual no es posible, por razones obvias, acudir a la aplicación de la LTRA para atribuir una doble paternidad por naturaleza a dos hombres casados y por tanto proceder a la equiparación del matrimonio heterosexual con el matrimonio entre dos hombres a tales efectos³⁶.

Sin embargo, la vía a la que se recurre en los momentos actuales para llegar a esa doble paternidad «por naturaleza» se encuentra, bajo una gran discusión y polémica social, legal y doctrinal, en el recurso a la denominada «gestación por sustitución», prohibida sin embargo expresamente en el art. 10 de la LTRA, que declara 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 (pfo.1.º)³⁷. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto (pfo. 2.º), quedando a salvo no obstante la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales (pfo. 3.º). El cauce legal por tanto, en estos momentos, para acceder a la doble paternidad queda restringido a la adopción.

Sin perjuicio de que al referirnos a la determinación de la paternidad por vía de adopción en estos casos analicemos cada uno de los supuestos ante los que nos sitúa la legislación vigente (adopción simultánea o sucesiva), conviene hacer aquí, en este momento, alguna breve reflexión sobre ello, para tratar de entender las razones que pueden guiar a que los matrimonios entre varones recurran

tratamiento de *estimulación ovárica*. Cuando los óvulos están maduros, se le extraen mediante una punción. La mujer gestante recibe a su vez un tratamiento hormonal para preparar su útero coincidiendo con el tratamiento de su esposa. Y llegado el día D, pasados tres días después de la punción, la futura gestante se somete a una transferencia de los embriones. (Vid. www.reproduccionasistida.org)

En relación con estos supuestos, no obstante, Tomás MARTÍNEZ, apunta, con lógica (de momento según mi opinión), que esto en estos momentos resulta irrelevante a efectos jurídicos, puesto que legalmente serán madres las dos, de prestar la segunda el consentimiento («El consentimiento en relación con la doble filiación materna matrimonial y la práctica del Registro Civil» AC n.º 7, abril 2010, pp.748 y ss., La Ley 1796/2010)

³⁶ Ello con independencia, claro está, de la posible atribución de la paternidad a un varón, casado o unido de hecho con una mujer fecundada con su esperma o con contribución de donante, utilizando para ello las Técnicas de Reproducción Asistida (supuestos previstos expresamente en la LTRA –arts. 6.3 y 8.2–). Pero estos supuestos, obviamente no son objeto de debate ni de discusión en nuestro trabajo.

³⁷ Señala QUIÑONES ESCÁMEZ que el art. 10 LTRHA es una Ley contractual de policía, pero que la nulidad del contrato no es de carácter absoluto ni entraña la consecuencia grave, para el *status filii*, de que no pueda reconocerse la filiación biológica paterna ante los tribunales. No estamos, afirma, ante una nulidad absoluta o ante una solución drástica del *fraus omnia corrumpit*, que dejaría a los menores huérfanos o apátridas (o extranjeros) («Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. –En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009–» InDret 2009, www.indret.com, p. 40).

a tales vías de atribución de filiación frente al recurso a la adopción. Una de las posibles razones que pueden justificar la elección de tal opción se encuentra quizá en el hecho de que si bien nuestra legislación nacional y autonómica no veta, sino que permite, (pese a los problemas puntuales que señalaremos más adelante), la posibilidad de adopción conjunta por dos varones casados, esta posibilidad se limita cuando se recurre a la Adopción Internacional, donde son numerosos los países que no sólo no permiten la adopción conjunta, sino que excluyen incluso la posible adopción individual por persona homosexual³⁸. Ello evidentemente es un obstácu-

³⁸ Dentro de los países europeos la permisividad es cada vez mayor. Prueba de ello es que en los últimos años han aumentado el número de países que permiten la adopción conjunta por parte de parejas del mismo sexo, casadas o bajo situación de unión de hecho o pareja estable. En Holanda, con la promulgación de la Ley de 21 de diciembre de 2000, se permite la adopción conjunta por parejas que lleven conviviendo tres años como mínimo, siendo posible igualmente adoptar al hijo de la pareja. En Dinamarca, desde 1999 la adopción únicamente estaba contemplada para los hijos de la pareja, pero en marzo de 2009 el parlamento aprobó la adopción conjunta, que se materializa en Ley en mayo de 2010. Bélgica, que fue el segundo Estado del mundo en regularizar el matrimonio entre personas del mismo sexo en el año 2003, no permitió sin embargo la adopción por parte de estos matrimonios hasta 2006 (Ley de 18 de mayo de 2006). En 1996 Islandia fue el cuarto país del mundo que reguló las parejas de hecho formadas por personas del mismo sexo, a las que se les reconoció derechos similares al matrimonio. Estos derechos fueron ampliados en 2006 con el reconocimiento de la adopción conjunta para las parejas que lleven por lo menos cinco años de relación estable. Noruega aprobó el 11 de junio de 2008 la propuesta para otorgar los mismos derechos de bodas y adopciones a las parejas del mismo sexo que a las heterosexuales. En Suecia se aprobó en 1995 una ley de parejas del mismo género, que amplió en 2003 los derechos de estas parejas a la adopción. En Reino Unido se permiten las uniones de homosexuales desde 1 de enero de 2005, y la adopción desde 1 de agosto de 2006.

En algunos países, aunque se considera legal el matrimonio o la unión de hecho entre personas del mismo sexo, sin embargo no se permite la adopción por parte de los miembros de la pareja. Tal es el caso de Portugal donde se reconoce el matrimonio homosexual desde el 17 de mayo de 2010 pero se excluye el derecho a adoptar de Francia, que reconoce las Uniones Cíviles o «Pactos de Solidaridad Civil» (PACS) desde 1999, pero no se menciona el derecho a la adopción conjunta; Eslovenia, donde se legalizaron las uniones cíviles para parejas homosexuales el 22 de junio de 2006, pero se excluyen cualquier tipo de derechos relativos a la adopción; Suiza donde se reconoce la unión civil entre personas del mismo sexo desde el 1 de enero de 2007, pero no está permitida la adopción; Chequia, cuyo Parlamento aprobó el 15 de marzo del 2006 la Ley de unión civil entre personas del mismo sexo, permitiendo la adopción de los hijos biológicos de los contrayentes por parte de su cónyuge, pero prohíbe a las parejas del mismo sexo el acceso a la adopción de otros niños; Croacia, que permite uniones de hecho desde 2003, pero no permite la adopción o Hungría que permitiendo las uniones de hecho, sin registrar, desde 1996, y registradas desde enero de 2009, no permite tampoco la adopción.

Fuera del continente europeo, en la República Argentina permite la adopción por una persona, sin referencia alguna a la identidad o preferencia sexual del adoptante. Tras la modificación del Código Civil, el 15 de julio de 2010, se permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, otorgándoles así el derecho de adoptar conjuntamente, con los mismos requisitos que ya existían para los matrimonios entre personas de distinto sexo. Igualmente en México, el 21 de diciembre de 2009, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, en la Ciudad de México, aprobó el establecimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, incluyendo su derecho a la adopción. Israel por su parte se convirtió el 11 de febrero de 2008 en el primer país de Asia en autorizar la adopción homoparental. Los gays y lesbianas no sólo están autorizados a adoptar a los hijos biológicos de su compañero del mismo sexo, sino también a adoptar otros niños. La situación en Estados Unidos varía según los Estados, así en algunos, o está vetada al circunscribirse sólo a los

lo fundamental que impide en muchos casos que quienes, queriendo tener hijos comunes, no puedan tenerlos, ya que actualmente los supuestos de adopciones nacionales son mucho más limitados que las adopciones internacionales.

No obstante también se esgrime el derecho a «ser padres» en pie de igualdad, a la doble paternidad «matrimonial por naturaleza» con apoyo en la realidad creada por el propio legislador al permitir los supuestos de doble maternidad «por naturaleza», así como la larga duración de los procesos de adopción, cuestiones todas ellas discutibles y discutidas pero que han conducido a que la política de «hechos consumados» nos sitúe ante la realidad de hijos nacidos recurriendo a la «gestación por sustitución» y cuya filiación ha de determinarse sobre la base de una legislación permisiva a la que se recurre, frente a una legislación prohibitiva como la española³⁹.

matrimonios, o está directamente proscrita, mientras que en otros, los tribunales permiten la adopción del compañero o cónyuge del progenitor biológico (Sobre el particular *vid.* NANCLARES VALLE, J., «La adopción por parejas homosexuales en Derecho Navarro. Comentario crítico al artículo 8 de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio. «BIB» 2001/728-Aranzadi Civil 8/2001, pp. 5 ss.)

No obstante, pese a los avances en esta materia en la legislación europea, no ha ocurrido lo mismo en la legislación de aquellos países a los que más se suele recurrir para adoptar. No se reconoce ni dentro del continente africano (salvo el caso de Sudáfrica que permite la adopción por personas del mismo sexo desde 2002), ni en América Latina (Pese a la información transmitida sobre la permisividad en Uruguay, la Ley n.º 18590, de 18 de septiembre de 2009, que modifica a la Ley 17823 del Código de la Niñez y la Adolescencia, aunque introduce en su art. 139 la posibilidad de adopción por el cónyuge o concubino, del hijo del otro, no incluye los supuestos de parejas del mismo sexo. Prueba de ello es que con la modificación del art. 27.9 por la misma Ley anteriormente citada, al fijar el orden de los apellidos de los hijos en tales casos, se sigue manteniendo el binomio apellido paterno/materno) (<http://www.parlamento.gub.uy/htmlstat/pl/codigos/estudioslegislativos/CodigoNinezYAdolescente2010-03.pdf>). En Colombia en 2009 se pronunció el Juzgado de lo Penal de circuito de Rionegro (Antioquía) otorgando a favor de la madre no biológica de un menor, el derecho a adoptar al hijo de su pareja. Cuestión que fue recurrida ante la Corte Constitucional por la Procuraduría General de la Nación el 18 de junio de 2010, que resolviera este caso en sentencia unificada de Tutela (http://www.procuraduria.gov.co/html/noticias_2010/noticias_423.htm)

Tampoco en Asia se permite la adopción por parejas del mismo sexo, salvo en Camboya y Filipinas. Incluso en China, uno de los países de más demanda de adopciones internacionales en España en los últimos años, se han endurecido los requisitos de idoneidad para la adopción desde mayo de 2007 por parte del Centro Chino de Adopciones (CCA), aunque la Ley General de Adopción de 1992 no ha cambiado, no permitiendo a los homosexuales la adopción (los adoptantes solteros han de presentar junto con la documentación requerida, certificado notarial de «heterosexualidad») (http://www.abCEs/hemeroteca/historico-28-04-2007/abc/Sociedad/china-endurece-los-requisitos-para-la-adopcion-y-da-prioridad-a-los-matrimonios-heterosexuales_1632804180522.html)

³⁹ La mayoría de los supuestos que han llegado a los Tribunales, a los que haremos referencia oportunamente tienen su origen en contratos de subrogación de maternidad llevados a cabo en estados como California, Ucrania o Rusia, donde, tanto la legislación como los tribunales permiten tal opción a los extranjeros no residentes sin limitaciones de ningún tipo y sin tomar en consideración si su legislación de origen permite o prohíbe el uso de tales prácticas.

Por un lado, como analiza detenidamente QUIÑONES ESCÁMEZ, A., («Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada –En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009–» InDret 2009, www.indret.com, p. 6), la maternidad subrogada en California encuentra su apoyo en el Código de Familia de California (California Family Code, sections 7630. 3 y 7650) y en el precedente de la Sentencia de la Corte

Lo cierto es que en los momentos actuales, el recurso a la paternidad subrogada aún no tiene una respuesta definitiva en nuestro ordenamiento, pese a la evidencia de su prohibición en la LTRA y cabe

Suprema de California *Johnson v. Calvert*, de 20 de mayo de 1993 (5 Cal.4th 84, 851 P.2d 776) (En la misma da validez al contrato subrogación gestacional celebrado entre los «padres intencionales» y la madre de alquiler, para concebir un hijo genéticamente relacionado con la pareja. A la madre de alquiler se le implantó un cigoto, resultante de la fecundación in vitro de un óvulo de la esposa con esperma del marido. La madre de alquiler inicialmente renunció a su maternidad, que fue sin embargo demandada posteriormente por ella tras deteriorarse las relaciones con el matrimonio Calvert. Tanto El Tribunal de Primera Instancia, como la Corte de Apelación y el Tribunal Supremo de California consideraron la paternidad de los cónyuges Calvert, entendiendo que bajo la sección 7610 del Código de Familia Californiano, tanto la madre de alquiler como la esposa que aportó su óvulo a la fecundación, podrían ser consideradas como madres (una por haber dado a luz al menor, y la otra por la existencia de relación genética con el mismo). El Tribunal Supremo de California decidió que dos mujeres no podían tener derechos como madres naturales y decidió romper el empate en favor de los padres que ya, antes de la concepción tenían la intención de criar al niño y cuidarlo durante su minoría. Es el elemento intencional el que determina la maternidad. En suma, el tribunal *Johnson* decidió que las personas que entran en un acuerdo de subrogación gestacional con la intención de cuidar al niño durante su minoría resultante serán de los padres legales del niño.

La práctica resulta tan habitual y normal en California que existen agencias dedicadas a gestionar todo lo relacionado con la gestación por sustitución, programa de actuación, presentación de los perfiles de las donantes, sistema de financiación (los costes, con examen médico, honorarios de alquiler, documentación y procedimientos legales... pueden oscilar en torno a los 120.000\$/165.000\$ en algunos de los programas existentes. (Ej. Agencia Growing Generation: <http://www.growinggenerations.com/>. Agencia Conceive Abilities: <http://www.conceiveabilities.com/>).

La legislación rusa por su parte es una de las más liberales en el mundo en lo que se refiere a la aplicación de las técnicas de reproducción asistida. Los aspectos legales de la maternidad subrogada se rigen por el Código de Familia de la Federación de Rusia (art. 51, cláusula 4) y los fundamentos de la legislación rusa sobre protección de la salud de la ciudadanía. La parte médica del alquiler de vientres viene regulada por la Orden n.º 67 del Ministerio de Salud Pública de la Federación de Rusia. Conforme a la Ley Básica n.º 5487-1 «Sobre la protección de la salud de los ciudadanos de la Federación de Rusia», de 22 de junio de 1993, se permite que cualquier mujer pueda ser sometida a una fecundación in vitro o una implantación del embrión y hacerse madre subrogada o reproductiva, previo consentimiento de ella y de su marido (si está casada). No todas las mujeres pueden ser madres de alquiler. El anexo n.º 1 a la Orden ministerial citada establece que: «Podrán ser madres subrogadas las mujeres que hayan consentido voluntariamente la participación en dicho programa y que reúnan los requisitos siguientes: Tener una edad de entre 20 y 35 años; Tener un hijo propio sano; Tener una buena salud psíquica y somática».

Tal y como se ha indicado, la maternidad subrogada, prevista en el art. 51.4 del Código de Familia Ruso, permite que las personas casadas, que han consentido por escrito la inseminación en otra mujer, serán considerados como padres tan sólo constando el consentimiento de la madre subrogada, no siendo necesario para ello ni adopción del menor ni resolución judicial. Tampoco constará en el certificado de nacimiento en tal caso el nombre de la madre, no siendo necesario, como ocurre en UK o Ucrania, esperar la «parental order». Análogos derechos se confieren a las parejas homosexuales, casadas o no, y personas solteras, a las que se aplica por analogía (art. 5 Código de Familia Ruso). Para ello se necesita decisión judicial (Por Sentencia de 5 de agosto de 2009, la Corte de St. Petersburg, reconoció tal derecho a una madre soltera). Por su parte, la sentencia de 3 de noviembre de 2009, de la Corte de Distrito de Moscú, adoptó el mismo criterio en un caso similar. En sentencia de 4 de agosto de 2010 la Corte de Moscú reconoce el derecho a la paternidad subrogada de un hombre soltero sin constar los datos correspondientes de la madre (K.N. Svitnev. (Rosjurisconsulting Reproductive Law et Ethics Researchs Center. Moscow, Russian Federation «Surrogacy and its legal regulation in Russia». (5.ª Congreso mundial de la Asociación de Medicina Reproductiva 10-13 de octubre de 2010 Moscú) (www.rbmonline.com) (vid. <http://www.jurconsult.ru/es/news/>) y (<http://www.surrogacy.ru/es/>).

decir, no sin gran preocupación, que las soluciones que sobre el particular se están adoptando más parecen responder a una suerte de legislación *ad hoc* para «el caso concreto» que a una forma de legislar pausada y meditada en consonancia con la trascendencia que requiere legislar en materia de filiación por un lado, y coordinar lo que se legisla con el resto de la normativa sobre la materia aplicable al caso.

Obligada es la referencia aquí a la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 (RJ/2009/1735) y a las consecuencias que de la misma se han derivado, en la que se resuelve por primera vez sobre la solicitud de dos ciudadanos españoles, varones, casados en 2005, de inscripción en el Registro Civil Consular de Los Ángeles (Estados Unidos), del nacimiento de sus hijos, nacidos en San Diego, California (Estados Unidos), en octubre de 2008, mediante «gestación por sustitución».

El Encargado del Registro Civil Consular, denegó lo solicitado por los interesados, con apoyo en la prohibición de la denominada «gestación de sustitución» (art. 10 LTRA). Los padres interpusieron recurso ante la DGRN, solicitando la inscripción de los menores en el Registro Civil español. La DGRN admitió el recurso y aceptó la inscripción de los nacidos como hijos del matrimonio, por aplicación del art. 81 RRC, considerando que se trataba de la inscripción del nacimiento mediante presentación de la correspondiente certificación registral extranjera en la que consta el nacimiento y la filiación del nacido, y en tal caso el acceso de la misma al Registro Civil español constituye no una cuestión de «Derecho aplicable», sino una cuestión de «validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España», en este caso, una cuestión de acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro, lo que excluye, por tanto, la utilización de las normas españolas de conflicto de Leyes, y en concreto, la del art. 9.4 del Código civil. Por tanto, también excluye la aplicación de la Ley sustantiva a la que tales normas de conflicto españolas pudieran conducir, como la Ley 14/2006, de 26 de mayo de 2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida y por tanto a la inaplicación de la prohibición prevista en el art. 10 LTRA⁴⁰.

⁴⁰ La DGRN considera que son aplicables en el presente caso las normas jurídicas españolas que regulan el acceso al Registro Civil español de las certificaciones registrales extranjeras, esto es, el art. 81 del Reglamento del Registro Civil y no las normas de conflicto españolas y tampoco las normas sustantivas españolas que determinan la filiación. Con arreglo al citado precepto el legislador español no exige que la solución dada a la cuestión jurídica que consta en la certificación registral extranjera sea igual o idéntica a la solución que ofrecen las normas jurídicas españolas. Las certificaciones registrales extranjeras deben superar un «control de legalidad», pero dicho control de legalidad no consiste en exigir que la autoridad registral extranjera haya resuelto el caso de modo idéntico a como lo habría resuelto una autoridad registral española.

Por otro lado, la DGRN consideró, y este es quizá el tema más polémico de lo planteado en la misma, que la certificación registral californiana, no vulnera el orden público internacional, ni lesiona los principios jurídicos básicos del Derecho español que garantizan la cohesión moral y jurídica de la sociedad española, ni daña los intereses generales, ni perjudica la estructura jurídica básica del Derecho español y, por ello, tampoco lesiona la organización moral y jurídica general, básica y fundamental de aquélla⁴¹.

Igualmente se afirma que la actuación de los cónyuges, al pretender la inscripción en el Registro de los menores, no implica una actuación en fraude de Ley (art. 12.4 del CC para los casos internacionales y, en general, el art. 6.4 del mismo cuerpo legal). Los interesados no han utilizado, según la DGRN, una «norma de conflicto» ni tampoco cualquier otra norma con el fin de eludir una Ley imperativa española. No se ha alterado el punto de conexión de la norma de conflicto española, mediante, por ejemplo, un cambio

(Un análisis completo y detallado de la misma lo realiza A. QUIÑONES ESCÁMEZ «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada». Revista InDret. Julio 2009. www.indret.com)

⁴¹ Se apoya para mantener tal postura en afirmaciones, a mi juicio bastante discutibles, desde un punto de vista de estricta legalidad, dada la existencia de una norma clara y precisa que prohíbe la subrogación de la maternidad. Los argumentos son los siguientes:

1. La admisión en Derecho español de la filiación en favor de dos varones en casos de adopción, sin que quepa distinguir entre hijos adoptados e hijos naturales, ya que ambos son iguales ante la Ley (art. 14 CE). Si la filiación de un hijo adoptado puede quedar establecida en favor de dos sujetos varones, idéntica solución debe proceder también en el caso de los hijos naturales.

2. La admisión en Derecho español de que la filiación de un hijo conste en el Registro Civil a favor de dos mujeres, personas del mismo sexo (art. 7.3 LTRA). Por esta razón, no permitir que la filiación de los nacidos conste en favor de dos varones resultaría discriminatorio por una razón de sexo, lo que está radicalmente prohibido por el art. 14 CE.

3. El interés superior del menor aconseja proceder a la inscripción en el Registro civil español de la filiación que figura en el Registro extranjero y en la certificación registral extranjera a favor de dos mujeres o dos varones. En efecto, en el caso de rechazar la inscripción de la filiación en el Registro Civil español, podría resultar que los hijos, de nacionalidad española, quedarían privados de una filiación inscrita en el Registro Civil, lo que vulnera el art. 3 de la Convención sobre los derechos del niño, hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 1989 (RCL 1990, 2712) («BOE» núm. 313, de 31 de diciembre de 1990), en vigor para España desde el 5 de enero de 1991.

4. El «interés superior del menor» al que alude el antes citado art. 3 de la Convención sobre los derechos del niño, hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 1989 se traduce en el derecho de dicho menor a una «identidad única», como ha destacado recientemente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea [STJUE 2 de octubre de 2003 (TJCE 2003, 314), caso García Avello, STJUE 14 de octubre de 2008 (TJCE 2008, 235), caso Grunkin-Paul]. La inscripción de la certificación registral californiana en el Registro Civil español es el modo más efectivo para dar cumplimiento a este derecho de los menores a su identidad única por encima de las fronteras estatales.

5. En el Derecho español, la filiación natural no se determina necesariamente por el hecho de la «vinculación genética» entre los sujetos implicados, como se deduce del antes citado art. 7.3 de la Ley 14/2006, precepto que permite que la filiación natural de un hijo conste en el Registro Civil a favor de dos mujeres, personas del mismo sexo. Por ello, no existen obstáculos jurídicos a la inscripción en el Registro Civil español de una certificación registral extranjera que establezca la filiación en favor de dos varones españoles.

artificial de la nacionalidad de los nacidos para provocar la aplicación de la Ley de California mediante la creación de una conexión existente pero ficticia y vacía de contenido con el Estado de California⁴². Y tampoco se puede estimar que los interesados hayan incurrido en el conocido como «Fórum Shopping fraudulento» al haber situado la cuestión de la determinación de la filiación en manos de las autoridades californianas con el fin de eludir la Ley imperativa española. En efecto, la certificación registral californiana no es una sentencia judicial que causa estado de cosa juzgada y que se intenta introducir en España para provocar un estado inalterable de filiación oponible *erga omnes*.

La tan discutida Resolución fue recurrida en su momento por la Fiscalía, habiéndose resuelto recientemente sobre el recurso por SJPI n.º 15 de Valencia de 17 de septiembre de 2010 (n.º 193/2010)⁴³. La sentencia estima el recurso presentado y anula la inscripción de la doble paternidad en el Registro Civil, sobre la base de la prohibición en la Ley española del embarazo por sustitución, considerando que el sistema jurídico español dispone de instrumentos para conseguir por otras vías la satisfacción de los intereses de los menores.

Acertadamente, entendemos, en términos de estricta legalidad, el JPI argumenta que la inscripción en el Registro de la certificación de nacimiento extranjera por vía del art. 81 RRC, ha de aplicarse en consonancia con lo dispuesto en el art. 23 LRC, de mayor valor normativo que el texto reglamentario, conforme al cual, para practicar la inscripción del nacimiento sin previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, es necesario, por un lado, que se compruebe la realidad del hecho inscrito, y por otro, la legalidad conforme a la Ley española. El Juzga-

⁴² Estudia con gran detalle QUIÑONES ESCÁMEZ la existencia o no de fraude de ley en el supuesto, considerando que en el caso, la DGRN lo acota a los supuestos que en la normativa se entienden estrictamente por fraude de Ley en los conflictos de Leyes (art. 12.4 CC). Sin embargo, apunta: «...La maternidad subrogada puede servir de banco de pruebas al “fraude al conflicto de calificaciones”, y por tanto, a la norma de conflicto... En la maternidad subrogada el contrato absorbe (oculta) la pretensión de la filiación, deslocalizando tal cuestión o internacionalizando la situación jurídica para atraer la competencia de los tribunales y el derecho aplicable al país donde se celebra el contrato y la práctica médica a realizar.

El juez extranjero se pronuncia (en base a su Ley) sobre la filiación de unos futuros hijos de españoles residentes, antes incluso de su nacimiento, no teniendo su competencia origen más que en la voluntad de las partes (contrato) en una materia (la filiación y el estado civil de los menores) que no es de la libre disposición de las mismas. El contrato de gestación por sustitución permite un “fraude al conflicto de calificaciones”; y, por ende, a la norma de conflicto...» (Ob.cit. pp. 29 ss. y 39).

⁴³ A favor del pronunciamiento de la citada sentencia se ha manifestado J.R. DE VERDA Y BEAMONTE. «Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)» Diario «La Ley» n.º 7501, Sección Tribuna, 3 de noviembre de 2010. La Ley 13471/2001

do de Primera Instancia en tal caso, considera que se incumplen ambos requisitos: El primero, porque es materialmente imposible que los nacidos sean «hijos biológicos» de ambos cónyuges varones; el segundo porque la Ley Española, la LTRA de 2006, prohíbe expresamente la gestación por sustitución.

El último instrumento con el que contamos en este momento en relación con el problema de la doble paternidad (que obviamente afecta no sólo al caso concreto sino a todos aquellos en los que como matrimonio homosexual, heterosexual, o individualmente se recurra a la maternidad/paternidad a través de la «gestación por sustitución», y en tal clave ha de ser entendido el problema) se encuentra en la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 («BOE» de 7 octubre) sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, dictada con la finalidad de «establecer los criterios que determinen las condiciones de acceso al Registro Civil Español de los nacidos en el extranjero mediante estas técnicas de reproducción asistida».

Conforme a la citada Instrucción, para atribuir la filiación a los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución debe existir una previa resolución judicial, dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido (Directriz primera 1).

Por otro lado, salvo que resulte aplicable un Convenio Internacional, la resolución judicial extranjera deberá ser objeto de *exequátur*, según el procedimiento contemplado en la LEC 1881. Par inscribir el nacimiento en el Registro será necesaria la presentación de la solicitud de inscripción y el auto judicial que ponga fin al procedimiento de *exequátur* (Directriz primera 2).

No obstante lo anterior, en el caso de que la resolución judicial extranjera tuviera su origen en un procedimiento judicial análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, el encargado del Registro Civil controlará incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución puede ser reconocida en España (Directriz primera 3).

En ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y la filiación del nacido, 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 (Directriz segunda)⁴⁴.

⁴⁴ Apunta P. DE MIGUEL ASENSIO, analizando la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre citada, que con la exigencia de resolución judicial previa y aplicación del reconocimiento de decisiones se permite en principio superar ciertas carencias de la RDGRN de 18 de febrero de 2009, donde se hacía inscri«bib»le la certificación registral extranjera, que la resolución consideraba decisión adoptada por «autoridad extranjera en cuya virtud

Llegados a este punto, y teniendo presentes los argumentos utilizados por la DGRN en su resolución de 2009, así como los utilizados por el Juzgado de Primera Instancia que se apoya básicamente en la necesaria aplicación del art. 23 LRC, podría discutirse, aunque no sea este el momento, sobre la virtual aplicación de las directrices que conforme a la Instrucción de la DGRN, de 5 octubre 2010 han de utilizarse para la inscripción de los nacimientos acaecidos en el extranjero mediante gestación por sustitución. ¿Puede una Instrucción exigir más, menos o diferente que lo que exige una Ley, como es la aún vigente Ley de Registro Civil? ¿Si el art. 23 LRC permite inscribir, sin necesidad de previo expediente, las certificaciones de asientos extendidos en el extranjero, puede una instrucción, con rango jerárquico inferior al de la Ley, exigir resolución judicial de Tribunal competente cuando la Ley no lo exige?⁴⁵

Sinceramente, creo que no, salvo, claro está, si de lo que se trata es de aplicar lo dispuesto en el art. 10.3 LTRA, para que quede determinada la filiación respecto del padre biológico, mediante el ejercicio de la correspondiente acción de reclamación de paternidad, que lógicamente supone la existencia de una resolución judicial que así lo determine. Pero ello en modo alguno afectaría o podría afectar al otro cónyuge (sea hombre o mujer) cuya paternidad o maternidad no podrían

se constata el nacimiento y la filiación del nacido». Aparte de resultar cuestionable la equiparación que se hacía entre certificación registral y resolución judicial extranjera, resultaba llamativo, apunta, que la resolución de 2009 no aplicara en absoluto el régimen propio del reconocimiento de decisiones.

Según la exposición de motivos de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, el fundamento de la previa resolución judicial a que alude la Instrucción de la DGRN, resulta de la exigencia de lo dispuesto en el art. 10.3 LTRA que, a través de la remisión a las reglas generales sobre determinación de la filiación, exige el ejercicio de acciones procesales y la consecuente resolución judicial para la determinación de la filiación paterna de los menores nacidos como consecuencia de la gestación por sustitución. Pero, apunta DE MIGUEL, que en todo caso «...si este es el fundamento cabe cuestionar si los efectos que puede producir en España la resolución extranjera pueden ir más allá de la determinación de la filiación paterna, habida cuenta de que la filiación materna viene en todo caso determinada por el parto...» (Publicado el viernes 8 de octubre de 2010 (<http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com>)).

J. R. DE VERDA BEAMONTE, tras analizar cada una de las directrices de la Instrucción de la DGRN, considera que la misma está prestando cobertura administrativa a un «turismo reproductivo», el cual trata de eludir la aplicación del precepto legal (art. 10.1 LTRHA), que claramente establece la nulidad del contrato de gestación por sustitución, norma que considera de orden público, que responde al principio común en los países de Europa continental de que no puede ser objeto de tráfico jurídico las facultades reproductivas y de gestación de la mujer, porque eso supondría poner en el comercio una función de la mujer tan elevada como es la maternidad. Afirma, en definitiva el autor, que la Instrucción...» no es que pretenda atribuir ciertos efectos jurídicos a una institución prohibida por el Derecho español, sino que está proponiendo la recepción sustantiva de la misma, lo que no parece admisible» (Ob. cit. p. 8)

⁴⁵ Por otro lado, de seguirse las directrices de la DGRN en la citada Instrucción, parece adecuado pensar, atendiendo al principio de irretroactividad de las normas, que las mismas habrían de seguirse en el futuro, frente a las solicitudes de inscripción que se presenten. Mas no así en el supuesto que ha abierto la brecha en el debate sobre esta cuestión, habida cuenta que la solicitud de inscripción en tal caso se presentó con anterioridad a la publicación de la Instrucción que cambia los criterios exigibles para proceder a la inscripción en tales casos.

venir atribuidas por la citada acción de reclamación de paternidad prevista en el art. 10.2, al no existir vinculación genética con el nacido⁴⁶.

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, considero que, aun salvando el escollo de la jerarquía normativa aludida, las directrices de la DGRN, no devendrían aplicables en el caso concreto de la filiación de los menores nacidos en California, por razones de estricta irretroactividad de la norma que se desprende de la misma, al haberse instado la inscripción del nacimiento con anterioridad a la fecha de la Instrucción citada.

Por otro lado parece adecuado pensar que aun en aquellos casos en los que exista una resolución judicial extranjera, tal y como exige

⁴⁶ Evidentemente me estoy refiriendo no sólo a los supuestos de gestación por sustitución en lo que los que se inscriben como progenitores son dos varones, uno de los cuales ha aportado el material genésico para la fecundación, sino también a aquellos otros casos en los que aparecen como progenitores hombre y mujer, que han recurrido a las mismas técnicas de reproducción asistida, aportando tan sólo el material genésico el marido, pero no la mujer.

Creo que tan sólo cabe pensar en la aplicación de lo dispuesto en el art. 10.3, y por tanto conseguir una resolución judicial de reconocimiento de paternidad cuando la acción la entabla el componente de la pareja, varón (se trate de pareja del mismo sexo o heterosexual), que aportó su espermia para la fecundación de la mujer que cede su útero para ello. Pero, en ningún caso creo que el art. 10.3 LTRA ampare la reclamación o se pueda referir a una resolución judicial donde existiendo una maternidad subrogada, se declare la doble paternidad de los dos cónyuges. Deja bien claro el art. 10.3 que la acción de reclamación de paternidad se refiere a la del «padre biológico». Y una cosa es que sigamos creyendo en la ficción de calificar como «filiación por naturaleza» supuestos que realmente no lo son, pero muy distinto es que pretendamos extender la consideración de «paternidad biológica» a quien biológicamente no lo es.

A esta solución ha llegado recientemente la Corte de Apelación de Lieja, en Sentencia de 6 de septiembre de 2010 («DOC» n.º 2010/RQ/20) en un supuesto exactamente igual al planteado en la RDGRN de 2009. La Corte de Apelación reconoce el derecho a la paternidad del padre biológico de dos gemelas, nacidas por gestación por sustitución en California, pero no el de la pareja de éste, el otro varón que contrató la gestación, al no existir vínculos biológicos entre éste y las gemelas nacidas por tal procedimiento. El Tribunal de Instancia había negado el reconocimiento de los certificados de nacimiento de las gemelas a favor de ambos padres, expedido por las autoridades de California, basando su razonamiento sobre todo en la violación de la reserva de orden público. La Corte de Apelación volvió a analizar la validez de los certificados, a la luz de la legislación belga. Respecto del padre biológico (uno de los cónyuges demandantes) entiende que bajo la legislación belga había podido reconocer legalmente a los menores, y por tanto convertirse en padre. Cuestión que sin embargo debía ser diferente respecto del otro hombre que contrató la gestación por sustitución, puesto que no estaba relacionado biológicamente con los menores. Atendiendo al interés de los menores, como medida de matización del orden público, la Corte destacó el interés de los niños, tal como está protegida tanto por instrumentos de derecho internacional y la Constitución belga. Según el Tribunal, este interés quedaría perjudicado si los niños, que residían en Bélgica, fueran privados de cualquier vínculo jurídico con su padre biológico, mientras que al mismo tiempo, no podían ser considerados como hijos de la madre gestante, la madre de alquiler, que renunciara a su maternidad. En consecuencia, el Tribunal sólo estimó parcialmente las pretensiones de los dos hombres. Decidió reconocer y dar efectos a los certificados de nacimiento expedidos en California, en la medida en que constituyen la base para el vínculo jurídico entre las hermanas y su padre biológico. («Belgian Court Recognizes Californian Surrogacy by Patrick Wautelet on November 2, 2010. Conflict of Law.net) (<http://conflict-laws.net/2010/belgian-court-recognizes-californian-surrogacy/>).

En relación con el reconocimiento de la «gestación por sustitución» en Europa realiza un estudio detallado de la legislación y jurisprudencia más reciente, A. QUIÑONES ESCÁMEZ en «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada». En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009, InDret, Julio 2009 (www.indret.com), pp. 8 y ss.

la Instrucción de la DGRN, los efectos que la misma podrán producir en España, deberían ser los destinados a determinar la filiación paterna, de conformidad con lo dispuesto en el art. 10.3 LTRA, pero entendemos que sólo la del cónyuge varón que contribuyó a la fecundación, no así la paternidad del otro que, con las normas hoy existentes, tan sólo podría acceder a la determinación de su paternidad por vía de adopción del hijo de su consorte en el supuesto de renuncia de la madre gestante. A salvo, claro está, que se llegue a una normativa que modifique los criterios hasta ahora establecidos, permitiendo la gestación por sustitución que habría de ir acompañada de una nueva norma que, en paralelo con la prevista en el art. 7.3 LTRA, permitiría atribuir la paternidad al cónyuge varón que consienta que el hijo nacido usando las técnicas de reproducción asistida para fecundar, con esperma de su cónyuge a una mujer que cede su cuerpo para ser fecundada, sea considerado hijo matrimonial de ambos.

Obviamente con tales planteamientos se pervertiría el sistema que originariamente se estableció como medida para establecer la filiación mediando el uso de las técnicas de reproducción asistida, ya que estaríamos fijando criterios de atribución de paternidad (doble paternidad), basados en la fecundación de una mujer, ajena al matrimonio de dos varones que quieren tener un hijo matrimonial «por naturaleza», que es fecundada con el esperma de uno de ellos, vulnerando el principio del anonimato del donante. Deberíamos partir al mismo tiempo de la renuncia de la mujer a la maternidad para posibilitar que el cónyuge cuyo esperma no se utilizó para la fecundación, pueda consentir tal fecundación y por tanto que se le atribuya a él la paternidad del nacido⁴⁷. Pero tan perverso para el sistema resulta llegar a la doble paternidad matrimonial (por naturaleza) por la vía descrita, como, dicho sea con todos los respetos a la labor de la DGRN, hacerlo a través del *exequátur* de una resolución extranjera que así lo admitiera, resultando, por mucho que se pretenda lo contrario, más que dudoso que no se vulnere el orden público español al admitir por tal vía algo que expresamente aparece prohibido en el

⁴⁷ Ciertamente, ante tal situación, que formalmente se trata de una fecundación usando las técnicas de reproducción asistida, porque al fin y al cabo la fecundación de la mujer que renuncia a su maternidad se ha producido por tal vía, está prevista en el art. 10.3 LTRA cuando el citado precepto permite a través del procedimiento judicial correspondiente determinar la paternidad correspondiente del padre biológico. No permite sin embargo que por el hecho de que la fecundación se produzca de tal forma, quepa atribuir tal paternidad igualmente al cónyuge varón del que donó su esperma para la fecundación.

Si tal solución se admitiera como tal, sea por vía de modificación legal, sea por vía de admisión y reconocimiento de resolución extranjera que así lo admita (siguiendo los criterios de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010), cabría preguntarse por qué no se admite la misma solución cuando un varón fecunda con el sistema tradicional a una mujer, que renuncia a la maternidad. ¿Por qué en tal caso no valdría igual el consentimiento del cónyuge varón, para atribuir a su favor la filiación del nacido? Creo que no tendría el legislador un argumento de peso suficiente para negar tal posibilidad llegados a este extremo.

mismo⁴⁸. Y ello, como se ha indicado anteriormente, al margen del debate sobre la aplicabilidad de las directrices que fija la DGRN mediante una Instrucción, estableciendo exigencias diferentes a las que la LRC fija, aun siendo de rango jerárquico inferior.

2.3 Parejas de hecho entre dos mujeres⁴⁹

Del análisis literal de la normativa aplicable se desprende claramente la imposibilidad de atribuir la «doble maternidad» por natu-

⁴⁸ A ello hemos de añadir, en todo caso, que difícilmente podríamos seguir hablando de filiación por naturaleza de admitir la «maternidad subrogada» cuando fueran dos mujeres las que, ante la imposibilidad física de ser madres ninguna de ellas, utilizando las técnicas de reproducción asistida, recurrieran a tal procedimiento de fecundación subrogada, con espermia de donante. En tal supuesto ninguna de las dos mujeres habría aportado material genésico alguno para la fecundación por lo que, aparte de resultar más que dudosa la legalidad de tal forma de atribución de una doble maternidad, existiendo un procedimiento previsto para ello como es la adopción, resultaría incomprensible de todo punto seguir hablando de una maternidad «por naturaleza», puesto que para ninguna de ellas la filiación tendría un contenido biológico. A salvo, claro está, de aquellos supuestos en que se aportarían los óvulos por parte de una de ellas, fecundados en el útero de la «madre de alquiler», supuesto que, como hemos comentado en este trabajo, carece de relevancia en nuestro ordenamiento, pues en nada variaría la calificación respecto de la maternidad biológica de la madre subrogada.

Aunque discutible, como venimos planteando, sería y es diferente, el supuesto en el que es fecundada una mujer que cede su útero para ello, con el espermia de uno de los varones miembros de la pareja, porque en tal caso, admitida la situación, al menos para uno de los cónyuges la filiación del nacido sería una filiación por naturaleza.

⁴⁹ La DGRN ha mantenido reiteradamente la negativa a inscribir la maternidad a favor de una mujer, pareja de hecho de la madre biológica, respecto del hijo de ésta. Así se resolvió en Resolución de 9 enero de 2002 (La Ley 1188804/2002), que consideró «descabellado» establecer una doble maternidad por el mero hecho de que exista un acuerdo o declaración de las interesadas. Resulta contundente al señalar que el principio de veracidad biológica que inspira nuestro ordenamiento en materia de filiación se opone frontalmente a que, determinada la maternidad por el hecho del parto, puede sobrevenir otro reconocimiento de la maternidad por otra mujer. [En el mismo sentido R de 30 de septiembre de 2004 (La Ley: 10425/2005)].

Igualmente en Resolución de 5 de junio de 2006 (La Ley 1513/2006) se denegó la inscripción de la filiación no matrimonial respecto de la pareja de hecho de la madre biológica que consintió la inseminación artificial. Expresamente en este caso, considera inaplicable por analogía lo dispuesto en el art. 97 del Código de Familia Catalán (texto vigente en el momento en que se emite la resolución), conforme al cual «los hijos nacidos a consecuencia de la fecundación asistida de la madre se considerarán hijos del hombre que la ha consentido previamente en documento público». La DGRN argumenta su posición, que igualmente serviría en este caso y en el momento en que se resuelve para denegar la inscripción de la doble maternidad matrimonial, en el hecho de que «...el principio de veracidad biológica que inspira nuestro ordenamiento en materia de filiación se opone frontalmente a que, determinada la maternidad por el hecho del parto pueda sobrevenir otro reconocimiento de la maternidad por otra mujer...». Señalando para corroborar tal postura que «...de los principios constitucionales no puede deducirse ninguna norma que apoye la solución contraria y la postura mantenida en cuanto a la unidad de la maternidad es la que resulta del Código de Familia catalán, del Código Civil y de la legislación del Registro Civil...». Por ello se considera que el vínculo intentado de la maternidad respecto de quien no es madre biológica sólo podría obtenerse a través del mecanismo de la adopción, posibilidad que en tal momento se encontraba abierta no sólo a las parejas heterosexuales sino también del mismo sexo.

El criterio se mantiene con la misma argumentación, una vez se permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, en los supuestos de pretendida «doble maternidad matrimonial» (RDGR 17 de enero de 2007- La Ley: 3746481/2007).

raleza a dos mujeres no casadas, que constituyan sin embargo pareja de hecho. Al margen, como veremos más adelante, la posibilidad de atribuir la doble maternidad por vía de adopción.

El art. 8.2 LTRA sólo prevé la atribución de la paternidad extramatrimonial al varón no casado, pese a las numerosas enmiendas que en su momento se presentaron al proyecto de Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, instando la sustitución de la referencia al «varón» por «la persona «que comparte la vida con la usuaria, lo que habría permitido incluir los supuestos de doble maternidad extramatrimonial, como ya hemos visto⁵⁰.

En todo caso, puesto que el consentimiento prestado por el varón no casado, a que se refiere el citado precepto, no supone una atribución directa de la paternidad, sino que se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el artículo 49 de la Ley del Registro Civil (como forma de asimilarlo quizá al reconocimiento), habría que entender que tal debería ser la exigencia y valor del consentimiento de la compañera de la usuaria de las técnicas de reproducción asistida, caso de admitirse, puesto que no existe razón que justifique el tratamiento de un régimen diferente para los varones que comparten la vida con la usuaria respecto de las mujeres que así lo hagan.

En cualquier caso, parece obvio que la omisión del legislador a la posibilidad de doble maternidad en las parejas de hecho no fue involuntaria, habida cuenta que cuando se aprueba la LTRA tampoco se admitió la doble maternidad de dos mujeres casadas, que se incorpora al texto de la Ley posteriormente como hemos visto al introducir el supuesto en el art. 7.3 LTRA en 2007. Y por ello se explica menos si cabe la incoherencia que ello supone respecto de los matrimonios de mujeres (art. 7.3), y respecto de las parejas de hecho de mujeres.

Parece más coherente la solución adoptada en los arts. 235-3 y 235-13 del reformado Libro segundo del CC Catalán, que confiere el mismo tratamiento al consentimiento otorgado por el cónyuge de la usuaria (sea hombre o mujer) que al del hombre o la mujer que comparte la vida con la misma a los efectos de considerar como hijo extramatrimonial de la pareja al nacido de mujer soltera cuya compañera sentimental consiente la fecundación de aquélla con esperma de donante. (« Los hijos nacidos de la fecundación asistida de la madre son hijos del hombre o de la mujer que la ha con-

⁵⁰ En relación con el contenido de las enmiendas presentadas al Proyecto de LTRA *vid.*, nota 10.

sentido expresamente en un documento extendido ante un centro autorizado o en un documento público»).

¿Qué se desprende por tanto de la literalidad de la vigente LTRA? :

1.º) Que la maternidad vendrá determinada por el parto, correspondiendo por tanto a la mujer gestante.

2.º) Que la mujer que comparte la vida con la madre gestante no es considerada madre por naturaleza (no matrimonial) del nacido, puesto que la posibilidad de consentir la atribución en su favor de la filiación del hijo de su pareja sólo está prevista (art. 7.3 LTRA) en los casos de matrimonio con la mujer gestante.

3.º) Que para poder atribuir la segunda maternidad a la pareja de hecho de la madre, deberá recurrirse al procedimiento de adopción, posible conforme al art. 178.2.2.º tras la redacción conferida al mismo por la Ley 13/2005 de 1 de julio. Así pues, la mujer que comparte la vida con la usuaria podrá adoptar al hijo de la misma, siendo necesario no obstante para la validez de tal adopción:

a) Que la cónyuge que adopta al hijo de la usuaria, sea mayor de veinticinco años (art. 175 CC). Exigencia que sin embargo se excepciona en el Derecho Catalán (art. 235.30 1b CC tras la reforma del Libro II), que no requiere tal edad cuando quien adopta es el cónyuge o pareja de hecho del progenitor del adoptado.

b) Que es necesaria la propuesta previa de la entidad pública, puesto que sólo se excluye tal requisito en el art. 176.2.2.º, cuando el adoptando sea hijo del consorte del adoptante, pero no en los casos de pareja de hecho.

2.4 Pareja de hecho entre dos hombres

Sirven aquí las manifestaciones realizadas en relación con la filiación de los hijos de matrimonios entre dos hombres. Si discutible resultaba para tales supuestos la atribución de la doble paternidad por naturaleza, mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, mediante el recurso a la «gestación por sustitución», más alejado queda en los momentos actuales la atribución de la misma en las parejas de hecho entre dos hombres.

V. FILIACIÓN POR ADOPCIÓN. LA ADOPCIÓN CONJUNTA Y SUCESIVA

1. ADOPCIÓN POR MATRIMONIOS DEL MISMO SEXO ⁵¹

1.1 Adopción conjunta simultánea

El art. 175.4 CC permite la adopción conjunta por ambos cónyuges. Una vez admitido el matrimonio de personas del mismo sexo tras la reforma operada en el CC por la Ley 13/2005, de 1 de julio, conforme a la legislación española, dos personas casadas, sean hombres o mujeres pueden adoptar a un menor conforme a las reglas generales que rigen la institución ⁵².

1.2 Adopción sucesiva o por un cónyuge del hijo del otro

Igualmente de conformidad con el art. 175.4 CC es posible la adopción sucesiva por ambos cónyuges, así como que, celebrado el matrimonio con posterioridad a la adopción uno de los cónyuges adopte a los hijos de su consorte.

Ello nos sitúa ante múltiples posibilidades. Por un lado, que adoptado un menor individualmente por una persona casada con otra del mismo sexo, pueda posteriormente esta última adoptar al menor. Por otro, que tras el matrimonio, puedan ser adoptados por el nuevo cónyuge los hijos, ya sean adoptivos, ya sean por naturaleza, del otro cónyuge, siempre que la filiación no estuviera determinada respecto al otro progenitor, que éste hubiera fallecido, estuviera privado de la potestad o incursos en causa de privación o haya

⁵¹ Conviene tener presente la distinción que hiciera M. P. GARCÍA RUBIO y recoge igualmente J. SOLÉ RESINA, entre «adopción por parejas homosexuales» y «adopción en parejas homosexuales», para referirse, en el primer caso, según se indica, a las adopciones realizadas conjuntamente por ambos cónyuges, ya sean simultáneamente o sucesivamente y en el segundo, a la realizada por uno de los cónyuges, de los hijos naturales del otro, como adopción individual. Aunque como se afirma por Solé, en el caso de la adopción sucesiva, realmente existen dos adopciones (GARCÍA RUBIO M. P., «La adopción por y en parejas homosexuales» en Libro Homenaje al Pr. Lluís Puig Ferriol. Barcelona. 2004.; SOLÉ RESINA J., «Adopción y parejas homosexuales» en «Matrimonios homosexuales y Adopción: perspectiva nacional e internacional» (dir. NAVAS NAVARRO S.) Reus 2006.

⁵² Cuestión distinta, aunque no por ello menos importante y problemática se plantea en relación con las Adopciones Internacionales en aquellos supuestos en los que la legislación aplicable prohíbe expresamente la Adopción por matrimonios del mismo sexo o incluso la adopción, aun individual, por personas homosexuales. Esta circunstancia obviamente restringe sobremanera las posibilidades de adopción en muchos casos. *Vid.* al respecto nota 38.

dado su asentimiento⁵³. Se incluirían aquí los supuestos en los que, celebrado matrimonio entre dos mujeres, una de ellas hubiese recurrido al uso de las técnicas de reproducción asistida para ser madre, estando soltera (art. 6.1 pfo 2.º LTRA) y posteriormente contrajera matrimonio con otra mujer⁵⁴. Igualmente en aquellos casos en los que, aun estando casada con la mujer, usuaria de las TRA, no hubiese prestado su consentimiento antes del nacimiento del hijo, conforme establece el art. 7.3 LTRA, para que se determinase a su favor la filiación (por naturaleza), respecto del nacido.

Por otro lado, en los supuestos de adopción sucesiva a la que acabamos de referirnos, no será necesaria la propuesta previa de la entidad pública (art. 176.2 CC). Se requiere sin embargo (puesto que el CC no marca excepción alguna al respecto), que el cónyuge que adopta al hijo de su consorte sea mayor de veinticinco años⁵⁵, y no se produce la extinción de vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior (la del otro cónyuge) (art. 178.2.1.º CC).

2. ADOPCIÓN POR PAREJAS DE HECHO DEL MISMO SEXO

Conforme hemos analizado en el primer apartado de nuestro trabajo, es en estos supuestos de adopción dónde existe nuevamente una mayor descoordinación legislativa, no sólo a nivel estatal sino también autonómico. En este punto la dificultad se encuentra, no sólo en la existencia de diversas normas que afectan a la adopción, sino en la existencia de una pluralidad de normativa autonómica que al hilo de la regulación de las parejas de hecho ha afectado directamente a ella, estableciéndose un marco normativo cuanto menos

⁵³ Criterio que se desprende de lo dispuesto con carácter general en relación con el proceso de adopción en el art. 177 CC. En el art. 235-32 del CC de Cataluña, conforme a la redacción del precepto tras la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro II, relativo a la persona y la familia se especifica claramente en qué supuestos cabe la adopción de los hijos del cónyuge o la persona con quien el adoptante convive en pareja estable: «1. Pueden ser adoptados los menores de edad desamparados que estén en situación de acogimiento preadoptivo. También pueden ser adoptados los siguientes menores: a) Los hijos del cónyuge o de la persona con quien el adoptante convive en pareja estable. En estos casos, la adopción requiere que la filiación no esté legalmente determinada respecto del otro progenitor, o que este haya muerto, esté privado de la potestad, esté sometido a una causa de privación de la potestad o haya dado su asentimiento».

El art. 175.4 del CC, cuando permite la adopción del hijo del cónyuge, no especifica sin embargo qué circunstancias han de producirse respecto del menor, como hace el CC Catalán para que la adopción pueda llevarse a cabo, aunque, obviamente hemos de partir de la imposibilidad de que existan dos filiaciones contradictorias.

⁵⁴ A tal supuesto se refirió expresamente el Auto del JPI de Madrid n.º 23, de 18 de julio de 2006 (La Ley 1552/2006) en relación con la adopción de dos menores, por la cónyuge de la madre biológica de los mismos. Los hijos, en tal caso, habían nacido con anterioridad a la celebración del matrimonio de la pareja.

⁵⁵ Frente a lo indicado, el art. 235-30. 1b) del CC Catalán, no requiere en los supuestos de adopción del hijo del cónyuge o de la pareja estable, que el adoptante sea mayor de veinticinco años.

bastante diferente en algunos casos, dependiendo de las CCAA y la normativa aplicable a la misma.

¿Pueden adoptar simultáneamente o sucesivamente los miembros de una pareja de hecho del mismo sexo? De lo visto hasta ahora, y pensando que el legislador ha pretendido una equiparación de supuestos en estos casos, podríamos pensar que la respuesta habría de ser idéntica a la dada respecto de los casos de matrimonio. No es así sin embargo, como podemos deducir del análisis realizado en el primer apartado de nuestro trabajo y sobre el que ahora concluimos.

2.1 Adopción conjunta

Atendiendo a la normativa vigente existente, el panorama difiere según resulte aplicable al supuesto el Derecho Estatal o el de determinadas Comunidades Autónomas, como hemos visto en el primer apartado de nuestro trabajo ⁵⁶.

Conforme a la legislación Estatal podríamos concluir que no es posible la adopción conjunta por parejas de hecho del mismo sexo, teniendo en cuenta básicamente que en ningún momento ha sido modificada ni derogada expresa o tácitamente la disposición adicional.3.^a de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, en materia de Adopción y otras formas de protección de menores. Tal disposición, cuya modificación proponía el Consejo de Estado en su informe sobre la Ley 13/2005, de 1 de julio, en materia de derecho a contraer matrimonio, asimilaba a los matrimonios, a efectos de permitir la adopción simultánea, a las parejas de hecho heterosexuales. Con independencia de que lo coherente en estos momentos sea la equiparación, lo cierto es que legalmente no se ha producido.

Frente a ello, como igualmente hemos señalado anteriormente, existe una posición diferente en el ámbito de determinadas Comunidades Autónomas, como Navarra, País Vasco, Cantabria, Galicia o Cataluña, donde expresamente se regula tal derecho en relación con las parejas de hecho del mismo sexo ⁵⁷.

2.2 Adopción sucesiva o por uno de los miembros de la pareja de hecho, del hijo del otro ⁵⁸

Ninguna duda ofrece desde un punto de vista de la normativa estatal, la posibilidad de adopción sucesiva por los miembros de

⁵⁶ Vid. pp. 5 a 9 y notas citadas.

⁵⁷ Vid. apartado I, pp. 5 a 9.

⁵⁸ Recientemente la Corte de Casación francesa, en Sentencia de 8 de julio de 2010 (arrêt n.º 791 du 8 juillet 2010 (08.21.740) ha aceptado el *exequatur* de la Sentencia de la Corte Superior del Condado de Debalk (Estado de Georgia) de 1999, reconociendo por primera vez la adopción por parte de una ciudadana francesa, del hijo de su pareja femenina, de nacionalidad estadounidense, nacido recurriendo para su fecundación a las técnicas de reproducción asistida.

una pareja de hecho homosexual. La modificación introducida en el art. 178.2.2.º, indirectamente permite tal posibilidad. Ciertamente es que el precepto no se refiere específicamente a la capacidad para adoptar sino a los supuestos de extinción o no de vínculos jurídicos en los casos de adopción respecto de la familia anterior. Y precisamente entre aquellos en los que no se produce la extinción de vínculos se encuentra, junto con el de la adopción del hijo del cónyuge del adoptante (ap. 1.º), el supuesto en el que sólo haya sido determinado uno de los progenitores, siempre que tal efecto hubiera sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años, y el progenitor cuyo vínculo haya de persistir (ap. 2.ª), suprimiéndose con la Ley 13/2005 la exigencia de que el adoptante sea de sexo diferente al otro progenitor. Obviamente el supuesto resultará aplicable a aquellos casos de adopción por un miembro de la pareja de hecho, del hijo del otro, sin que ambos hayan de estar casados, habida cuenta de que esta última opción ya se recoge expresamente en el apartado anterior.

¿Cabe sólo tal posibilidad en los casos en los que el hijo adoptado lo sea por naturaleza del otro miembro de la pareja? Aunque del art. 175.4 pudiera desprenderse tal solución, al establecer que «nadie puede ser adoptado por más de una persona salvo que la adopción se realice por ambos cónyuges», parece que sería un contrasentido entender que sólo en los casos de que la primera paternidad fuese por naturaleza y no por adopción, cabría admitir la segunda paternidad por adopción. En cualquier caso, si se atiende a la literalidad de la Ley, esa sería la conclusión a la que habría que llegar. Carente igual lógica que en los supuestos de adopción conjunta.

Igualmente atendiendo a la estricta aplicación de la legalidad vigente, en tal tipo de adopciones, el adoptante debe ser mayor de veinticinco años (art. 175.1 CC) y requiere, para iniciar el expediente, la propuesta previa de la entidad pública a favor del adoptante, al no quedar incluido el supuesto que analizamos dentro de los que no requieren tal propuesta (art. 176.2 pfo. 2.º CC). Ha de decirse no obstante que, con carácter general y para los supuestos de parejas de hecho heterosexuales, la jurisprudencia menor ha venido admitiendo que la referencia al «hijo del consorte» del art. 176.2.2.º, debe ser extendida al hijo del conviviente de hecho⁵⁹.

⁵⁹ Autos de la AP Castellón 29 de julio de 1997 (Ar.civ. 1997/1428) y 18 de julio de 2007 (Ar.civ. 2007/317017); AP Sevilla 20 de marzo de 2007 (Ar.civ.2007/272771); AP Ciudad Real 6 de febrero de 2007 (Ar.civ.2007/1520); AP Madrid 12 de mayo de 2006 (Ar.civ.2006/192527) Decisiones que son objeto de análisis por GARCÍA PASTOR, M., Comentario al art. 176 CC en *Jurisprudencia Civil Comentada*, Código Civil, Tomo I, Artículos 1 a 608 (Dir. Miguel Pasquau Liaño) Comares 2009. p. 707.

Parece evidente que si esta es la postura generalmente admitida en relación con las parejas de hecho heterosexuales, resultaría absolutamente discriminatorio no aplicar el

Nuevamente en este punto existe un tratamiento diferente entre la legislación estatal y la de las Comunidades Autónomas.

En la Ley foral Navarra, 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, se permite, como vimos, la adopción conjunta por los miembros de una pareja estable (art. 8), con independencia de su orientación sexual (art. 1), pero nada se dice respecto de la adopción sucesiva, que, en este punto habrá de someterse a lo dispuesto en el régimen general establecido en el CC al que acabamos de aludir⁶⁰. Los tribunales, no obstante, aun conscientes de tal ausencia de regulación, habían venido admitiendo la adopción por un miembro de la pareja de hecho, de los hijos biológicos del otro. Tal es la posición que se mantuvo en el Auto del JPI. n.º 3 de Pamplona, de 22 de enero de 2004.

Conforme al citado Auto, no sólo no impidió el pronunciamiento favorable a la adopción la pendencia de un recurso de inconstitucionalidad presentado contra la citada Ley Foral, sino que además admitió tal adopción pese a la ausencia de regulación específica para los supuestos de adopción sucesiva en la citada Ley⁶¹. Igualmente, siguiendo la postura mantenida en resoluciones anteriores, entendió, con la demandante, que no resultaba exigible en tal caso la propuesta previa de la Entidad Pública, por aplicación de lo dis-

mismo criterio cuando las parejas de hecho estén formadas por personas del mismo sexo, por lo que tampoco en tales casos debería exigirse para la adopción la propuesta previa de la entidad pública.

⁶⁰ En su momento, al comentar precisamente la citada Ley, NANCLARES VALLE puso de manifiesto la complejidad que suponía la Ley, en tal momento, cuando lo que la misma permitía era la adopción conjunta pero no la sucesiva, puesto que el citado art. 8 permitía la adopción conjunta pero no mencionaba la posibilidad de que el conviviente homosexual adoptase al hijo de su pareja, por lo que para resolver el problema había que acudir a la solución prevista en el CC que, en tal momento excluía tal posibilidad al exigir en el art. 178.2, que quien adopta fuese de distinto sexo al del progenitor ya conocido. («La Adopción por parejas homosexuales en Derecho Navarro. Comentario crítico al art. 8 de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio») Aranzadi Civil n.º 8 /2001. «BIB».2001/728.

⁶¹ Interpretación que según M. P. GARCÍA RUBIO era la más cabal, señalando al respecto que: «... la disposición adicional tercera de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que modificó el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción equiparó “al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal” con las personas unidas en matrimonio, pero sólo a efectos de “capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente (el énfasis es añadido) a un menor”. Una interpretación formalista de este precepto impediría a uno de los miembros de la pareja heterosexual la adopción del hijo de su compañero/a lo que, además de contravenir el prioritario interés del adoptando, carecería de toda lógica; no es de extrañar pues que el criterio de las Audiencias lleve a considerar que la adopción del hijo del conviviente es perfectamente posible y amparada por el Derecho. Si ello es así para las parejas heterosexuales, debe serlo también para las homosexuales que tengan reconocido su derecho a adoptar, so pena de incurrir en violación del principio de igualdad de trato y paridad de ordenamientos. En esta misma línea es del todo punto correcta la consideración de que en el caso tampoco era exigible la propuesta previa de la entidad pública, por la equiparación entre pareja y consorte a los efectos del art. 176.2.2.ª del Código Civil...» («La adopción por y en parejas homosexuales» en Libro Homenaje al Pr. Lluís Puig Ferriol. Barcelona. 2004).

puesto en el art. 176.2.2.º del CC, pese a referirse éste específicamente a los supuestos de adopción del «hijo del consorte del adoptante», por entender en sentido amplio la referencia «al consorte», comprensiva de los supuestos de existencia de una relación de pareja de hecho⁶².

⁶² Apunta el citado Auto, en cuanto se refiere a la constitucionalidad de la Ley Foral, derivada de la interposición del recurso promovido por 83 parlamentarios del Grupo Parlamentario Popular que: «...La interposición de tal recurso, sin embargo...no tiene ninguna incidencia en la vigencia de la Ley, si se tiene en cuenta que el art. 30 LOTC, únicamente prevé efectos suspensivos en el supuesto de que el Gobierno se ampare en lo dispuesto por el art. 161.2 de la Constitución para impugnar, por medio de su Presidente, Leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de Ley de las Comunidades Autónomas, como así ha acontecido respecto a la citada Ley vasca... Por tanto, la citada normativa foral resulta de plena aplicación por cuanto que, formalmente, las cuestiones que sobre su posible inconstitucionalidad se han planteado, en nada afectan a su vigencia...»

En lo que se refiere a la aplicación del art. 8 de la Ley Foral a las adopciones conjuntas y no sucesivas como la planteada se señala que:

« Con tal exclusión general en la Ley, pudiera entenderse que se está impidiendo a la compañera de la madre biológica de las menores adoptar a éstas. Al respecto puede exponerse que a tenor de tal precepto y de lo a su vez establecido en la disposición adicional tercera de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se reconoció la posibilidad de adopción conjunta a parejas no casadas en el derecho común y en el art. 178.2, 1 y 2 del CC, resulta cerrada la posibilidad de adopción sucesiva por el compañero del padre o por la compañera de la madre de los hijos de aquél o de ésta con la consiguiente extinción de la filiación del otro padre o madre, habida cuenta que tales preceptos sólo admiten al cónyuge del padre o madre (biológico o adoptivo) del adoptante o al conviviente u otra persona de sexo diferente al progenitor (cuando al respecto, puede exponerse que a tenor de tal precepto y de lo a su vez establecido en la disposición adicional tercera de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se reconoció la posibilidad de adopción conjunta a parejas no casadas en el derecho común y en el art. 178.2, 1 y 2 del CC, resulta cerrada la posibilidad de adopción sucesiva por el compañero del padre o por la compañera de la madre de los hijos de aquél o de ésta con la consiguiente extinción de la filiación del otro padre o madre, habida cuenta que tales preceptos sólo admiten al cónyuge del padre o madre (biológico o adoptivo) del adoptante o al conviviente u otra persona de sexo diferente al progenitor (cuando se hubiera determinado la filiación sólo con éste), la adopción, y en ambos casos, sin extinguirse los vínculos con la familia anterior.

Ahora bien, ello no puede tener los mismos efectos en todos los casos, al no corresponderse tampoco la finalidad de tal impedimento legislativo con supuestos en que la adopción por el compañero o compañera deviene de una previa situación de paternidad o maternidad individual del otro amparada tanto por el Código Civil, en lo que a la filiación adoptiva se refiere, como por la Ley de Reproducción Asistida de 1988 en lo referente a la biológica. En efecto, si el legislador navarro está permitiendo la adopción conjunta por parejas homosexuales, difícilmente se puede encontrar sentido a una exclusión de la adopción por el compañero/a del padre o madre adoptivo, del hijo/a/s de éste, o por la compañera de la madre biológica, del hijo/a/s de ésta, en tales supuestos de maternidad o paternidad previa individual cuando para acceder a ésta la propia legislación común lo permite con independencia de la identidad sexual o convivencia con pareja del mismo sexo.

En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que versando el contenido de la citada disposición adicional tercera de la Ley 21/1987 de 11 de noviembre, acerca de idéntica posibilidad de adopción conjunta cuando reconoció tal derecho a parejas no casadas, la doctrina de la Audiencia ha realizado una interpretación favorable a la asimilación plena entre parejas matrimoniales y parejas de hecho, bien por entender que tal es el espíritu de la Ley [así SAP Valladolid de 12 de junio de 2000 (La Ley 1278/2001)], bien bajo el argumento exclusivo del beneficio del adoptando [SAP Barcelona de 30 de diciembre de 2002 (La Ley 1389168/2002)]... y en tal sentido, y como dice esta última resolución, se estima que lo que debe ponderarse es si en el caso concreto el interés del adoptando justifica la “entrada en familia” por medio de un mecanismo distinto al de la filiación por naturaleza, cuestión que se va a tratar posteriormente, al analizar el superior interés del adoptando en

El art. 8 de la Ley del País Vasco, 2/2003 de 7 de mayo, no sólo permite la adopción conjunta, sino también la adopción sucesiva por parte de uno de los miembros de la pareja respecto de los hijos adoptivos o biológicos de la otra⁶³.

En el art. 11 de la Ley de Cantabria 1/2005, de 16 de mayo, de Parejas de Hecho, se permitió la adopción por las parejas de hecho con plena igualdad en derechos y obligaciones que las unidas por matrimonio, sin diferenciar por tanto entre los supuestos de adopción conjunta o sucesiva, sometiéndose por tanto su aplicación en este momento a las mismas reglas que hemos establecido conforme a la normativa estatal.

En el art. 30, en relación con la disposición adicional.3.^a de la Ley 2/2006, de 14 junio de Derecho Civil de Galicia, se permite la adopción conjunta por las parejas de hecho del mismo sexo, pero parece no admitirse la adopción sucesiva o la individual de uno de los miembros de la misma respecto de los hijos del otro, al seguirse haciendo referencia en su art. 39 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.

Por último, en el CC Catalán, tras la reforma operada por Ley 25/2010, de 29 de julio, se permite en el art. 235-32 la adopción de los hijos de la persona con quien el adoptante convive en pareja estable.

La variedad legislativa existente, junto con la falta de criterios claros desde el punto de vista de la legislación estatal, ponen de manifiesto si cabe aún más, la complejidad que el asunto plantea en los momentos actuales, donde además de deberse coordinar la diversidad normativa estatal a la que hicimos referencia inicialmente, ha de establecerse una coordinación lógica con la normativa autonómica que sobremanera ha proliferado en los últimos años en cuanto a la regulación de las parejas de hecho.

relación igualmente con el resto de las cuestiones planteadas acerca de la constitucionalidad de la norma foral...».

Por lo que se refiere a la necesidad o no de la propuesta previa de la Entidad Pública competente, se mantiene que: «conforme a lo dispuesto en el art. 176.2.2.º, en el sentido en el que, asimismo, ha venido siendo interpretado por la doctrina de los Tribunales de forma reiterada en adopciones de parejas de hecho, tanto en el sentido anteriormente expuesto, como, incluso, mediante la mera interpretación en sentido amplio del término consorte empleado por dicho precepto (por todas SAP de Sevilla en rollo de apelación núm. 784/1991 o SAP Castellón en rollo de apelación núm. 3/1996)...». (Auto del JPI n.º 3 de Pamplona, de 22 enero 2004. La Ley 494/2004)

⁶³ Así lo corrobora el Auto del JPI n.º 2 de Gernika-Lumo, de 21 de mayo de 2005 que, con apoyo en el citado precepto, acordó la adopción de los hijos adoptivos de la pareja de hecho homosexual de la adoptante (La Ley 2035750/2005).

IV. BIBLIOGRAFÍA

- DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: «Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)» *Diario La Ley* n.º 7501, Sección Tribuna, 3 Nov. 2010. *La Ley* 13471/2001.
- CABEDO MALLOL, V.: Marco Constitucional de la protección de menores. *La Ley* 2008, pp.146 ss.).
- CARRASCO PERERA, A.: «Reproducción Asistida». *BIB* 2005/1142. Actualidad Jurídica Aranzadi n.º 674/2005 (Tribuna).
- DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A.: Sistema de Derecho Civil IV, Derecho de Familia y Sucesiones.
- FARNÓS AMORÓS, E. y GARRIGA GORINA, M.: [«¿Madres? Pueden ser más de una» *InDret, Revista para el análisis del Derecho* (www.indret.com) 2005].
- GARCÍA PASTOR, M.: Comentario al art. 176 CC en Jurisprudencia Civil Comentada, Código Civil. Tomo I artículos 1 a 608 (Dir. Miguel Pasquau Liaño) Comares 2009.
- GARCÍA RUBIO, M. P.: «La adopción por y en parejas homosexuales» en Libro Homenaje al Pr. Lluís Puig Ferriol. Barcelona. 2004.
- GÓMEZ DE LA TORRE, M.C.: «La filiación de los hijos nacidos de técnicas de reproducción asistida» AC.1993-2. Ref. xvi y xvii pp. 289 ss.
- LACRUZ BERDEJO, J. L.: «Elementos de Derecho Civil IV». 3.ª ed. 2008.
- NANCLARES VALLE, J.: «La adopción por parejas homosexuales» en Derecho Navarro. Comentario crítico al artículo 8 de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, *BIB* 2001/728. Aranzadi Civil 8/2001.
- «Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza», *BIB* 2008/575, Aranzadi civil n.º 7/2008.
- QUIÑONES ESCÁMEZ, A.: «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009, *InDret* 2009, www.indret.com
- RIVERO HERNÁNDEZ, F.: («La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de la fecundación artificial». *La Filiación a finales del siglo xx. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*. Trivium 1988).
- SOLÉ RESINA, J.: «Adopción y parejas homosexuales» en la obra dirigida por S. NAVAS NAVARRO «Matrimonio homosexual y adopción: Perspectiva nacional e internacional». Reus 2006. pp. 209 ss.
- SVITNEV K. N.: (Rosjurisconsulting Reproductive Law et Ethics Researchs Center. Moscow, Russian Federation «Surrogacy and its legal regulation in Russia». (5.ª Congreso mundial de la Asociación de Medicina Reproductiva 10-13 de octubre de 2010, Moscú) (www.rbmonline.com) (<http://www.jurconsult.ru/es/news/>)
- TOMÁS MARTÍNEZ, G.: «El consentimiento en relación con la doble filiación materna matrimonial y la práctica del Registro» (Actualidad Civil n.º 7, quincena del 1 al 15 de abril 2010, p. 748 ss. *La Ley* 1796/2010).
- VALLES AMORES, M. L.: «Modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio: Incongruencias en sede de adopción». *Revista de Derecho de Familia* n.º 28-jul/sept. 2005.