

**EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. CONSECUENCIAS  
LEGALES, JURISPRUDENCIALES Y SOCIALES EN EL AMBITO DE LAS RELACIONES  
FAMILIARES.**

PILAR BENAVENTE MOREDA. Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad Autónoma de Madrid(España)(pilar.benavente@uam.es)

**Comisión nº 5: Familias, infancias y adolescencias: La respuesta del campo jurídico.**

**I. DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO. ANTECEDENTES INTERNACIONALES.  
SU UBICACIÓN CONSTITUCIONAL EN ESPAÑA. ¿QUÉ IMPLICA LA  
CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO?**

Después de la Segunda Guerra Mundial, en el marco de la O.N.U. y de otros foros internacionales, se produjeron importantes Declaraciones y Convenios internacionales formulando principios éticos, sociales y jurídicos que deberían regir la vida y organización de la Humanidad en todas las facetas y aspectos más necesarios para una justa convivencia de los individuos y las naciones. Esos aspectos comprenden lo individual, lo familiar y lo social o colectivo y por ello aparecen referencias importantes a la vida del individuo en la familia, a la estructura familiar y a las relaciones y efectos surgidos de la pertenencia a una familia.

Esta panorámica de declaraciones y pactos internacionales referentes a la familia ha sido tenida en cuenta en diversas Constituciones políticas posteriores a la expresada contienda bélica, viéndose en ellas su reflejo.

Es conveniente una referencia inicial a los aludidos documentos, cuya influencia en la Constitución Española es clara en el artículo 32 (derecho a contraer matrimonio), como también en el 39 (protección social de la familia), tan relacionado con aquél. Así, en *la Carta de San Francisco, constitutiva de la Organización de las Naciones Unidas de 26 de junio de 1945*, se consigna entre sus principios y propósitos el «estímulo de respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos sin hacer discriminación por motivos de raza, sexo, idioma o religión» (art. 1.3; v. también art. 8).

*La Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la O.N.U. el 10 de diciembre de 1948*, proclama que «los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por razón de raza, nacionalidad o religión, a casarse y a fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio» (art. 16.1). Igualmente *El Convenio de Roma para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950* declara el “ius connubii” y establece que el goce de los derechos reconocidos en el Convenio «ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razón de sexo, raza, color...» (arts. 12 y 14. 2).

*El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado en Nueva York el 19 de noviembre de 1966*, además de reconocer el “ius connubii”, dispone que «los Estados parte en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo...» (Art. 23.1 y 2).

*El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Nueva York, también de 19 de noviembre de 1966*, establece que «los Estados parte en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales

y culturales enunciados en el presente Pacto (art. 3), sin que puedan hacerse discriminaciones por razón de raza, color, sexo, etc.» (Art. 2.2) 3.

Entre las Constituciones políticas posbélicas aludidas conviene recordar, por su posible influencia en el ordenamiento español actual a la Constitución de la República italiana de 27 de diciembre de 1947<sup>1</sup>, la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 8 de mayo de 1949<sup>2</sup> o la vigente Constitución de la República portuguesa.

Ya dentro de la Constitución Española de 6 diciembre 1978, se regula específicamente en el art.32 el derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica al señalar : “1. *El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.*2. *La Ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.*”

El citado precepto ha de analizarse de manera complementaria junto con el art. 39 del propio texto constitucional, que dentro del Título I (*Los derechos y deberes fundamentales*), Capt.III (*Principios rectores de la política social y económica*) expresamente constitucionaliza la protección de la familia

El derecho a contraer matrimonio recogido en el art. 32 CE no es uno de los derechos susceptible del recuso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art.53.2. y 161.1.b CE) sólo susceptible de invocación ante la violación de los derechos fundamentales de la sección primera del texto Constitucional. Sin embargo, al elevarse a la categoría de Derecho fundamental, objeto de cobertura constitucional adquiere una trascendencia que excede del marco en que tradicionalmente había sido tratado.

El panorama legal y jurisprudencia existente desde la vigencia del texto constitucional hasta la reforma operada en el CC en 2005, en materia de derecho a contraer matrimonio podría resumirse de la forma siguiente:

- Deja de ser objeto de estudio y regulación exclusivamente por la legislación de Derecho canónico para ser objeto de regulación civil. Su desarrollo legal se produce a través de la Ley de 7 de julio de 1981.

<sup>1</sup> La misma «reconoce los derechos de la familia como sociedad natural fundada sobre el matrimonio. El matrimonio se ordena en base a la igualdad moral y jurídica de los cónyuges, con los límites establecidos por la ley en garantía de la unidad familiar» (art. 29). El principio constitucional de igualdad de los cónyuges se aplicó con la reforma del Código Civil de 1942 por Ley de 19 de mayo de 1975, sustituyendo el sistema de jefatura marital por el de igualdad conyugal (arts. 143 y concordantes C.c. it.).

<sup>2</sup> Conforme a la misma se dispone: «Todos los hombres son iguales ante la Ley. El hombre y la mujer gozan de los mismos derechos. Nadie podrá ser perjudicado ni favorecido a causa de su sexo, su ascendencia, su raza, su idioma, su patria y origen, su credo y sus opiniones religiosas o políticas» (art. 3). También declara dicha Constitución que «el matrimonio y la familia están bajo la protección especial del orden estatal» (art. 6.1). En aplicación de estos principios, la Ley de 18 de junio de 1957 modificó el Código Civil, al suprimir la jefatura marital, que sustituyó por un sistema de codirección de los cónyuges.

- Tradicionalmente, antes de la CE y la ley de 1981 el matrimonio civil aparecía como subsidiario para quien no profesase la religión católica.
- Tras la reforma de 1981, como consecuencia de su regulación constitucional, el matrimonio es uno (el regulado civilmente en el Código Civil -arts.44 ss.-) con diferentes formas (civil o religiosa- arts.49 ss. Código Civil)
- Se considera como una unión entre personas de diferente sexo. En este sentido conviene recordar que el TEDH consideró en SS 17 octubre 1986, *affaire Rees*, y 27 septiembre 1990, *affaire Cossey* que el derecho fundamental a contraer matrimonio se refería a personas de distinto sexo.
- Existe, fruto de la diversidad normativa emanada de las Comunidades Autónomas, un reconocimiento legal, no a nivel estatal sino de las propias CCAA(al amparo, más que discutible del art.149.1.8 CE) de las Uniones de hecho entre personas de diferente sexo e incluso del mismo sexo.
- Ausencia de reconocimiento del matrimonio de los transexuales por parte del TS, que si bien vino a reconocer la rectificación del sexo que figuraba en la inscripción del nacimiento del transexual (STS 6 septiembre 2002), ello no supuso que tal modificación registral determinase una equiparación absoluta del sexo cromosómico con el sexo morfológico y por tanto de la plena equiparación a los efectos de contraer matrimonio (la RDGRN de 31 enero 2001 autorizó sin embargo el matrimonio de un transexual sobre la base de que la sentencia que permitía el cambio de sexo no limitaba el derecho a contraer matrimonio)

## **II. DESARROLLO LEGAL. LA LEY 13/2005 DE 1 DE JULIO MODIFICATIVA DEL CC EN MATERIA DE DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO. ¿QUIÉNES PUEDEN CONTRAER MATRIMONIO ENTRE SÍ? INCIDENCIA EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES FAMILIARES.**

### **1. Capacidad para contraer matrimonio con independencia de la orientación sexual y entre personas del mismo o diferente sexo (art.44.2 CC).**

Con los antecedentes anteriormente expuestos, el sistema matrimonial español, al igual que el del resto de los países de nuestro entorno, partía de la base, no discutida, de la consideración del matrimonio como un derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio entre sí. Tanto los orígenes históricos del mismo, como su regulación legal, partiendo del propio texto constitucional (el citado art.32 CE), así como de la regulación que el legislador estatal le otorgó (art.44 ss. CC), no ponían en tela de juicio que el matrimonio tan sólo había de considerarse como tal cuando de una relación heterosexual se tratase.

No obstante lo indicado, el legislador español, mediante la Ley 13/2005 de 1 de julio (BOE nº 157 de 2 julio- RCL 2005, 1407- ) siguiendo los pasos de otros países europeos, y al que han seguido sus

pasos igualmente otros países no sólo de Europa sino del resto del mundo <sup>3</sup>, ha alterado radicalmente la concepción tradicional del matrimonio al establecer la igualdad de las personas heterosexuales u homosexuales para contraer matrimonio con personas de su mismo sexo<sup>4</sup>.

Esta igualdad implica en cualquier caso, que cualquier persona, sea heterosexual u homosexual, podrá contraer matrimonio con alguien de su mismo sexo. Responde, según su Exposición de motivos, 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 ley (<sup>5</sup>).

<sup>3</sup> Así está reconocido en Países Bajos (desde 2001), Bélgica (desde 2003), Canadá (desde 2005), Sudáfrica (desde 2006), Noruega (desde 2009), Suecia (desde 2009), Portugal (desde 2010), Islandia (desde 2010), Argentina (desde 2010). Además el matrimonio es legal en diferentes Estados de EEUU, como Massachusetts (desde 2004), Connecticut (desde 2008), Iowa (desde 2009), Vermont (desde 2009), Nuevo Hampshire (desde 2010), Distrito de Columbia (desde 2009) y Nueva York (desde julio de 2011), reconociéndose igualmente en determinados Estados valor legal a las uniones de hecho del mismo sexo. Igualmente es legal en México D.F desde 2010.

Ha de señalarse sin embargo, no pudiendo ser exhaustivos en nuestra exposición en este punto, que el alcance de todas las legislaciones en que se permite el matrimonio entre personas del mismo sexo no es ni mucho menos el mismo. Constituyendo uno de los elementos más polémicos y diferenciadores entre unas y otras, la posibilidad o no de que los matrimonios así celebrados puedan o no adoptar conjuntamente a un menor o individualmente a los hijos de su cónyuge.

<sup>4</sup> La Ley 13/2005 aludida fue y sigue siendo objeto de debate no sólo político sino jurídico y social estando aun pendiente la resolución del recurso de inconstitucionalidad presentado por el Partido Popular, interpuesto ante el Tribunal Constitucional en 28 septiembre de 2005. Recurso aún sin resolver presentado contra la totalidad de la Ley por vulneración, entre otros preceptos, del propio art.32 CE. Igualmente ha de destacarse que durante los últimos años se han presentado diversas cuestiones de inconstitucionalidad contra la citada Ley de 2005 por el diversos Jueces encargados del Registro Civil, resueltos todos ellos negativamente (Autos TC 15/2/2006 RTC\2006\59 y 16/1/2008 RTC\2008\12) por falta de legitimación ex arts.163 CE y 35 LOTC en atención al carácter jurisdiccional del expediente.

<sup>5</sup> ) Así pues, en su propia Exposición de motivos se parte como medida de justificación de la reforma, del propio art.32 CE, de la necesidad de no ignorar la evidencia del reconocimiento y realidad social de las convivencias de las parejas de hecho del mismo sexo.

Se invoca igualmente, como apoyo a la viabilidad de la Ley, la Resolución del Parlamento Europeo de 8 de febrero de 1994 en la que se pide a la Comisión Europea que presente una propuesta de recomendación para poner fin a la prohibición de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo y garantizarles los plenos derechos y beneficios del matrimonio.

Se pretende crear un marco para que quienes adoptan una opción sexual y afectiva puedan desarrollar su personalidad y derechos en plano de igualdad, considerando que la Constitución, al encomendar al legislador la regulación del matrimonio no excluye una regulación que delimite las relaciones de pareja de forma diferente a la existente hasta el momento. En cualquier caso, el fundamento constitucional de la Ley se apoya en la promoción de los ciudadanos en el libre derecho al desarrollo de su personalidad (art.9.2 y 10. CE), la preservación de la libertad de los ciudadanos en lo que a las formas de convivencia se refiere (art.1.1 CE) y el principio de igualdad de derechos sin discriminación por razón de sexo, opinión o cualquier otra condición personal o social (art.14 CE) (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 (B.O.E nº 157, 2 julio [RCL 2005, 1407])

En tal contexto, el legislador, al permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, abre para éstos, no sólo la admisión de derechos y prestaciones sociales<sup>6</sup>, 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 C.C.

## **2. Incidencia de la modificación del CC en materia del derecho a contraer matrimonio en las relaciones familiares: filiación por naturaleza, adopción y procreación asistida. ¿Hay desconexión entre los diferentes textos normativos? <sup>(7)</sup>**

1. Según hemos señalado en el apartado anterior, por lo que se refiere a la incidencia de la Ley 13/2005 en materia de ADOPCIÓN <sup>(8)</sup>, el modificado art.175.4 CC 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 por la Ley 13/2005 en el art.178.2 CC, posibilita la adopción, por parte de un miembro de una pareja de hecho, del hijo del otro, progenitor del mismo (adopción

<sup>6</sup> En materia de prestaciones sociales el legislador de 2005 no estableció una previsión igual que la de la Da.10ª de la Ley de 7 de julio 1981, conforme a la cual se establecía un régimen transitorio a favor de quienes *..no hubieran podido contraer matrimonio, por impedírsele la legislación vigente hasta la fecha, pero hubieran vivido como tal, acaecido el fallecimiento de uno de ellos con anterioridad a la vigencia de esta Ley..*” en cuyo caso el cónyuge sobreviviente tendría...” *derecho a los beneficios a que se hace referencia en el apartado primero de esta disposición y a la pensión correspondiente conforme a los que se establece en el apartado siguiente...*”

En función de ello y en cuanto a las prestaciones derivadas de la situación de viudedad, los tribunales han considerado que no procede su reconocimiento a quien convivió como pareja de hecho con persona del mismo sexo, cuyo fallecimiento se produce con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 13/2005, al no existir normas transitorias en la citada Ley y resultando inaplicable la disp. adic. 10ª de la Ley 30/1981, de 7 julio(STS(Sala de lo Social, Sección 1ª) de 29 abril 2009(RJ.2009/4165) ); S.T. Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª)núm. 5710/2010 de 10 septiembre(AS/2010/1919)) o Auto TS(Sala de lo Social, Sección 1ª) de 8 junio 2010(JUR.2010/288318)).

<sup>7</sup> ) 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 (Nº 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 C.C. Además se criticaba 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 venido poniendo de manifiesto posteriormente.

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.

<sup>8</sup> ) 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. P. 209 ss.

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.2º) 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)<sup>9</sup>).

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 D.A 3ª 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, aunque no compartida por la doctrina, que se desprende de los citados textos legales (<sup>10</sup>). Es

<sup>9</sup> ) 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 originaria se debe a la reforma del CC en materia de adopción de 1987, introdujo en su pfo 2º, 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 DIEZ PICAZO, convivencia entre el adoptante y el progenitor, aunque el precepto parece estar dictado para ese caso.(DIEZ PICAZO L y GULLÓN A. Sistema de Derecho Civil IV-Derecho de Familia y Sucesiones. 8ª ed.2001- pg.285). Guardaba por tanto lógica consonancia con lo dispuesto en la D.A. 2ª 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.

<sup>10</sup> ) 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 D.A 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...”( Marco Constitucional de la protección de menores. La Ley 2008, pg.146 ss.) NANCLARES VALLE considera igualmente que hoy debe hacerse una interpretación sistemática de la D.A 3ª de la Ley 21/87, 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 nº7/2008, nota 27).

A una interpretación diferente llegó VALLÉS AMORES ML., 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 casada. (VALLES AMORES ML., Modificación del Código Civil en

decir, parece que conscientemente, el 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<sup>11</sup>.

---

materia de derecho a contraer matrimonio: Incongruencias en sede de adopción”. Revista de Derecho de Familia nº 28-jl/sept. 2005, pp.57 ss.)

<sup>11</sup>) Dentro de los países Europeos la permisividad en materia de adopción 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 diciembre 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 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, en FRANCIA, que reconoce las Uniones Civiles o “Pactos de Solidaridad Civil”(PACS) desde 1999 , pero no se menciona el derecho a la adopción conjunta; ESLOVENIA, donde se legalizaron las uniones civiles 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 Argentina se 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 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 nº 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



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, lo pone de manifiesto una descoordinación clara entre la legislación estatal y la de las Comunidades Autónomas en un tema de tanta trascendencia como el que abordamos<sup>12</sup>.

---

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](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 Generala 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.abc.es/hemeroteca/historico-28-04-2007/abc/Sociedad/china-endurece-los-requisitos-para-la-adopcion-y-da-prioridad-a-los-matrimonios-heterosexuales\\_1632804180522.html](http://www.abc.es/hemeroteca/historico-28-04-2007/abc/Sociedad/china-endurece-los-requisitos-para-la-adopcion-y-da-prioridad-a-los-matrimonios-heterosexuales_1632804180522.html))

<sup>12</sup> Tal es el caso del art. 10 de la Ley 6/ 1999, de 26 de marzo, de Parejas Estables no casadas (BOE 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 6 de septiembre), del art.8 de la Ley 2/2003 de 7 de mayo (BOPV 23 mayo) de Parejas de Hecho del País Vasco, el art. 11 de la Ley 1/2005, de 16 de mayo, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria (BOE 7 de junio) 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).

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 D.A 3ª de la Ley de Adopción de 1987).

Resulta llamativo igualmente como, en algunas Comunidades Autónomas, como es el caso de Galicia (Ley 2/2006 de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia -DOG 29 junio, BOE 11 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 (Así, en su art. 39 que, en relación con la subsistencia de vínculos- maternos o paternos- en caso de adopción individual, 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 D.A.3ª 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 C.C. de Cataluña relativo a la persona y la Familia (BOE de 21 agosto 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.235-30.2ª- . Se permite igualmente en el art.235-32, la adopción de

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, estatales y autonómicos, dibujan un panorama cuanto menos bastante discordante y contradictorio.

2. Por lo que se refiere a la incidencia de la Ley 13/2005 citada, en materia de FILIACIÓN POR NATURALEZA, igualmente en su Exposición de Motivos, y sólo en ella, se hace referencia 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.

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, quedaran 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 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.

Una evidencia de lo indicado se pone de manifiesto en los supuestos en que se vincula el matrimonio con la paternidad/maternidad derivada del uso de técnicas de reproducción asistida a que nos referimos en el apartado siguiente y a la que en ningún momento se refirió la Ley 13/2005 modificativa del derecho a contraer matrimonio, que igualmente afectaba o podía afectar a tales supuestos de determinación de filiación

3.¿Qué se puede añadir en relación con la determinación de la paternidad/maternidad en los supuestos de FILIACIÓN DERIVADA DEL USO DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA una vez que se admite el matrimonio entre personas del mismo sexo?

---

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 25 años (art.235-30 1b))

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, discusión <sup>(13)</sup> y aprobación con posterioridad a la vigencia de la Ley 13/2005 de la que venimos hablando<sup>(14)</sup>, 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 espermia 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 legal <sup>(15)</sup>.

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 su Disposición adicional 1ª, 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*” <sup>(16)</sup>. De esta manera se permite

<sup>13</sup> ) Si bien el Proyecto de Ley 121/000039 de Técnicas de Reproducción Asistida se presenta el 13 de mayo de 2005, cuando aun 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 nº 674/2005(Tribuna).

<sup>14</sup> ) Así lo destaca TOMÁS MARTÍNEZ G, al analizar precisamente 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 nº 7- quincena del 1 al 15 de abril 2010, p.748ss – La Ley 1796/2010)

<sup>15</sup> ) 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 nº7/2008)

<sup>16</sup> ) El Proyecto de Ley reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas (121/000089, de 9 junio 2006 (BOCG-VIII Legislatura-Serie A-nº 891), no contemplaba esta Disposición Adicional, que se introduce fruto de la enmienda nº 41 presentada en el Congreso por el Grupo Parlamentario IU-Iniciativa per Catalunya verdes (los mismos que presentaran 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: (BOCG. Serie A. VIII Legislatura. 10-10.2006. nº 89-7).

considerar como doble maternidad matrimonial la derivada del uso de técnicas de reproducción asistida cuando la madre gestante está casada con otra mujer.

Así pues, cuando el legislador en 2006 acometió la reforma de la LTRA, ya vigente la ley que equiparaba los matrimonios del mismo sexo a los heterosexuales, desatendió aquellas enmiendas en que se instaba la equiparación de los matrimonios entre mujeres frente a los matrimonios heterosexuales (quizá por no abrir más frentes de debate a la polémica), 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 para atribuir en su favor la paternidad. Tal omisión sin embargo, 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 (pareja de hecho) 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<sup>17</sup>.

4. Incidencia ha tenido igualmente la equiparación del matrimonio de personas del mismo sexo en el debate sobre la atribución de la “doble paternidad matrimonial” en los MATRIMONIOS ENTRE DOS VARONES.

---

Mientras que en el Informe de la Ponencia se desestimó la enmienda presentada, la Comisión de Justicia (BOCG 22-11-2006. N°89-9), aprobó el texto de la enmienda modificando su contenido, dándole la redacción que aparece actualmente como D.A 1° de la Ley, texto que se remite al Senado manteniendo su redacción hasta su contenido vigente.

<sup>17</sup> Así, Cuando la ley de 2005 desatiende las recomendaciones aludidas del Consejo de Estado, en cuanto a la necesaria modificación de la D.Adicional 3ª 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 arts. 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 D.A a la Ley de 2007 que modifica el art.7 de la LTRA de 2006. Pero cuando, en 2007, en la reiterada Ley, se introduce la señalada D.A, 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 aun 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?

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 efectos.

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.1º)<sup>18</sup>). La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto (pfo.2º), quedando a salvo no obstante la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales (pfo.3º).

El cauce legal por tanto y de momento, para acceder a la doble paternidad queda restringido a la adopción.

Pese a lo dicho, pese a la claridad del art. 10 LTRA y a la evidencia de su prohibición en el citado precepto, el recurso a la paternidad subrogada aún no tiene una respuesta definitiva en nuestro ordenamiento, como se ha puesto de manifiesto a raíz de la **Resolución de la D.G.R.N de 18 de febrero de 2009(RJ/2009/1735)** 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», Supuesto en que, pese a la aparente claridad de la Ley, la DGRN permite el acceso al Registro civil de los hijos del matrimonio<sup>19</sup>

<sup>18</sup> ) 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 corumpit*, 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](http://www.indret.com), pg. 40).

<sup>19</sup> 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 es la Ley 14/2006, de 26 mayo 2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida y por tanto a la inaplicación de la prohibición prevista en el art.10 LTRA (Un análisis completo y detallado de la misma lo realiza A.QUIÑONES ESCAMEZ “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada”. Revista InDret. Julio 2009. [www.indret.com](http://www.indret.com).)

La tan discutida Resolución fue recurrida en su momento por la Fiscalía, recurso que fue resuelto en primera instancia por **SJPI nº 15 de Valencia de 17 septiembre 2010 (Nº 193/2010)**. 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.

Al mismo tiempo se volvió a pronunciar la DGRN en su **Instrucción de 5 de octubre de 2010 (BOE 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.*”<sup>20</sup>.

5. Para completar el panorama conviene hacer, aunque sea brevemente una referencia a un 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 había sido abordada legalmente: ***El del orden de los apellidos en los supuestos de doble maternidad legal.*** A ello se ha referido recientemente G.TOMÁS MARTÍNEZ <sup>(21)</sup> para referirse precisamente a la contradicción existente

---

<sup>20</sup> 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).

<sup>21</sup> ) TOMÁS MARTÍNEZ G. “El consentimiento en relación con la doble filiación materna matrimonial y la práctica del Registro” (Actualidad Civil nº 7-quincena del 1 al 15 de abril de 2010, pg.748, T.I).

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). 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”. ( En el mismo sentido la R. 24 de noviembre de 2008 (LA LEY: 3768452/2008)

entre el art.109 CC. y el art. 53 LRC, modificado éste último por la D.A 2ª 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<sup>22</sup>

Recientemente se ha publicado en España la que será la nueva Ley de Registro Civil (Ley 20/2011 de 21 de julio- BOE nº 175 de 22 julio- ) en la que, si bien se recoge en su art.49 un sistema de determinación de los apellidos acorde con la posible existencia de una doble maternidad, puesto que se prescinde de la referencia a la línea materna y paterna, nuevamente ha caído en una falta de coordinación legal, al no tomar en consideración todas las reformas a las que venimos aludiendo puesto que no se contiene en ella referencia alguna a los reformados arts.de la LRC como consecuencia 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, olvidando u omitiendo conscientemente, como si nunca hubiera existido, los supuestos de doble maternidad..

### **III. UN PROBLEMA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: ¿Y LOS MATRIMONIOS CELEBRADOS ENTRE ESPAÑOL Y EXTRANJERO O ENTRE EXTRANJEROS RESIDENTES EN ESPAÑA CUYA LEGISLACIÓN PROHÍBE EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO?**

Dicho lo anterior un nuevo problema ha de abordarse en relación con los supuestos en que el matrimonio se contraiga con personas, o entre personas a las que resulte aplicable una legislación prohibitiva.

Partimos de la posibilidad, tal y como prevé el CC, de la validez del matrimonio que se celebre en España o fuera de España por cualquier español, conforme a la legislación española, ante el alcalde, juez o funcionario señalado por el CC (art.49.1 CC). Matrimonio que lógicamente podrá celebrarse con un extranjero.

Igualmente está previsto que siendo ambos contrayentes extranjeros (art.50 CC), el matrimonio se celebre en España con arreglo a la forma prescrita para los españoles.

Partiendo de tales opciones, los supuestos en que nos podemos encontrar son diversos:

- Matrimonio entre español y extranjero cuya legislación personal prohíba tales matrimonios

---

<sup>22</sup> Conforme al vigente art.53 LRC Española, modificado por la D.A 2ª 3 de la Ley 13/2005, las personas son designadas por su nombre y apellidos, correspondientes a ambos progenitores, que la Ley amparará frente a todos. En este punto, legislaciones como la argentina, en la reciente Ley 26.618, promulgada por D.1054/2010 de 21 julio (Publicada el 22 julio 2010), no sólo modifica el CC en lo que se refiere al derecho a contraer matrimonio, sino otros aspectos de los que hemos denominado colaterales, como el orden de apellidos de los hijos adoptivos de matrimonios del mismo sexo(art.16 de la Ley que modifica el art.326 CC) o el de los apellidos de los hijos matrimoniales de parejas del mismo sexo(art.37 de la Ley que sustituye el art.4 de la Ley 18.248)

- Matrimonio entre dos extranjeros cuyas legislaciones prohíban tal tipo de matrimonios.

¿Cómo se solucionan tales cuestiones? ¿Cómo se han solucionado técnicamente en el ordenamiento español?

En relación con este tema la Dirección General de Registros y Notariado ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas resoluciones en las que se ha abordado, no sólo el supuesto de validez del matrimonio celebrado entre personas del mismo sexo, siendo una de ellas española y otra extranjera cuya legislación prohíbe a sus nacionales tales matrimonios, sino también el de los matrimonios celebrados en España por dos extranjeros.

Así, la Resolución (Circular) de la DGRN 29 julio 2005(JUR/184678) consideró que el Encargado del Registro Civil español no debe operar, desde el punto de vista de las funciones que tiene atribuida, como «guardián» del sistema legal extranjero por lo que no debe negar la posibilidad de contraer matrimonio en España a personas del mismo sexo por la sola razón de que en el país del que son nacionales los cónyuges, dicho matrimonio no producirá efectos, si bien en la misma se analizan con detenimiento las posibles situaciones y normas de conflicto aplicables ante los diferentes supuestos internacionales.

En esa misma línea, las RRDGRN 26 octubre 2005(JUR/R.2006/266658) y 7 abril 2006(RJ 2007/3357) reconocen validez al matrimonio celebrado entre un español y un indio, y un español y un portugués respectivamente, aunque la legislación nacional del extranjero no permita o reconozca la validez de tales matrimonios. En tales casos se considera que el matrimonio celebrado entre español y extranjero o entre extranjeros residentes en España del mismo sexo será válido, por aplicación de la Ley material española, aunque la legislación nacional del extranjero no permita o no reconozca la validez de tales matrimonios. Considerando que la denegación por parte de las autoridades extranjeras de la nacionalidad de uno de los contrayentes del certificado de capacidad matrimonial previsto en el Convenio núm. 20 de la Comisión Internacional del Estado Civil no es obstáculo para la celebración del matrimonio en España si el único motivo de la denegación de dicho certificado es la identidad de sexos de los contrayentes.

El mismo criterio sigue la DGRN en relación con los matrimonios celebrados en España entre extranjeros del mismo sexo, residentes en España, aunque su legislación personal no permita la celebración de los mismos (RRDGRN 1 junio (JUR.R 2007/3175) y 10 noviembre 2006 RJ\2008\716) (entre dos británicos); 23 noviembre 2006(JUR/2006/112557) (entre dos suizos), o 22 mayo 2008(JUR/2009/389848) (entre dos ciudadanos británicos).

#### IV. EL MATRIMONIO DE TRANSEXUALES

Hasta la modificación que supone la Ley 13/2005 que venimos comentando, así como antes de la aparición de la Ley 3/2007 de 15 de marzo reguladora de la regulación registral de la mención relativa



al sexo de las personas, se había venido admitiendo en el ordenamiento español el cambio de sexo a efectos registrales, pero no se consideraba como cambio cromosómico, por lo que el transexual no podía contraer matrimonio. Tal es la posición que había venido manteniendo el TS en sentencias como la de 19 abril 1991(R.2725) y la DGRN en resoluciones como la de 2 octubre 1991(R.8611).

No obstante, aún antes de la reforma del CC por Ley 13/2005, se produce un cambio de criterio, utilizando los mismos argumentos que antes habían servido para inadmitirlo (RDGRN 8 enero 2001(R.2568); 31 enero 2001(R.5095) y 25 enero 2005(R.1954), permitiendo que aquellas personas que hubieran cambiado de sexo, e inscritos en el Registro civil como tales, pudieran contraer matrimonio con otra persona del sexo diferente al suyo tras la modificación registral.

El supuesto era y es diferente al del matrimonio de personas del mismo sexo. La cuestión era y es, determinar si el cambio de sexo tras una operación de reasignación, supone que la persona pertenece efectivamente al sexo operado, por lo que en tales casos, admitir el matrimonio no suponía, ni supone, entender que se trata de un matrimonio entre personas del mismo sexo.

No obstante, la ley 13/2005, al permitir el matrimonio entre personas del mismo o diferente sexo convierte la cuestión en intrascendente, porque, ya se entendiese cambiado el sexo o no, se admitiría la celebración del matrimonio.

#### **IV. BIBLIOGRAFÍA**

BENAVENTE MOREDA P. “La filiación de los hijos de parejas casadas o unidas de hecho del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual” Anuario de Derecho Civil. T.LXIV. fasc.1 (enero-marzo 2011) pp.75 a 124

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO R.”Transexualidad, matrimonio entre personas del mismo sexo y nombre” (BIB 2007/304).Aranzadi civil-mercantil nº 3/2007 Tribuna.

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 nº 7501, Sección Tribuna, 3 Nov.2010. LA LEY 13471/2001

CABEDO MALLOL V., Marco Constitucional de la protección de menores. La Ley 2008, pg.146 ss.)

CALVO GONZÁLEZ J. La ley 13/2005 sobre modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Actualidad Jurídica Aranzadi nº 688/2005.Bib.2005/1965

CARRASCO PERERA A., “Reproducción Asistida”. BIB 2005/1142. Actualidad Jurídica Aranzadi nº 674/2005(Tribuna).

CLAVERÍA GOSALVEZ LH. “La transformación del concepto de matrimonio en el Derecho Civil Español tras las reformas de julio de 2005(Breve estudio legislativo).A.D.C nº LX-1 (enero 2007) p. 6-14.

DESDENTADO DAROCA E.”Homosexualidad y pensiones de viudedad. Una reflexión crítica sobre los problemas de derecho transitorio” Aranzadi Social nº 10/2009

DIEZ 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](http://www.indret.com)) 2005)

GARCÍA PASTOR.M., Comentario al art. 176 C.C. 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.
- GOMEZ DE LA TORRE MC.”La filiación de los hijos nacidos de técnicas de reproducción asistida” AC.1993-2. Ref.XVI y XVII pg.289 ss.
- HERNANDEZ IBAÑEZ C. “Cambio revolucionario en España en una institución milenaria. Del matrimonio heterosexual al matrimonio homosexual”. Revista la Ley 2006
- LACRUZ BERDEJO J.L “Elementos de Derecho Civil IV”.3ª 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.
- NANCLARES VALLE J., “Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza” –BIB 2008/575-Aranzadi civil nº7/2008.
- 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](http://www.indret.com),
- RAMOS CHAPARRO E. “Comentario crítico a la Ley 13/2005 sobre matrimonio homosexual” Aranzadi Civil-mercantil nº 1/2006 parte Estudio
- RIVERO HERNANDEZ 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. P. 209 ss.
- SUYAPA FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES A.” Eficacia jurídico- registral del contrato de gestación subrogada”.BIB 2011\1357.Revista Aranzadi Doctrinal núm. 6/2011 (Estudio).Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2011.
- SVITNEV K.N., .( Rosjurisconsulting Reproductive Law et Ethics Researchs Center. Moscow, Russian Federation “Surrogacy and its legal regulation in Russia”. (5ª Congreso mundial de la Asociación de Medicina Reproductiva 10-13 octubre 2010 Moscú)([www.rbmonline.com](http://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 nº 7- quincena del 1 al 15 de abril 2010, p.748ss – La Ley 1796/2010)
- VALLES AMORES ML., 2Modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio: Incongruencias en sede de adopción”. Revista de Derecho de Familia nº 28-jl/sept. 2005