

RICARDO DE LA ROSA FERNÁNDEZ

LA FILIACIÓN EN LAS PAREJAS HOMOPARENTALES

PRÓLOGO DE
Carlos Villagrasa



Se ha dicho en repetidas ocasiones que las personas homosexuales tienen actualmente una clara igualdad en sus relaciones de familia homoparental, con respecto de las personas heterosexuales. Esta afirmación se ha hecho descansar en que en 2005, las Cortes Generales dieron luz verde al matrimonio igualitario en España.

Pero lo cierto es que esta igualdad es más teórica que práctica y la desigualdad queda al descubierto cuando para las parejas homoparentales se alcanza el objetivo de tener hijos. En ese momento, se descubre que el camino que una pareja heterosexual sigue para que se establezca la filiación de sus hijos a favor de ambos miembros, es mucho más complicada en el caso de una pareja homosexual, ya que se establecen a la vez diferencias en función de si la pareja la forman dos mujeres o dos hombres.

En este trabajo se analiza en primer lugar la evolución del trato que desde el ordenamiento jurídico se ha ido dando a las personas homosexuales, cómo se pueden establecer vínculos (como pareja estable o matrimonio) y la forma en que la filiación se establece en las parejas homoparentales, elaborando propuestas de mejora para cada una de estas situaciones y poniendo de relieve las necesidades que en estos sentidos tienen las familias homoparentales.



RICARDO DE LA ROSA FERNÁNDEZ

LA FILIACIÓN
EN LAS
PAREJAS HOMOPARENTALES

PRÓLOGO DE
Carlos Villagrasa

Barcelona
2020


BOSCH EDITOR

© MAYO 2020 RICARDO DE LA ROSA FERNÁNDEZ

© MAYO 2020



Librería Bosch, S.L.

<http://www.jmboscheditor.com>

<http://www.libreriabosch.com>

E-mail: editorial@jmboscheditor.com

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISBN papel: 978-84-121920-3-2

ISBN digital: 978-84-121920-4-9

D.L.: B 9842-2020

Diseño portada y maquetación: CRISTINA PAYÁ  +34 672 661 611

Printed in Spain – Impreso en España

Índice

Prólogo.....	19
Presentación	25
Introducción	27

CAPÍTULO I

APROXIMACIÓN HISTÓRICA AL DERECHO DE FILIACIÓN, AL DERECHO DE FAMILIA Y AL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA HOMOSEXUALIDAD, TRAS LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 29 DE DICIEMBRE DE 1978	31
1. Tratamiento jurídico de la homosexualidad, tras la Constitución Española de 29 de diciembre de 1978 y la incidencia del Derecho europeo	51
2. Delimitación conceptual de la homoparentalidad	80

CAPÍTULO II

EL RECONOCIMIENTO JURÍDICO DE LAS RELACIONES DE PAREJA HOMOPARENTALES.....	85
1. La pareja estable/pareja de hecho	86
1.1. Evolución	86

1.2.	Regulación positiva	132
1.2.1.	Contenido de la pareja estable	147
1.2.2.	Requisitos personales de su constitución	155
1.2.3	Forma de constitución y acreditación de la relación de pareja estable.....	157
1.2.4.	Regulación de la convivencia de sus miembros, derecho de alimentos; efectos personales	164
1.2.5.	Previsiones establecidas respecto de los hijos, el derecho de adopción y acogimiento de menores en el ámbito de las parejas estables	167
1.2.6.	Previsiones y limitaciones sobre la vivienda de la pareja estable	169
1.2.7.	Causas y efectos de la extinción de la relación de pareja	173
1.2.8.	Posibles derechos hereditarios de la pareja estable	180
1.2.9.	La pareja estable y la aplicación del derecho público.....	182
1.3.	Propuestas de «lege ferenda» ante la situación actual de las parejas estables.....	185
2.	El derecho al matrimonio de parejas del mismo sexo	193
2.1.	Evolución histórica.....	193
2.1.1.	Sistema matrimonial anterior a 1870	195
2.1.2.	Sistema de matrimonio civil obligatorio, tras la Ley de matrimonio civil de 18 de junio de 1870.....	199
2.1.3.	Sistema de matrimonio civil subsidiario, según Decreto de 9 de febrero de 1875	202

2.1.4.	Sistema de matrimonio civil obligatorio durante la Segunda República	206
2.1.5.	Restablecimiento del régimen de matrimonio civil subsidiario (1938-1967). El matrimonio civil en régimen de libertad religiosa, tras la <i>Ley sobre libertad religiosa de 28 de junio de 1967</i>	208
2.1.6.	El sistema de matrimonio civil facultativo en el sistema constitucional de 1978	219
2.1.6.1.	El matrimonio civil	224
2.1.6.2.	El matrimonio canónico.....	225
2.1.6.3.	Matrimonio religioso no canónico....	227
2.2.	Regulación positiva española.....	231
2.2.1.	Naturaleza legal del matrimonio. El derecho a contraer matrimonio.....	234
2.2.2.	Los requisitos para contraer matrimonio	235
2.2.3.	El expediente matrimonial	240
2.2.4.	Celebración del matrimonio. El consentimiento matrimonial	245
2.2.5.	El matrimonio secreto	253
2.2.6.	El matrimonio celebrado mediante representante.....	254
2.2.7.	Matrimonio celebrado en el extranjero	255
2.2.8.	Eficacia y efectos del matrimonio	256
2.2.9.	Deberes conyugales.....	260
2.2.10.	Matrimonio y ciudadanía	263
2.2.11.	La nulidad matrimonial	264
2.2.12.	La separación conyugal	266

2.2.13. Las causas de disolución del matrimonio	270
2.2.14. La defensa de la igualdad, ante las crisis matrimoniales concurrentes con episodios de violencia de género.....	275
2.2.14.1. La orden de protección	278
2.2.14.2. La orden de alejamiento.....	284
2.2.14.3. Detención (artículos 13 y 489 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) ...	285
2.2.14.4. Prisión provisional (artículos 502 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).....	285
2.2.14.5. Suspensión del derecho a la tenencia y uso de armas (artículo 67 de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género).....	285
2.2.14.6. Medidas cautelares Civiles en el proceso de violencia sobre la mujer	286
A. Suspensión de la patria potestad	286
B. Suspensión del régimen de visitas	286
C. Prestación de alimentos	287
D. Arrendamiento y permuta de la vivienda.....	287
E. Medidas asistenciales o sociales	288
F. Medidas anexas a las anteriores	288
G. El eventual quebrantamiento de las medidas cautelares, por parte del investigado	288

2.3. El debate en torno a la constitucionalidad del matrimonio homoparental en España	291
2.3.1. El derecho a no ser discriminado por razón de la orientación sexual y el derecho a contraer matrimonio	298
2.3.2. La Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio	303
2.3.3. El recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Partido Popular	309
2.3.4. La Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012, de 6 de noviembre: constitucionalidad de la Ley 13/2005, de 1 de julio	311
2.3.5. Punto de vista constitucional del matrimonio igualitario en otros países.....	322
2.4. La posibilidad del matrimonio religioso entre personas del mismo sexo.....	325
2.5. Consideraciones críticas y propuestas de «lege ferenda» en torno a la regulación del matrimonio de parejas homosexuales	337

CAPÍTULO III

LA FILIACIÓN EN EL SENO DE LAS PAREJAS HOMOPARENTALES	345
---	-----

1. La perspectiva legal de filiación por naturaleza en las parejas estables y matrimoniales de personas del mismo sexo.	351
1.1. La determinación de la filiación matrimonial	351
1.2. La determinación de la filiación no matrimonial	360
1.3. La situación actual de la determinación de la filiación respecto de matrimonios o parejas estables de	

personas homosexuales: conclusiones a modo de consideraciones críticas y propuesta de «lege ferenda».....	371
2. Especial consideración sobre la adopción. Incidencia de la protección pública de menores: el acogimiento familiar y la guarda con fines adoptivos	378
2.1. Evolución histórica.....	379
2.2. La situación de desamparo y la tutela administrativa.....	386
2.3. El acogimiento familiar	391
2.4. La adopción por parte de parejas estables o matrimoniales de personas homosexuales	400
2.4.1. Requisitos subjetivos para constituir la adopción.....	401
2.4.2. El proceso de adopción	403
2.4.2.1. Cuestiones administrativas: informe de idoneidad	404
2.4.2.2. Procedimiento judicial.....	407
2.4.2.3. La delegación de guarda con fines de adopción.....	411
2.4.2.4. La exclusión de la adopción.....	413
2.4.3. La adopción internacional	415
2.4.4. Aspectos concretos del proceso de adopción en el caso de parejas homoparentales	426
2.4.4.1. La viabilidad jurídica de la filiación por adopción de parejas homoparentales.....	427
2.4.4.2. La declaración de idoneidad de persona o personas homosexuales para adoptar	431

2.4.4.3.	Situaciones de obstrucción en los procesos de adopción en las parejas homoparentales	441
2.5.	Conclusiones a modo de consideraciones críticas y propuesta de lege ferenda respecto de la filiación adoptiva de familias homoparentales.....	446
3.	La reproducción humana asistida y la filiación de parejas homoparentales: cuestiones jurídicas de interés actual	449
3.1.	El avance del estado de las ciencias reproductivas. La determinación de la filiación ante el empleo de las técnicas de reproducción humana asistida.....	454
3.2.	Técnicas de reproducción asistida. Gestación por sustitución: concepto.....	460
3.2.1.	La gestación por sustitución o maternidad subrogada en Derecho español: problemas éticos al respecto	463
3.2.2.	Necesidad/demanda social de la cuestión.	467
3.2.3.	Posición que mantiene el ordenamiento español	470
3.2.4.	Soluciones brindadas en otros ordenamientos jurídicos	475
3.3.	Regulación de la maternidad subrogada vigente en el ordenamiento jurídico español.....	483
3.3.1.	La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.....	483
3.3.2.	La prohibición legal de la maternidad subrogada o vientres de alquiler, según el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida:	

el contrato de gestación por sustitución. Supuestos que se contemplan.....	485
3.3.2.1. Naturaleza del contrato de gestación por sustitución y la renuncia a la maternidad de la madre gestante: la nulidad del contrato.....	488
3.3.2.2. Sanción legal de la gestación por sustitución: determinación de la filiación por el parto, efectos añadidos al incumplimiento del artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida y consecuencias para el hijo concebido y nacido	493
3.3.3. La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de fecha 18 de febrero de 2009 y consecuencias posteriores...	501
3.3.4. La Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.....	515
3.3.5. La Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo, de 6 de febrero de 2014, la incidencia de los Casos Mennesson y Labasse c. Francia en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, de 26 de junio de 2014, y el Auto de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 2 de febrero de 2015....	519
3.3.5.1. La sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 6 de febrero de 2014	522

3.3.5.2. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, de 26 de junio de 2014, Casos Mennesson y Labasse c. Francia	533
3.3.5.3. Auto de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 2 de febrero de 2015	536
3.3.6. Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 25 de octubre de 2016 y 16 de noviembre de 2016	545
3.4. Perspectiva de futuro: bases para una eventual regulación permisiva de la gestación por sustitución en España: una propuesta de lege ferenda	551
Conclusiones.....	561
I. Homosexualidad, homoparentalidad e igualdad	561
II. Homofobia social arraigada	562
III. Familia e igualdad	563
IV. Familias desiguales	564
V. La igualdad y no discriminación en las parejas estables o matrimoniales: el matrimonio como verdadero epicentro jurídico de la familia; desigualdad territorial	566
VI. Mantenimiento de la desigualdad de trato de las parejas estables	567
VII. El matrimonio homoparental en sus diversas formas: la concepción heterosexual del matrimonio en España.....	570
VIII. Los olvidos del legislador al regular el matrimonio igualitario	571

IX. Necesaria reformulación de las diferentes categorías de filiación: por naturaleza, por adopción y por técnicas de reproducción humana asistida.....	572
X. Filiación admitida y filiación tolerada en las parejas homoparentales.....	574
XI. La filiación adoptiva homoparental en un entorno internacional hostil.....	576
Bibliografía.....	579

Prólogo

Me llega un, más que amable, ofrecimiento, mientras el mundo se agita y mis horizontes se limitan a las paredes de mi confinamiento, y, seguramente, en una situación así, nunca imaginada ni, espero, recurrente, afloran muchas emociones y se sustituyen las prisas por los mejores recuerdos, de lo que nos parecía cotidiano y era realmente extraordinario; así que deseo comenzar este prólogo con un sentido agradecimiento al autor de esta obra, por sus constantes muestras de amistad, de lealtad –pues eso es amistad– y de calidad humana, unidas a sus ya reconocidos éxitos profesionales, como honesto abogado, mediador, jurista, y servidor de las causas más complejas, por los caminos de la defensa jurídica y de la plena realización de los derechos de la persona.

Con Ricardo de la Rosa tuve un primer encuentro en mis primeros años de profesor ayudante, al interceder en una absurda traba administrativa, que ni yo mismo recordaba, pero que él, en repetidas ocasiones, ha relatado, con reconocimiento, demostrando que la memoria debe mantenerse, más para bien, que para mal, y que es de bien nacidos ser siempre agradecido, hasta de las pequeñas cosas, de los sencillos gestos y de las acciones positivas que, no por someras, resultan menos significativas. Por el contrario, en palabras bien conocidas, de Eduardo Galeano, «muchacha pequeña, en lugares pequeños, haciendo cosas pequeñas, puede cambiar el mundo».

Así que, en ese devenir de vueltas que da, tanto el planeta, como la vida, he sido muy afortunado de poder seguir, desde entonces, la loable y

meritoria actividad de Ricardo de la Rosa, como jurista incipiente interesado ya en los caminos de la filosofía del derecho, y, después, como abogado denodado en la firme defensa de los derechos vulnerados a muchas personas y a ciertos colectivos, como activista cooperador de entidades cívicas, con destacado altruismo y con máxima entrega, y también, como metódico investigador del derecho, porque siempre ha entendido que su actividad profesional no podía quedarse en el interior de los expedientes judiciales en los que ha intervenido, sino que debía servir para denunciar injusticias y transformar esquemas, y de ahí que haya acumulado un currículum considerable de conferencias, ponencias, artículos e informes.

Por esas razones, muy pronto comenzó a participar como docente del claustro de profesorado del master en derecho de familia e infancia de la Universitat de Barcelona, que dirijo, impartiendo las clases relativas a las parejas estables del mismo sexo y a las familias homoparentales, a las que ha dedicado buena parte de su actividad profesional, y cuya valía le mereciera, entre otros, el de recibir la condecoración de la Cruz de la Orden de San Raimundo de Peñafort por el Ministerio de Justicia del Gobierno de España, como reconocimiento a sus méritos en la defensa de los derechos civiles.

Asimismo, tuvimos, en el año 2002, la oportunidad de ser miembros fundadores de la Comisión para la Igualdad de Derechos de los Nuevos Modelos de Familia, del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona, creada en su día, precisamente, con no pocas resistencias, ni obstáculos, por el decidido y valiente impulso de su junta de gobierno a promover las líneas de trabajo y de estudio a favor de los anhelos de buena parte de la ciudadanía por un ordenamiento jurídico, en materia de derecho de familia, más justo con la diversidad familiar que coexiste en nuestra sociedad actual, y que todavía lastra las discriminatorias consecuencias de un derecho de familia anclado en el derecho matrimonial, maquillado de principios teóricos y de reformas, tan numerosas, como superficiales, que dejan a muchas familias en una situación marginal de anomia y de desprotección económica, jurídica y social, a pesar de que los postulados constitucionales instan a los poderes públicos a asegurar esa atención plural, sin exclusividades ni preeminencias.

Y ahí seguimos, a día de hoy, Ricardo como actual presidente de la Comisión, y yo como secretario, formada de manera paritaria por once juristas, con incesante dedicación, de consuno, a fomentar el perfeccionamiento de la legislación y el desarrollo de la cultura jurídica, desde diferentes ramas del derecho, en torno a lo que deba ser familia en sociedades democráticas como la nuestra, basadas en el cabal respeto a los derechos de la personalidad y a sus valores supremos, como la igualdad y la libertad, que se traducen en el derecho a ejercer positivamente, o no, el derecho constitucional a contraer matrimonio, y en el de formar una familia, a partir de la comunidad de vida que supone la vida en pareja y, en su caso, mediante el parentesco que se origina en las relaciones de filiación y de potestad parental.

Y en esta coyuntura, y con estos mimbres, no podía sino dejar de insistir, en su día, aprovechando el entusiasmo profesional y la sólida base de Ricardo de la Rosa como jurista, para que emprendiera el reto de culminar su trayectoria académica con el máximo título universitario, logrado y culminado «cum laude», por unanimidad del tribunal encargado de evaluar su tesis doctoral y que, tras un oportuno período de reflexión y adaptación, se convierte en esta obra que hoy tengo el honor de prologar y que todos tenemos el lujo de poder leer.

Si hace poco más de dos décadas se inició la regulación de las parejas estables, mediante una ingente legislación autonómica, aún inacabada, y hace quince años se reformó el código civil, para ampliar el matrimonio a las parejas del mismo sexo, el gran reto de nuestros días está, sin duda, en el derecho de filiación, y, especialmente, en la consideración del reconocido principio de igualdad por tal razón, que en esta obra se cuestiona, cuando se compara el tratamiento legal específico que se da a la familia homoparental.

Del mismo modo que, en el contexto actual, percibimos que deben reforzarse nuestros sistemas de atención y de investigación sanitarias, y que, de una vez por todas, debe darse a la salud pública la relevancia que nos merecemos como sociedad, no podemos tampoco dejar de lado la investigación jurídica, porque es la apuesta idónea para dar una respuesta adecua-

da a las realidades sociales olvidadas o desatendidas, a la que el derecho debe ofrecer soluciones satisfactorias, y, con este propósito de progreso y de mejora sociojurídica, se presenta esta obra, con una evidente utilidad interdisciplinar, incluso antropológica, y que ofrece relevantes pautas a desarrollar.

Por eso, en las páginas que siguen, se contiene un estudio en el que se abordan las diferentes perspectivas que se han planteado en torno a la pretendida igualdad de trato por razón de filiación, a través de una metodología histórica, dogmática y exegetica, en consideración a las opiniones doctrinales, a las consecuencias legales y a las soluciones jurisprudenciales que se han ido sucediendo hasta nuestros días.

No cabe duda de que, todavía hoy, nos enfrentamos a no pocos tabúes, cada vez más disimulados en los subterfugios de lo políticamente correcto, al mostrar, directa y francamente, el tratamiento de la homosexualidad y de la homoparentalidad, no solo socialmente, sino incluso por el ordenamiento jurídico, a través de vericuetos imbricados que ocultan arraigados prejuicios y taimadas intransigencias inveteradas.

En la época de la polarización de opiniones y posiciones radicales, se pretende dar respuestas imperativas que generan soluciones supremacistas, de auténtica falta de respeto y de desconsideración para la libertad personal. Volvemos, desde otros extremos, a decidir lo que está bien y lo que está mal, en los demás, dando por sentados axiomas preconcebidos y totalitarios, y sin aceptar excepciones ni matices, a la que imponemos categorías taxativas como verdades absolutas.

Y sí, en efecto, me refiero a la gestación por sustitución, de enorme trascendencia en la familia homoparental, en la que las opiniones mayoritarias se sitúan cómoda e irreflexivamente en imposiciones categóricas de aprobación o de rechazo, sin tomar en consideración que, partiendo de la execrable explotación de la mujer, en clave de derechos humanos y de explotación o esclavitud contemporánea de los seres humanos, existen numerosas opciones, posibilidades y supuestos a contemplar y a regular, dentro del respeto de la libertad personal y de los derechos de la personalidad, y a esas cuestiones, también esta obra, se enfrenta, con el rigor y la consisten-

cia que jurídicamente se requiere, y huyendo de premisas, pretendidamente benevolentes, que ocultan obstáculos para la igualdad y para la libertad.

En suma, la interpretación constitucional y democrática de la diversidad familiar y de la igualdad en una sociedad plural, sobre la filiación, no solo apunta a las relaciones horizontales, en pareja, con independencia de la orientación sexual y de la identidad o de la expresión de género, casadas o no, sino también a las verticales, de filiación, de modo que la familia homoparental pueda tener un tratamiento jurídico adecuado y respetuoso de esos principios y valores que informan nuestro estado social de derecho.

Esta obra significa, sin duda, un tratado de derecho de familia, no solo de derecho matrimonial o relativo a las parejas estables, desde un enfoque de relevante interés e incuestionable utilidad, el de la homoparentalidad, que supone, además de una reinterpretación normativa, una oportunidad de reformulación, de «lege ferenda», y una base para la investigación jurídica, al ofrecer consideraciones críticas y cuestiones trascendentales del máximo interés actual, que se resumen, en sus conclusiones finales.

Si analizamos la homosexualidad y la homoparentalidad, en clave jurídica de igualdad, no podemos ignorar la homofobia social arraigada, que todavía planea sobre el derecho de familia, del que no puede predicarse que ofrezca un tratamiento adecuado a la diversidad de modelos que hay presentes en la actualidad, en nuestro entorno, no solo en la relación entre las parejas estables respecto de la institución matrimonial, frente a la que se presentan en un claro espacio de marginalidad y discriminación, sino incluso en la pretendida extensión de esta institución a parejas del mismo sexo o de distinto sexo, especialmente cuando se yuxtapone con el derecho de filiación, al poner de relieve algunos olvidos del legislador y carencias evidentes que, frente a un entorno internacional hostil todavía vigente en torno a la homoparentalidad, precisan de la reformulación de nuestras instituciones, esquemas y categorías del derecho de familia y del derecho de filiación, si realmente queremos afirmar que la ley se ajusta correctamente a los principios democráticos que predica.

La familia homoparental, en clave de pareja y de filiación, merece un tratamiento jurídico adecuado, y ha llegado el momento de que, con la

experiencia acumulada en los tribunales y con la profundidad de la investigación jurídica, Ricardo de la Rosa nos guiara, con rigor, en el camino por el que avanzar en esa positiva dirección.

Sitges, 12 de abril de 2020.

Carlos Villagrasa Alcaide

Profesor titular de derecho civil
Director del master en derecho de familia e infancia
Universitat de Barcelona