

EL PROBLEMA DE LA HOMOSEXUALIDAD Y LA FILIACIÓN EN CHILE¹

SITUACIÓN EN ESPAÑA Y SOLUCIONES DE DERECHO COMPARADO

Elena Goñi Huarte²

RESUMEN

El presente artículo analiza el problema que existe en Chile con los hijos de las parejas homosexuales. El interés por el tema surge a raíz del fallo del 23 de febrero de 2016 del Primer Juzgado de Familia de San Miguel, por el que se concede el cuidado personal de una menor de cinco años a la mujer ex pareja de la madre biológica.

Polémico fallo porque a diferencia de España, en Chile no está aprobado el matrimonio homosexual, ni se permite la adopción por parejas homosexuales. Tan solo se ha regulado para las parejas homosexuales el acuerdo de unión civil pero no tiene efectos sobre la filiación.

La falta de una regulación clara sobre la posibilidad de determinar la filiación en favor de las parejas homosexuales produce muchos problemas jurídicos también en España. Por eso, se analizará la situación en Chile, la situación en España, y se aportarán posibles soluciones mirando al Derecho comparado.

THE PROBLEM OF GAY AND FILIATION IN CHILE

SPAIN SITUATION AND COMPARATIVE LAW SOLUTIONS

ABSTRACT

This paper analyses the existing Chilean problem about the children of gay couples. The interest on the issue arises following the recent judgement of February 23 of 2016, of the First Family Court of San Miguel, by which the personal care of a five years old minor was granted of the woman, who was the former partner of the biological mother.

The judgment is controversial because unlike Spain, in Chile is not approved the gay marriage, or the adoption by gay couples. It has only regulated for gay couples, the civil union agreement, but it has no effect on the filiation.

The lack of a clear regulation on the possibility of establishing filiation in favour of homosexual couples also produces many legal problems in Spain. Therefore, this paper will analyse the situation in both countries: Chile and Spain, trying to provide possible solutions from the comparative law.

¹ Artículo recibido el 04-10-2016 y aprobado el 11-10-2016

² Profesora de Derecho civil de la Universidad Europea

KEYWORDS: gay, care, filiation, Spain, Chile

PALABRAS CLAVE: homosexualidad, cuidado, filiación, España, Chile.

Sumario: Abreviaturas I. Introducción. II. Homosexualidad y filiación en Chile. III. Homosexualidad y filiación en España. IV. Soluciones de Derecho comparado. Bibliografía

* * *

Abreviaturas

Art: Artículo

CCCh: Código civil chileno

CCEs: Código civil español

LAU: Ley de Arrendamientos Urbanos

LTRHA: Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida

Movilh: Movimiento de Integración y Liberación Homosexual

Sename: Servicio Nacional de Menores

Rec: Recurso

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TRHA: Técnicas de Reproducción Humana Asistida

I. Introducción

La atribución del cuidado personal de un hijo a quien no está determinado como padre o madre supone desvincular uno de los efectos de la relación jurídica de filiación de la determinación de la misma. La determinación de la filiación consiste en el establecimiento de la relación jurídica que une al padre o madre y al hijo. Implica, como toda relación jurídica, una serie de derechos y deberes entre el padre o madre y el hijo. Entre ellos está el cuidado personal.

Ahora bien, si el padre o la madre no pueden cuidar personalmente de su hijo, es lógico que el Derecho permita atribuir el cuidado personal a un tercero. Porque por encima de todo debe protegerse el interés superior del menor.

Por eso, el polémico fallo del 23 de febrero de 2016 del Primer Juzgado de Familia de San Miguel, por el que se concede el cuidado personal de una menor de cinco años a la mujer ex pareja de la madre biológica, despertó en mí varios interrogantes: ¿es posible en Chile atribuir el cuidado personal a quien no está determinado como padre o madre? ¿Podría otorgarse a una pareja homosexual? ¿Se puede determinar la filiación a favor de una pareja homosexual? ¿Cuál es la situación en España?

II. Homosexualidad y filiación en Chile

II.1. Atribución del cuidado personal sin determinación de la filiación

Uno de los derechos-deberes que nacen de la relación de filiación es lo que los antiguos tratados llamaban tuición y que el Código civil chileno llama el cuidado personal³. “Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de sus hijos. Éste se basará en el principio de corresponsabilidad, en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos” (Art. 224 CCCh).

En principio, el Código Civil chileno atribuye el cuidado personal de los hijos, a los padres, por ser uno de los efectos de la relación jurídica de filiación. Pero a continuación indica que “podrá el juez, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes, velando primordialmente por el interés superior del niño” (Art. 226 CCCh). Así, en numerosas ocasiones, por inhabilidad física o moral de los padres y para proteger el interés superior del niño, se ha atribuido el cuidado personal a los abuelos⁴ y a otros parientes consanguíneos⁵.

Ahora bien, como señala QUINTANA VILLAR, “de darse esta situación, el guardador si bien detentará el cuidado personal del menor, no será titular de la patria potestad, por cuanto esta es privativa de los padres. Porque a diferencia del ordenamiento jurídico español, la legislación civil chilena restringe el instituto de la patria potestad a un ámbito meramente patrimonial. Así, el Artículo 243 CCCh señala que “la patria potestad es el conjunto de derechos y deberes que corresponden al padre o a la madre sobre los bienes de sus hijos no emancipados”.

³ QUINTANA VILLAR, M^a. S., “Legislación y jurisprudencia sobre el cuidado personal del niño y la relación directa y regular con él”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.33 Valparaíso, dic. 2009, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512009000200003>

⁴Causa n° 60/2016 (Familia). Resolución n° 27016 de Corte de Apelaciones de la Serena, de 16 de Junio de 2016: Ante el fallecimiento de los padres, y con respeto al principio del interés superior del niño, señala que ha de tenerse en cuenta la vinculación afectiva de la niña, que es muy superior respecto de sus abuelos paternos, con quienes ha vivido desde que tenía sólo siete días. Causa n° 3242/2015 (Familia). Resolución n° 80309 de Corte de Apelaciones de Santiago, de 27 de enero de 2016: atribuye el cuidado a la abuela paterna, porque la madre había dejado de velar por los hijos. Causa n° 390/2014 (Familia). Resolución n° 34900 de Corte de Apelaciones de San Miguel, de 6 de agosto de 2014: El padre se encontraba inhabilitado moralmente porque desde el fallecimiento de la madre de los niños, no contribuía con el pago de la pensión de alimentos y había sido condenado por el delito de abuso sexual en la persona de su hija. Además, había quedado acreditado que los niños presentaban una vinculación afectiva mayor con sus abuelos maternos. Causa n° 50/2010 (Familia). Resolución n° 213 de Corte de Apelaciones de Coyhaique, de 17 de enero de 2011

⁵ Causa n° 2/2014 (Familia). Resolución n° 999 de Corte de Apelaciones de Coyhaique, de 28 de febrero de 2014 atribuye el cuidado provisorio a la tía consanguínea. Causa n° 215/2012 (Familia). Resolución n° 50862 de Corte de Apelaciones de Concepción, de 19 de Julio de 2012 que mantiene el cuidado personal en favor de la tía abuela paterna. Causa n° 99/2012 (Familia). Resolución n° 11778 de Corte de Apelaciones de Antofagasta, de 14 de Junio de 2012 que mantiene el cuidado personal en favor de la abuela y tía abuela materna y establece la necesidad de incorporar un programa de habilitación parental.

Pero, aunque la atribución del cuidado personal se limite solo al aspecto personal y no al patrimonial, debe hacerse velando primordialmente por el interés superior del niño (Art. 226 CCCh).

Como señala RODRÍGUEZ PINTO “el interés superior del niño puede considerarse un principio vigente en la legislación chilena desde la incorporación al ordenamiento de la Convención sobre los Derechos del Niño”⁶. El Artículo 9 de la Convención establece que: “Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño”⁷.

También, la Observación General N° 14 (2013) aprobada por el Comité de los Derechos del Niño que interpreta esta Convención, precisa que “prevenir la separación familiar y preservar la unidad familiar son elementos importantes del régimen de protección del niño, y se basan en el derecho recogido en el Artículo 9, párrafo 1, que exige que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando tal separación es necesaria en el interés superior del niño” (...)⁸.

Además, el Artículo 4 de la Convención obliga a los Estados Partes a adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos por ella. En Chile, la Ley N° 19.968 de Tribunales de Familia reguló la aplicación judicial de las medidas de protección de los derechos de los niños, niñas o adolescentes en el Párrafo Primero del Título IV (llamado “Procedimientos especiales”). El Artículo 71 establece las medidas cautelares que el juez podrá adoptar en cualquier momento del procedimiento, incluso antes de su inicio, cuando ello sea necesario para proteger los derechos del niño, niña o adolescente. Entre ellas recoge la de confiarlo al cuidado de una persona o familia en casos de urgencia. El juez preferirá, para que asuman provisoriamente el cuidado, a sus parientes consanguíneos o a otras personas con las que tenga relación de confianza (...). En ningún caso la medida cautelar decretada de conformidad a este artículo podrá durar más de noventa días.

El Artículo 74 vuelve a insistir en que “sólo cuando sea estrictamente necesario para salvaguardar los derechos del niño, niña o adolescente y siempre que no exista otra más adecuada, se podrá adoptar una medida que implique separarlo de uno o de ambos padres o de las personas que lo tengan bajo su cuidado. En este caso, el juez preferirá a sus parientes consanguíneos o a otras personas con las que aquél tenga una relación de confianza y, sólo en defecto de los anteriores, lo confiará a un establecimiento de protección. La resolución que disponga la medida deberá ser fundada”.

⁶ RODRÍGUEZ PINTO, M^a S., “El cuidado personal de niños y adolescentes en la familia separada: criterios de resolución de conflictos de intereses entre padres e hijos en el nuevo derecho chileno de familia”, *Revista chilena de derecho*, vol.36 n.3 Santiago, dic. 2009, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372009000300005>

⁷ Artículo 9 de la Convención: “(...) Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. (...). «BOE» núm. 313, de 31 de diciembre de 1990, pp. 38897 a 38904

⁸ Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial pp. 14 y 15. http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf

Ahora bien, hay que tener en cuenta que esta regulación de la Ley Nº 19.968 de Tribunales de Familia permite entregar el cuidado del niño/a a la persona con la que tenga una relación de confianza pero de forma temporal (Art. 75)⁹. Es lo que determinó la Sentencia del Primer Juzgado de Familia de San Miguel (Santiago) el 21 julio 2016¹⁰: mantener el cuidado personal de la niña otorgado el 23 de febrero de forma provisoria como medida cautelar (durante noventa días)¹¹, en favor de su madre de crianza (ex pareja de la madre biológica) pero por el tiempo de seis meses. Cabe entonces preguntarse: ¿podría atribuírsele de forma definitiva?

Como hemos visto, la atribución del cuidado personal a un tercero está regulada en el Art. 226 CCCh que señala: “Podrá el juez, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes, velando primordialmente por el interés superior del niño conforme a los criterios establecidos en el Artículo 225-2”.

En la elección de estas personas se preferirá a los consanguíneos más próximos y, en especial, a los ascendientes, al cónyuge o al conviviente civil del padre o madre, según corresponda”.

La redacción del primer párrafo puede completarse con el artículo 42 de la Ley del Menor, que establece una serie de circunstancias donde cabe apreciar esta inhabilidad¹².

Respecto al segundo párrafo, hay que señalar que su redacción fue modificada con la Ley nº 20.830 de 22 de octubre de 2015, que crea el Acuerdo de Unión Civil¹³. Desde entonces es posible confiar el cuidado personal de los hijos al conviviente civil (con independencia de su orientación sexual). Porque ya desde el *caso Atala Riffo y niñas*, quedó claro que la homosexualidad no puede ser obstáculo para atribuir el cuidado personal¹⁴.

De forma que, en el caso de las parejas homosexuales, solo podría atribuirse el cuidado personal de forma definitiva a la pareja de la madre o del padre biológicos, en caso de inhabilidad física o moral de ambos padres; y si quien solicita el cuidado personal fuera conviviente civil (hubiera contraído un acuerdo de unión civil con el padre o la

⁹ Artículo 75.- Sentencia. “Antes de pronunciar sentencia, el juez procurará que las partes acuerden la forma más conducente a la resolución de la situación que afecta al niño, niña o adolescente. Si ello no fuere posible, en la sentencia fundamentará la necesidad y conveniencia de la medida adoptada, indicará los objetivos que se pretenden cumplir con ella y determinará el tiempo de su duración (...)”.

¹⁰ Sentencia del Primer Juzgado de Familia de San Miguel (Santiago) el 21 julio 2016. Jueza titular: Roxanna Aracena

¹¹ Fallo del Primer Juzgado de Familia de San Miguel (Santiago) 23 de febrero de 2016. Jueza titular: Beatriz Ramírez

¹² Vid. Artículo 42 Ley nº16. 618 de Menores

¹³ Artículo 45 Ley núm. 20.830 que crea el Acuerdo de Unión Civil

¹⁴ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de febrero de 2012: “la Corte Interamericana observa que al ser, en abstracto, el “interés superior del niño” un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona. El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tuición o custodia”. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/Articulos/seriec_239_esp.pdf

madre biológicos). En el caso del polémico fallo del Primer Juzgado de Familia de San Miguel no se dan estas dos circunstancias. Porque la madre biológica y su ex pareja ya no conviven juntas. Es más, ésta última (madre de crianza), tiene ahora otra pareja que parece cuidar también de la menor¹⁵. Quizás por todas estas dificultades Movilh le aconseja la adopción¹⁶. Además, con la adopción se podría establecer un vínculo jurídico de filiación en su favor.

II.2. Determinación de la filiación en favor de una pareja homosexual

Según GÓMEZ DE LA TORRE la filiación tiene tres fuentes: una biológica o por naturaleza, otra por aplicación de las técnicas de reproducción asistida y otra adoptiva. Es determinada cuando se encuentra legalmente establecida la paternidad o maternidad o ambas, y no determinada, cuando no se ha establecido¹⁷.

Para que una pareja homosexual pueda determinar la filiación de un niño a su favor, no sirven las reglas de determinación de la filiación por naturaleza, porque ésta tiene su origen el hecho biológico de la procreación. Deberá acudir a las reglas de determinación de la filiación adoptiva o tecnológica (la derivada de las TRHA)¹⁸. CORRAL TALCIANI define la adopción como “la constitución por sentencia judicial o pacto solemne de un vínculo jurídico entre una o dos personas llamadas adoptantes y otra denominada adoptado, que resulta análoga en sus presupuestos y efectos (tanto familiares como patrimoniales) a la relación que existe entre padres e hijos”¹⁹.

La adopción por parte de parejas homosexuales no está permitida en la legislación chilena. El Artículo 20 de la Ley de adopción restringe la adopción a los cónyuges²⁰. Dicho Artículo restringe la adopción a los cónyuges, y no se lo permite a las personas homosexuales.

Las parejas homosexuales tampoco tienen derecho a contraer matrimonio²¹. Tan solo tienen derecho, desde octubre de 2015²² a celebrar un contrato de unión civil que no

¹⁵ El dirigente del Movilh, Rolando Jiménez, redondeó que “es claro que con este caso, salta a la vista lo absurdo de prohibir la crianza y la adopción homoparental en Chile, pues la justicia no sólo sabe sobre la existencia de parejas del mismo sexo que cuidan hijos. Además, pone como primera consideración el interés superior del niño a la hora de decidir conflictos por el cuidado personal, al margen de la orientación sexual de los padres y madres”. <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2016/07/21/hito-en-adopcion-homoparental-tribunal-cede-a-madre-de-crianza-cuidado-de-una-nina-de-cinco-anos/>

¹⁶ <http://www.emol.com/noticias/Nacional/2016/03/01/790813/Mujer-que-queda-con-la-custodia-de-la-hija-de-su-ex-pareja-homosexual-se-refiere-al-fallo-del-tribunal-familiar.html>

¹⁷ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, M. *El Sistema Filiativo Chileno*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, pp. 53 y 54.

¹⁸ Así la denomina CORRAL TALCIANI, H., “Determinación de la Filiación y Acciones de Estado en la Reforma de la Ley número 19.585, 1998”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica de Valparaíso, número 20, año 1999, p. 8.

¹⁹ Vid. CORRAL TALCIANI, H, *Adopción y Filiación Adoptiva*, Ed. Jurídica de Chile, 2002, pp. 43 y 44.

²⁰ Art. 21 Ley nº 19.620.

²¹ En el acuerdo suscrito el 11 de junio de 2016 entre el gobierno y el Movilh para desactivar una denuncia interpuesta por la agrupación ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se señala que el Gobierno se compromete a ingresar a tramitación legislativa dentro del primer semestre del año 2017, un proyecto de ley de matrimonio igualitario. Vid. <http://www.t13.cl/noticia/politica/gobierno-modificara-ley-adopcion-incluir-parejas-acuerdo-union-civil>

²² Ley nº 20.830. Fecha Publicación: 21-abr-2015. Artículo primero: “La presente ley comenzará a regir seis meses después de su publicación en el Diario Oficial”.

los equipara al matrimonio²³. Tampoco el acuerdo tiene efectos sobre la filiación²⁴. Solo el Artículo 21 señala, para efectos de la presunción de paternidad, que en caso de convivientes civiles de distinto sexo se estará a las normas que la regulan en el Artículo 184 del Código Civil²⁵.

Volviendo a nuestro caso, hay que tener en cuenta que en la actualidad, la mujer que fue pareja de la madre biológica de la menor ahora tiene otra pareja y forman una pareja homosexual que no podrá adoptar a la menor. Lo que sí podrá es adoptarla sola y que en la práctica la menor tenga dos mamás. El Artículo 21 de la Ley de adopción permite optar como adoptante a una persona soltera, divorciada o viuda, con residencia permanente en el país (...). Además señala que si hubiere varios interesados solteros o viudos que reúnan similares condiciones, el tribunal preferirá a quien sea pariente consanguíneo del menor, y en su defecto, a quien tenga su cuidado personal. También el Art. 31 del Proyecto de Ley de reforma del sistema de adopción se lo permite. Pero este Proyecto va más allá y permite la adopción por integración: permite adoptar al cónyuge que no es padre o madre biológico del hijo del otro cónyuge, y establecer así lazos de filiación con aquel (Art. 56)²⁶. Un vez más se restringe esta posibilidad a los matrimonios y no se permite a los acuerdos de uniones civiles²⁷.

La única posibilidad es que adopte sola y que su actual pareja funcione como madre²⁸. Es lo que se está haciendo en la actualidad en otros casos. Así, el 1 de junio de 2016, el Servicio Nacional de Menores (Sename) declaró idónea para adoptar a una pareja de lesbianas. Realizaron todo el trámite de adopción juntas, aunque solo una de ellas pueda ser declarada como madre²⁹.

²³ Art. 1 Ley nº 20.830: "El acuerdo de unión civil es un contrato celebrado entre dos personas que comparten un hogar, con el propósito de regular los efectos jurídicos derivados de su vida afectiva en común, de carácter estable y permanente. Los contrayentes se denominarán convivientes civiles y serán considerados parientes para los efectos previstos en el Artículo 42 del Código Civil".

²⁴ En el acuerdo suscrito el 11 de junio de 2016 entre el gobierno y el Movilh para desactivar una demanda interpuesta por la agrupación ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se señala que el Gobierno se compromete a reformar la Ley Nº 20.830, sobre Acuerdo de Unión Civil, al objeto de que el conviviente que ha criado al niño o niña sea reconocido como padre o madre, tenga o no lazos de consanguinidad. <http://www.t13.cl/noticia/politica/gobierno-modificara-ley-adopcion-incluir-parejas-acuerdo-union-civil>

²⁵ Art. 184 CC: "Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y dentro de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación judicial de los cónyuges".

²⁶ Proyecto Integral al sistema de adopción en Chile de 2 de octubre de 2013. Número de boletín: 9119-18.

²⁷ En el acuerdo suscrito el 11 de junio de 2016 entre el gobierno y el Movilh para desactivar una demanda interpuesta por la agrupación ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se señala que el Gobierno se compromete a la modificación de la Ley Nº19.620, sobre Adopción de Menores con el objeto de incorporar a las personas que se encuentran unidas mediante un Acuerdo de Unión Civil contemplado en la Ley Nº20.830, dentro de quienes pueden ser adoptantes. <http://www.t13.cl/noticia/politica/gobierno-modificara-ley-adopcion-incluir-parejas-acuerdo-union-civil>

²⁸ ORELLANA BALTRA, B., *La Reforma al Sistema de Adopción, desde la perspectiva de los hijos e hijas de las parejas del mismo sexo*. <http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2015/09/07/la-reforma-al-sistema-de-adopcion-desde-la-perspectiva-de-los-hijos-e-hijas-de-las-parejas-del-mismo-sexo/>: "¿qué impide que familias constituidas por dos adultas adopten, si una sola persona, soltera, viuda o divorciada puede hacerlo? Si la respuesta está en la orientación sexual de quienes solicitan la adopción, se contrariaría abiertamente al Derecho Internacional en materia de igualdad y no discriminación y existiría desacato a lo resuelto en el año 2013, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Atala, que obliga al Estado de Chile a adecuar su legislación de manera que respete la no discriminación por orientación sexual en materias familiares"

²⁹ <http://www.movilh.cl/sename-declara-idonea-para-adoptar-a-una-pareja-lesbicoa/>

En cuanto a la filiación derivada de las TRHA no puede una pareja de lesbianas acceder a éstas técnicas y quedar determinadas las dos como madres. Porque el Art. 182 del Código civil chileno restringe el acceso a las parejas heterosexuales, y no se lo permite a mujeres solas³⁰: “el padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas (...)

III. Homosexualidad y filiación en España

III.1. Atribución de la guarda y custodia sin determinación de la filiación

En España, el concepto que se utiliza para hacer referencia al cuidado personal del hijo es el de guarda y custodia³¹. Con él se hace referencia al aspecto personal de la patria potestad (Art. 154. 1 CCEs), que en España, también comprende el aspecto patrimonial (Art. 154. 2 CCEs). Así, el Artículo 154 CCEs señala: “Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores.

La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental.

Esta función comprende los siguientes deberes y facultades:

1. ° Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.
2. ° Representarlos y administrar sus bienes”.

Este artículo atribuye la patria potestad a los padres y por tanto, en principio, les corresponde a ellos una de sus facultades-deberes: la guarda y custodia de sus hijos. Sin embargo, el Art. 103. 1 CCEs en sede de medidas provisionales, permite atribuir la custodia a un tercero que no sea el progenitor: “Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez”. También, el Artículo 11. 2 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor señala: “Serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores:

- a) La supremacía de su interés superior.
- b) El mantenimiento en su familia de origen, salvo que no sea conveniente para su interés, en cuyo caso se garantizará la adopción de medidas de protección familiares y estables priorizando, en estos supuestos, el acogimiento familiar frente al institucional”³².

Observamos que la regulación en España sigue también la misma regla marcada por la Convención Internacional de los Derechos del Niño: que la separación de sus

³⁰ Vid. GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, M. *op. cit.*, p. 117 donde señala que la legislación comparada no sigue un criterio uniforme.

³¹ CASTILLO MARTÍNEZ, C., “La determinación en la guarda y custodia de los menores en los supuestos de crisis matrimonial o convivencial de sus progenitores. Especial consideración de la guarda y custodia compartida tras la Ley 15/2005, de 8 de julio”, *Actualidad Civil*, N.º 15, Quincena del 1 al 15 Sep. 2007, tomo 2, Editorial LA LEY [LA LEY 2911/2007]: “En nuestro Derecho Civil el concepto de guarda y custodia se vincula con la noción de atención y cuidado del menor que se tiene en compañía, ejercido mediante la convivencia más o menos permanente con el hijo”.

³² Artículo 11 redactado por el apartado seis del Artículo primero de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia

padres sea una medida excepcional y se realice siempre con la finalidad de proteger el interés superior del menor³³.

En principio, se concederían al tercero medidas de carácter temporal de guarda y custodia, conservando los progenitores la patria potestad³⁴. Sin embargo, como señala ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES “esta posibilidad, que ya se contempla en sede de medidas provisionales (Art. 103. 1.ª 2 CC) puede adoptarse como medida definitiva, constituyendo o no a los guardadores en tutores legales del menor”³⁵. Porque cuando la guarda y custodia se desvincula de los titulares de la patria potestad, que son quienes tienen determinada la filiación a su favor, el problema está en determinar su contenido³⁶. Y en esto hemos evolucionado.

En el caso de parejas heterosexuales, la SAP Guipúzcoa de 5 de febrero de 2007, ante la falta de idoneidad de la madre (padecía problemas mentales), le atribuyó la guarda de hecho (Art. 303 CCEs) de un menor a quien fue pareja de la madre aunque no era el padre biológico, resultando éste desconocido. Señala la sentencia : *siendo que la persona que cubre todas las necesidades del menor Sebastián es el Sr. Armando, padre biológico de la hermana de Sebastián , y a quien el niño considera como su verdadero padre, dado que convive con él desde los cuatro años, siendo la relación afectiva entre ambos muy estrecha. (...) en cuanto a las medidas a adoptar, entre las cuales se encuentra la guarda de hecho prevista en el art. 303 CCEs, figura jurídica especial, independiente y distinta de las otras instituciones de protección de menores, con un contenido propio y autónomo, situación ésta que se adoptó en el juzgado de instancia y que debe mantenerse en esta alzada, y ello si atendemos principalmente al interés del menor*³⁷. En este caso, al atribuirse solo la guarda de hecho, el menor convivirá con el tercero, pero éste no tendrá la facultad de tomar, en nombre del menor, cuantas decisiones afecten a su salud, formación y educación, manteniendo los padres estas facultades que corresponden al ejercicio de la patria potestad (Art. 154 CCEs)³⁸.

Sin embargo, el Tribunal Supremo dio un paso adelante y en su sentencia de 20 de noviembre de 2013, dada la inestabilidad emocional de la madre, atribuyó la guarda y custodia a D. Julián, la persona que venía cuidando de Águeda, a pesar de no ser su padre biológico y de haber incluso impugnado su paternidad con respecto de ella. El motivo fue la protección del interés superior del menor, porque ésta era la solución *más beneficiosa*

³³ Vid. CALLEJO RODRIGUEZ, C., "La atribución de la guarda y custodia a persona diferente de los progenitores", *Actualidad Civil*, Nº 3, Marzo 2014, pág. 290, tomo 1, Editorial LA LEY [LA LEY 964/2014]; ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M., "Atribución de la guarda y custodia del menor a un tercero, no a sus progenitores", *LA LEY Derecho de familia*, Nº 3, Tercer trimestre de 2014, Editorial LA LEY [LA LEY 4568/2014]

³⁴ CALLEJO RODRIGUEZ, C., *op. cit.*

³⁵ ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M., *op. cit.*

³⁶ Vid. CALLEJO RODRIGUEZ, C., *op. cit.*

³⁷ SAP Guipúzcoa, Sección 2ª, Sentencia 2056/2007 de 5 Feb. 2007, Rec. 2412/2005, [LA LEY 24295/2007]

³⁸ CALLEJO RODRIGUEZ, C., *op. cit.*: “En estas decisiones los terceros necesariamente deberán someterse a la consideración de los padres de los menores, de manera que no podrán decidir el centro escolar al que los niños asistan o el especialista médico que deba atenderlos en una determinada dolencia. Estas cuestiones deberán decidirse por los padres, quedando los terceros facultados para tomar decisiones más secundarias, que afecten a la vida ordinaria de los menores. Pero también cabe que los terceros asuman las funciones de tutela de los menores”.

para el interés de la niña que no conoció otro padre que no fuera el que después se demostró no lo era biológicamente (...) es lo cierto que tal menor ha permanecido con el

*recurrente largo tiempo, especialmente debido a la resolución dictada en el proceso penal seguido contra la madre, en las que se acordó asignar provisionalmente la guarda y custodia de las menores al Sr. Julián (...)*³⁹. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación y al confirmarse la sentencia de instancia, se mantiene la atribución guarda y custodia a favor de D. Julián, quien dispondrá también de funciones tutelares plenas. Así, podrá actuar en toda clase de procedimientos en defensa de sus derechos e intereses y deberá contar con autorización judicial para los demás supuestos contemplados en el Artículo 271 del CCEs. Como señala MOLINER NAVARRO “las funciones tutelares que el Juez puede otorgar a los terceros distintos de los padres tienen como finalidad que éstos puedan desarrollar las funciones propias de la patria potestad, velando por los menores, conviviendo con ellos y procurándoles una formación integral, así como representándoles y administrando sus bienes, conforme dispone el Art. 154 CCEs”⁴⁰.

Vistas estas dos sentencias podemos decir, que en ambos casos se atribuye a un tercero que no está determinado como padre, uno de los efectos de la determinación de la filiación, en concreto, el deber-facultad de velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos (hasta aquí la SAP Guipúzcoa de 5 de febrero de 2007). Pero en la STS de 20 de noviembre de 2013, el Tribunal Supremo además le confiere al tercero funciones tutelares, por lo que tendrá también la facultad de educarlo y procurarle una formación integral (Art. 154. 1 CCEs) y podrá representarle y administrar su bienes (Art. 154. 2 CCEs).

Si bien es cierto que en ninguno de los casos se les llama padres, es decir, no se determina la filiación en su favor, porque no se establece ningún vínculo jurídico de filiación entre ellos. Esto solo podría hacerse mediante la adopción, porque no son los progenitores ni padres biológicos.

En el caso de parejas homosexuales tenemos la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2011, donde no se atribuye la guarda y custodia, pero a pesar de la falta de filiación biológica y jurídica, se considera apropiado para proteger el interés superior del menor, el establecimiento de un régimen de relaciones personales entre el menor y la antigua compañera de su madre biológica. Apoya su decisión en *el derecho efectivo que tiene el menor de relacionarse con aquellas personas con las que le une una relación afectiva y por ello debe entenderse aplicable al supuesto que nos ocupa el Artículo 160. 2 CC, que establece que "no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados"*⁴¹.

³⁹ STS 679/2013 de 20 Nov. 2013, Rec. 83/2012 [LA LEY 190716/2013]

⁴⁰ MOLINER NAVARRO, R., “La protección legal de los relaciones abuelos-nietos en la jurisprudencia reciente», en *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, T. II, Tirant lo Blanc, Valencia, 2011, pp. 1677-1680 citado por CALLEJO RODRIGUEZ, C., *op. cit.*]

⁴¹ STS 320/2011 de 12 May. 2011, Rec. 1334/2008 [LA LEY 52207/2011] que confirmó así el amplio régimen de visitas que se había acordado en primera instancia.

Llama la atención que la decisión se fundamente en este Artículo 160. 2: “No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados”. *A sensu contrario* podrán impedirse con justa causa. En el caso enjuiciado, el Tribunal Supremo considera que no hay justa causa para impedirlo. No hay que olvidar que la madre biológica recurrió en casación porque se oponía al derecho de visitas reconocido a su antigua compañera. Como señala ARECHEDERRA ARANZADI “la soberanía del titular o de los titulares de la patria potestad en la educación de su hijo es un ámbito constitucionalmente protegido (Troxel v Granville, 530 U.S. 57. 2000). Las razones de los padres para determinar las relaciones personales de sus hijos no admite injerencia de ningún tipo. Y la valoración de los padres de la homosexualidad del allegado como no conveniente no supone discriminación y, por lo tanto, no admite una revisión judicial. Si el Estado, a través de uno de sus poderes, ponderase el criterio de los padres estaría injiriéndose en el ámbito del ejercicio de la patria potestad de los padres de una forma indebida”⁴². Por otro lado, la madre biológica pide en el recurso de casación que se determine la extensión de la aplicación del Art. 160 CC, regulador de las relaciones entre los allegados y el menor. Pero al final, el Tribunal Supremo considera conveniente mantener el régimen de relaciones personales entre el niño y la antigua compañera, confirmándose el amplio derecho de visitas concedido en la instancia⁴³.

Este asunto, como veremos más adelante, llegó más lejos y finalizó con la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2014 donde finalmente se determinó la filiación en favor de la antigua compañera de la madre biológica.

III.2. Determinación de la filiación en favor de una pareja homosexual

En España, al igual que en Chile, para que una pareja homosexual pueda determinar la filiación de un niño a su favor, no sirven las reglas de determinación de la filiación por naturaleza, porque ésta tiene su origen en la procreación humana. Deberá acudir a las reglas de determinación de la filiación adoptiva o de la filiación la derivada de las TRHA⁴⁴.

⁴² ARECHEDERRA ARANZADI, L., “Nadie tiene dos madres, aunque lo diga la ley”, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel* (coord. por Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Vol. 1, 2014, pp. 371-386: “Cuando media un tercero, por ejemplo, la ex compañera lesbiana de la madre, conviene tener en cuenta que el tercero no ostenta ninguna legitimación que fuerce el reconocimiento del derecho de visita. En ese caso, cuando se produce una ruptura entre la mujer progenitora y la mujer no progenitora, esta última no sólo carece de una relación biológica con el hijo, sino que puede razonablemente presumirse que, tras la ruptura, tendrá un inevitable rencor hacia la madre del hijo. De esto, que en cierto modo es inevitable, en cualquier supuesto de ruptura, puede protegerse al menor no recurriendo a una analogía muy discutible y a una interpretación aventurada de lo que constituye el interés del menor”.

⁴³ Consistente en que pueda tenerlo en su compañía los fines de semana alternos desde las 17,30 horas del viernes, hasta las 19,00 horas del domingo, así como martes y jueves desde las 17,30 horas hasta las 19,00 horas. Igualmente podrá tenerlo en su compañía la mitad de las vacaciones de Semana Santa, Verano y Navidad, siempre de acuerdo con el calendario escolar del menor, eligiendo la madre biológica los años impares, y la madre no biológica los años pares. Vid. STS 320/2011 de 12 May. 2011, Rec. 1334/2008 [LA LEY 52207/2011]: “Es cierto que el Art. 160 CC no determina la extensión ni la intensidad de los periodos en los que el menor puede relacionarse con sus allegados. Por tanto, se trata de una cuestión que debe ser decidida por el juez (...)”

⁴⁴ A mi juicio, los principios que rigen la determinación de la filiación por naturaleza y la filiación por reproducción asistida son distintos. Vid. GOÑI HUARTE, E., “La doble maternidad en mujeres no casadas:

Por lo que se refiere a la adopción, hasta el año 2015 el tratamiento a las parejas homosexuales ha sido distinto según estuvieran casadas o no. Así, en España, desde el año 2005 las parejas homosexuales pueden contraer matrimonio⁴⁵, y pueden adoptar conjunta y sucesivamente, porque desde entonces el matrimonio tiene los mismos efectos cuando ambos contrayentes son del mismo o diferente sexo (segundo párrafo

Artículo 44 CCEs) Sin embargo, si se trataba de una pareja de hecho homosexual que no había contraído matrimonio, a nivel estatal⁴⁶ no podían adoptar conjuntamente⁴⁷.

Es a partir de la reforma llevada a cabo por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, cuando se les permite en todo caso. El actual Artículo 175. 4 CC señala: “Nadie podrá ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges o por una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal”.

En lo que se refiere a la regulación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida el tratamiento a las parejas homosexuales es distinto según se trate de una pareja casada o no casada. Dejando a un lado las parejas homosexuales de hombres que no podrán determinar la doble paternidad porque la maternidad subrogada está prohibida por la ley (Art. 10 LTRHA)⁴⁸, nos vamos a centrar en las parejas de mujeres. Si se trata de una pareja de mujeres y están casadas, pueden quedar las dos determinadas como madres si recurren a las técnicas de reproducción asistida. La gestante quedará determinada por el parto (120. 4 CCEs), y la que biológicamente no es madre, puede prestar su consentimiento para que se determine la filiación en su favor (Art. 7.3 LTRHA)⁴⁹. Pero si se trata de una pareja de mujeres que no ha contraído matrimonio, la ley no lo permite. Ha sido el Tribunal Supremo quien se ha encargado de complementar este vacío. Así, en

situación en España y referencia al derecho comparado”, *Actualidad Civil*, Nº 5, Mayo 2016, Editorial LA LEY, [LA LEY 3166/2016]

⁴⁵ Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

⁴⁶ En algunas Comunidades Autónomas sí se podía: Navarra (Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables)País vasco (Ley 2/2003, de 7 de mayo reguladora de las parejas de hecho), Cantabria (Ley de Cantabria 1/2005, de 16 de mayo, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria, Aragón (Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas), Cataluña (Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia). (Pueden las parejas homosexuales acoger pero no adoptar en Extremadura (Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura).

Vid. PÉREZ UREÑA, A., “La adopción por las uniones de hecho: su necesaria regulación sistemática (1)” *Abogados de Familia*, Nº 21, Sección Doctrina, Segundo trimestre de 2001, Editorial LA LEY [LA LEY 1799/2006].

⁴⁷ Desde el año 2005, podían hacerlo sucesivamente. 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*, Vol. 64, Nº 1, 2011, p. 120 entendía que la modificación introducida en el Art. 178.2.2º, indirectamente permitía tal posibilidad (...) 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.

⁴⁸ Art. 10. 1 LTRHA: “Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”.

⁴⁹ Art. 7. 3 LTRHA: “Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge”.

su sentencia de 15 de enero de 2014 llegó declarar que la mujer que fue pareja de hecho de la madre biológica del niño, nacido durante su relación de pareja mediante las técnicas de reproducción asistida, era madre extramatrimonial por posesión de estado. La posesión de estado es lo que el Código civil chileno denomina posesión notoria de la calidad de hijo (Art. 200 Código civil chileno). En ella, el Tribunal Supremo afirma que su ponderación se realiza conforme al interés superior del menor; (...) *debe señalarse que, como salvaguarda de los derechos fundamentales y libre desarrollo de la personalidad del menor (STS de 5 de febrero de 2013, nº 26/2013), su proyección sobre la protección de la vida familiar alcanza, sin distinción, a las relaciones familiares con independencia, como razón obstativa, de la naturaleza matrimonial o no de la misma, o al hecho de la generación biológica tomado como principio absoluto, en sí mismo considerado, de forma que incide en la existencia del lazo de familiaridad establecido con el niño permitiendo o favoreciendo su desarrollo conforme al libre desarrollo de la personalidad del menor*⁵⁰.

IV. Soluciones de derecho comparado.

IV.1. Atribución del cuidado personal sin determinación de la filiación

Tanto en Chile como en España es posible la atribución temporal del cuidado personal de un menor (guarda y custodia) a un tercero que no es su progenitor, si los padres no pueden ejercerla y se adopta esta medida de forma excepcional para proteger el interés del menor. Pero en Chile, sólo es posible atribuirla de forma definitiva a la pareja homosexual del padre o de la madre si han celebrado un acuerdo de unión civil.

Por otro lado, en Chile, la atribución del cuidado personal no implica automática la atribución de ningún derecho o deber sobre los bienes del menor, porque esto supone el ejercicio de la patria potestad, y el CCCh se lo atribuye exclusivamente a los padres. Sin embargo, en España, la guarda y custodia es una manifestación del ejercicio de la patria potestad. Así, la jurisprudencia ha pasado de conceder solo la guarda, a otorgar al tercero funciones tutelares. Se trataba de parejas heterosexuales, donde ante la imposibilidad de la madre de ejercer la guarda y custodia, el Tribunal Supremo se la ha atribuido a su pareja, aunque no fuera el padre biológico.

En el caso de parejas homosexuales, en España no se le ha concedido la guarda y custodia a la expareja de la madre biológica, pero sí se le ha concedido el derecho a tener una relación personal con el menor (Art. 160. 2 CCEs). Solución que ha adoptado el Tribunal Supremo en España, y que podría darse en Chile, si finalmente una persona adopta sola y su pareja funciona durante un tiempo en la práctica como padre o madre, pero al final la pareja se separa. Parece que dejando a un lado la doctrina *in loco parentis* ha triunfado la doctrina estadounidense *de facto parent*. Como señala ARECHEDERRA ARANZADI “la primera, niega el régimen de visitas a la solicitante porque considera que dicha relación tiene carácter temporal, y solo se mantiene mientras dure la pareja. La segunda, *de facto parent* reconoce dicho derecho supeditado a la concurrencia de ciertos requisitos⁵¹ que deben probarse para asegurarnos de que la expareja es una persona con la que el menor tiene una relación personal estrecha.

⁵⁰ STS 836/2013 de 15 Ene. 2014, Rec. 758/2012 [LA LEY 11199/2014]⁵⁰.

⁵¹ . El *four-part test* propuesto por el Tribunal Supremo de Wisconsin para determinar la existencia de la *de facto parenthood*. Así, en el caso *Holtzman v Knott* (In re Custody of H.S.H.-H. Wis. 1995) señaló que “aquella persona que, no siendo ni padre biológico ni padre adoptivo del hijo, solicita el derecho de visita, debe probar:

Sin embargo, siguiendo a ARECHEDERRA ARANZADI, considero que este derecho del niño a mantener relaciones personales con las personas con las que tenga una relación personal estrecha nos podría llevar al absurdo de otorgar el derecho a relacionarse con el menor, por ejemplo, a la tía que convivió durante años con su hermana y el niño, cuidó del niño, y entabló con él una relación personal estrecha⁵².

Una cosa es que, como medida excepcional, por imposibilidad del padre, de la madre o de ambos, y para proteger el interés superior del menor, se atribuya la guarda y custodia (el cuidado personal) a quien no es su progenitor, porque éste no puede desempeñarla; y otra muy distinta, es que concedamos el derecho a relacionarse personalmente con el menor a quien tiene con él durante un tiempo, una relación personal estrecha. Una cosa es que de manera excepcional, para proteger el interés superior del menor, atribuyamos uno de los efectos de la filiación (la guarda y custodia) a quien no está determinado. Y otra muy distinta, es que concedamos el derecho genérico de mantener relaciones personales con el menor a un tercero, que aunque tenga con el menor una relación personal estrecha, no deja tener, eso, una mera relación personal, pero no tiene ninguna relación jurídica, ni siquiera de parentesco. ¿Es un derecho del tercero o es un derecho del niño? ¿Se protege así su interés superior? Esto es lo que habrá que valorar en cada caso.

En Chile no existe un artículo como el Art. 160. 2 del Código Civil español. Los Artículos 229 y 229-2 del Código civil chileno (reformados por la Ley N° 20.680 de 2013) regulan el derecho del hijo a mantener una relación directa y regular con el padre o madre que no tenga el cuidado personal y con los abuelos, pero no regulan ningún derecho a mantener la relación con los allegados. Tampoco el Artículo 48 de la Ley del Menor, que extiende el derecho a los ascendientes y hermanos hace referencia a terceros que no sean parientes⁵³. ESPADA MALLORQUÍN considera que “dentro de los posibles titulares de este derecho se debería haber contemplado una figura más flexible que admitiese la posibilidad de reconocimiento en favor de los denominados padres y madres afectivos, es decir, los convivientes de hecho que se relacionan con los hijos anteriores

1) que el padre biológico o adoptivo consintió y fomentó la constitución por parte del solicitante de una relación con el hijo;

2) que el solicitante y el hijo vivieron juntos en el mismo hogar;

3) que el solicitante asumió las obligaciones propias de un padre haciéndose cargo del cuidado, educación y desarrollo del hijo, que conllevaron contribuciones económicas sin esperar ser retribuida; y

4) que el solicitante haya desempeñado el papel de padre durante el tiempo necesario para establecer una relación paterno-filial con el hijo”. Vid. ARECHEDERRA ARANZADI, L., *op. cit.*, pp. 371-386

⁵² ARECHEDERRA ARANZADI, L., *Ibidem*. pp. 371-386: “¿Es concebible la configuración de un régimen de visitas semejante al de los ex cónyuges a favor de la ex compañera lesbiana de la madre? Un ex cónyuge es progenitor del hijo. La relación paterno-filial concede derecho al trato con su hijo. Derecho previsto en el CC. Como progenitor sigue ostentando la patria potestad sobre el hijo y, por lo tanto, aun cuando no se le atribuya la custodia del hijo tiene derecho a visitarlo. La ex compañera lesbiana de la madre no supera a la hermana de la madre ni en vínculo de sangre ni afectividad. ¿Por qué la relación entre la ex compañera de la madre y el hijo tiene mayor consistencia afectiva que la relación entre la hermana de la madre y el hijo?”

⁵³Ley 16618. Art. 48 CC: “Cada vez que se confiere a un menor a alguno de sus padres o a un tercero, deberá establecerse en la resolución respectiva la obligación de admitir que sea visitado por quien carece de la tuición, determinándose la forma en que se ejercitará este derecho. Podrá el juez, en caso calificado, de oficio o a petición de parte, sin forma de juicio, disponer en la resolución que la misma autorización se entienda conferida, en la forma y condiciones que determine, a los ascendientes o hermanos del menor, debiendo éstos ser individualizados”.

de sus parejas de hecho”⁵⁴. GOMEZ DE LA TORRE también se plantea si la legislación deber reconocer las nuevas formas de familia y otorgar este derecho⁵⁵.

Sin embargo, no hay que olvidar que la Observación General N° 14 que interpreta Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, ratificada por Chile y por España, también hace referencia a este derecho. Pero lo enfoca como un derecho del niño, no del tercero, cuando establece que el niño que esté separado de uno o de ambos padres tiene derecho a mantener relaciones personales con ambos padres de modo regular, y que ese derecho (el del niño) también se aplica a las personas con las que tenga una relación personal estrecha. En definitiva, se trata de dar prioridad al interés superior del menor y no al del tercero.

IV.2. Determinación de la filiación en favor de una pareja homosexual

Tanto en Chile como en España las parejas homosexuales sufren discriminación para poder ver determinada su filiación.

En Chile, no es posible la adopción por parejas homosexuales. La adopción se reserva a los cónyuges, y el matrimonio solo es posible para parejas heterosexuales⁵⁶. El matrimonio no debería ser el criterio para permitir o no la adopción. Es verdad que en Chile el matrimonio tiene una vocación de mayor permanencia que en España, ya que para decretar el divorcio se exige una causa (Art. 54⁵⁷) y el cese de la convivencia para solicitarlo: un año si es de mutuo acuerdo y tres si se solicita de forma unilateral (Art. 55). Pero el criterio que debe permitir la adopción es la protección del interés superior del niño, no si la pareja que pretende adoptar ha contraído matrimonio.

⁵⁴ ESPADA MALLORQUÍN, S., “El impedimento del ejercicio del derecho a una relación directa y regular entre abuelos y nietos como causal de desheredación e indignidad”, *Rev. derecho (Valdivia)* Vol.28, nº2 Valdivia dic.2015, ISSN 0718-0950 versión on-line: “Estos convivientes en la actualidad carecen de cualquier reconocimiento respecto de esta posibilidad de mantener una relación directa y regular con los menores con los que lógicamente puede que hayan mantenido una relación afectiva y doméstica durante muchos años antes de la crisis o del fallecimiento de la pareja”. http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09502015000200005&script=sci_Arttext#nb7

⁵⁵ GOMEZ DE LA TORRE, M^ºC., 2011 “La relación directa y regular como efecto de la ruptura” *Revista del magíster y doctorado en derecho*, nº4, 2011: “Las nuevas formas de constituir familia plantean el problema que una madre o padre se separe y forme una nueva familia durante un tiempo prolongado, donde crece el hijo. Posteriormente se separan y nos encontramos con la situación que el hijo tiene una comunicación permanente con su padre biológico pero el padrastro, que ha sido su referente paterno, solicita visitas. ¿Debe nuestra legislación reconocer esta nueva realidad y legislar otorgando este derecho?” www.revistas.uchile.cl/index.php/RMDD/Article/download/18712/28608

⁵⁶ La doctrina española criticó durante años esta discriminación. Vid. FLORES RODRÍGUEZ, J., “Nuevas formas de familia, filiación y técnicas de reproducción asistida”, *Actualidad Civil*, N° 5, Sección Estudios de Jurisprudencia, Mayo 2014, pág. 541, tomo 1, Editorial LA LEY, [LA LEY 2230/2014] “Resulta paradójico que tampoco respecto de la adopción, salvo en alguna legislación autonómica, resulte posible tal opción, al reconocerse la adopción conjunta —si se realiza una interpretación literal de la ley— sólo a las parejas de hecho heterosexuales en el Derecho civil común estatal”. PÉREZ UREÑA, A., “La adopción por las uniones de hecho: su necesaria regulación sistemática (1)” *Abogados de Familia*, N° 21, Sección Doctrina, Segundo trimestre de 2001, Editorial LA LEY [LA LEY 1799/2006]: “proclamamos la plena equiparación, en esta materia, de las uniones de hecho al matrimonio, y en concreto, el reconocimiento de la adopción a las uniones homosexuales en tanto no perjudique a los menores «adoptandos»”.

⁵⁷ Ley de Matrimonio civil nº. 19.947

Tampoco es posible que una pareja homosexual que recurra a las TRHA pueda determinar la filiación en su favor. El acceso a las técnicas se reserva también a los matrimonios homosexuales.

En España la discriminación se produce en la determinación de la filiación por reproducción asistida. Según la LTRHA, si se trata de una pareja de mujeres y están casadas pueden recurrir a las TRHA y determinar la filiación en su favor. Si no están casadas, según el tenor literal de la Ley no, pero el TS lo ha permitido también.

En mi opinión, el tratamiento que la LTRHA española da a las parejas de mujeres casadas y no casadas es discriminatorio⁵⁸ por los mismos motivos que en la adopción: lo que debe primar es la protección del interés superior del menor. O se permite la doble maternidad a todas las parejas homosexuales (casadas o no) o no se permite nunca. Como ya señalamos anteriormente, se trata de una opción legislativa que otros países del entorno europeo ya han tomado⁵⁹. Pero el matrimonio en sí, no debe ser el criterio de distinción, porque por lo menos en España, tal y como está regulado, no tiene jurídicamente vocación de permanencia. Puede romperse fácilmente, a petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde su celebración (Art. 81. 2 y 86 CCES). Mayor permanencia se le exige al arrendatario para desistir unilateralmente del contrato de arrendamiento: seis meses (Art.11 LAU)⁶⁰.+

Por tanto, para aportar soluciones al problema de la homosexualidad y la filiación en Chile, en primer lugar debería permitirse la adopción a las parejas homosexuales para que pudieran ver determinada la filiación en su favor. Sin olvidar que ésta debe constituirse solo si así se protege el interés superior del niño, no de los adoptantes. En segundo lugar, respecto a las TRHA, si Chile termina regulando la posibilidad de que las parejas homosexuales recurran a éstas técnicas y puedan ver determinada la filiación en su favor, no debería restringirse a las parejas casadas, porque esto es lo que se hace de forma discriminatoria en España.

⁵⁸ FLORES RODRÍGUEZ, J., “Nuevas formas de familia, filiación y técnicas de reproducción asistida”, *Actualidad Civil*, Nº 5, Sección Estudios de Jurisprudencia, Mayo 2014, pág. 541, tomo 1, Editorial LA LEY, [LA LEY 2230/2014]: “Realmente, en estos casos, se plantea una situación discriminatoria que debe ser corregida de *lege ferenda*”.

⁵⁹ Hay países de nuestro entorno cultural que no la permiten: Francia, Portugal, Alemania. Otros sí la permiten, pero no la restringen a mujeres casadas: Reino Unido, Suecia y Bélgica. Cfr. GOÑI HUARTE, ELENA, *op. cit.*

⁶⁰ Art. 11 LAU: “El arrendatario podrá desistir del contrato de arrendamiento, una vez que hayan transcurrido al menos seis meses, siempre que se lo comunique al arrendador con una antelación mínima de treinta días (...).

Bibliografía

- ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M., “Atribución de la guarda y custodia del menor a un tercero, no a sus progenitores”, *LA LEY Derecho de familia*, Nº 3, Tercer trimestre de 2014, Editorial LA LEY [LA LEY 4568/2014]
- ARECHEDERRA ARANZADI, L., “Nadie tiene dos madres, aunque lo diga la ley”, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel* (coord. por Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Vol. 1, 2014
- 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*, Vol. 64, Nº 1, 2011
- CASTILLO MARTÍNEZ, C., “La determinación en la guarda y custodia de los menores en los supuestos de crisis matrimonial o convivencial de sus progenitores. Especial consideración de la guarda y custodia compartida tras la Ley 15/2005, de 8 de julio”, *Actualidad Civil*, N.º 15, Quincena del 1 al 15 Sep. 2007, tomo 2, Editorial LA LEY [LA LEY 2911/2007]
- CALLEJO RODRIGUEZ, C., “La atribución de la guarda y custodia a persona diferente de los progenitores”, *Actualidad Civil*, Nº 3, Marzo 2014, pág. 290, tomo 1, Editorial LA LEY [LA LEY 964/2014]
- CORRAL TALCIANI, H, *Adopción y Filiación Adoptiva*, Ed. Jurídica de Chile, 2002
- CORRAL TALCIANI, H., “Determinación de la Filiación y Acciones de Estado en la Reforma de la Ley número 19.585, 1998”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica de Valparaíso, número 20, año 1999
- ESPADA MALLORQUÍN, S., “El impedimento del ejercicio del derecho a una relación directa y regular entre abuelos y nietos como causal de desheredación e indignidad”, *Rev. Derecho (Valdivia)* Vol.28, nº2 Valdivia dic.2015, ISSN 0718-0950 versión on-line.
http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S071809502015000200005&script=sci_Arttex#xt#nb7
- FLORES RODRÍGUEZ, J., “Nuevas formas de familia, filiación y técnicas de reproducción asistida”, *Actualidad Civil*, Nº 5, Sección Estudios de Jurisprudencia, Mayo 2014, pág. 541, tomo 1, Editorial LA LEY, [LA LEY 2230/2014]
- GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, M. *El Sistema Filiativo Chileno*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2007
- GOMEZ DE LA TORRE, M^ªC., 2011 “La relación directa y regular como efecto de la ruptura” *Revista del magíster y doctorado en derecho*, nº4, 2011, www.revistas.uchile.cl/index.php/RMDD/Article/download/18712/28608
- GOÑI HUARTE, E., “La doble maternidad en mujeres no casadas: situación en España y referencia al derecho comparado”, *Actualidad Civil*, Nº 5, Mayo 2016, Editorial LA LEY [LA LEY 3166/2016]
- MOLINER NAVARRO, R., “La protección legal de los relaciones abuelos-nietos en la jurisprudencia reciente”, *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, T. II, Tirant lo Blanc, Valencia, 2011

-ORELLANA BALTRA, B., *La Reforma al Sistema de Adopción, desde la perspectiva de los hijos e hijas de las parejas del mismo sexo*. <http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2015/09/07/la-reforma-al-sistema-de-adopcion-desde-la-perspectiva-de-los-hijos-e-hijas-de-las-parejas-del-mismo-sexo/>

-PÉREZ UREÑA, A., “La adopción por las uniones de hecho: su necesaria regulación sistemática (1)” *Abogados de Familia*, Nº 21, Sección Doctrina, Segundo trimestre de 2001, Editorial LA LEY [LA LEY 1799/2006]

-QUINTANA VILLAR, M^a. S., “Legislación y jurisprudencia sobre el cuidado personal del niño y la relación directa y regular con él”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.33 Valparaíso, dic. 2009, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512009000200003>

-RODRÍGUEZ PINTO, M^a. S., “El cuidado personal de niños y adolescentes en la familia separada: criterios de resolución de conflictos de intereses entre padres e hijos en el nuevo derecho chileno de familia”, *Revista chilena de derecho*, vol. 36 n.3 Santiago, dic. 2009, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372009000300005>