

LAS RELACIONES DE FILIACIÓN DE PERSONAS LGTBI TRAS LA LEY 4/2023

LGTBI parenthood relations after Statute 4/2003

Cómo citar / Citation

Quicios Molina, M^a S. (2023).
Las relaciones de filiación de personas LGTBI (Tribuna)
Cuadernos de Derecho Privado, 5, pp. 2-7
.....FKj wu-1f q1ti B208437: lefr05"

Resumen

Las modificaciones legales introducidas por la Ley 4/2023 afectan, fundamentalmente, a la determinación de una segunda maternidad por voluntad de la esposa o pareja de la madre que da a luz, y a la determinación de la filiación de las personas gestadas por hombres transexuales. Las normas resultantes, en ambos casos, requerirán de una importante labor exegética de doctrina y jurisprudencia, pues los cambios son sustanciales. Como clave de bóveda de la reforma hay que resaltar la preferencia por los términos de “progenitor gestante” y “progenitor no gestante”, en lugar de madre y padre, lo que puede llevar a interpretaciones imprevistas.

Abstract

The legal amendments introduced by Law 4/2023 mainly affect the determination of a second maternity at the will of the wife or partner of the mother giving birth, and the determination of the filiation of people born from transgender men. The resulting norms, in both cases, will require an important exegetical work of doctrine and jurisprudence, since the changes are substantial. As a key vault of the reform, it is necessary to highlight the preference for the terms "pregnant parent" and "non-pregnant parent", instead of mother and father, which can lead to unforeseen interpretations.

1. La Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI (BOE de 1 de marzo de 2023), ha modificado el Código Civil y la Ley del Registro Civil en materia de filiación.

La intención del legislador se explica, parcialmente, en el Preámbulo de la Ley. En el artículo 120.1º CC se sustituye el término “padre” por la expresión “padre o progenitor no gestante” para permitir a las parejas de mujeres, y parejas de hombres cuando uno de los miembros sea un hombre trans con capacidad para gestar, «proceder a la filiación no matrimonial por declaración conforme en los mismos términos que en el caso de parejas heterosexuales». En coherencia con esta reforma del artículo 120.1º CC, se modifica el artículo 44 LRC «con el fin de permitir la filiación no matrimonial en

parejas de mujeres lesbianas, puesto que, hasta ahora, solo se preveía la matrimonial». No se ofrece ninguna razón para la reforma del artículo 120.5° CC, cuyo tenor literal pasa a ser el siguiente: la filiación no matrimonial quedará determinada legalmente, respecto de la madre o progenitor gestante, cuando se haga constar su filiación en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley del Registro Civil.

Se han incluido, por tanto, cambios relevantes que afectan tanto a la determinación de la filiación por el hecho del parto como a la determinación de la filiación por reconocimiento voluntario (utilizo el término “reconocimiento” en sentido muy amplio, como sinónimo de asunción voluntaria de la paternidad o la maternidad).

2. La filiación materna derivada del hecho del parto siempre ha tenido en la ley un régimen particular, tanto por lo que respecta a su determinación legal como por lo que respecta a su impugnación judicial. Este régimen especial, basado en el principio *mater semper certa est*, no sufre cambios con las modificaciones de los artículos 120.5° y 139 CC.

A mi juicio, en el artículo 120.5° CC se añade la expresión “progenitor gestante” al término “madre” para resolver el nudo gordiano de cómo denominar al hombre trans que da a luz: no se le llamará madre ni padre. Y así se normaliza, por la ley, la realidad de la posible maternidad de hombres trans que mantienen sus órganos reproductores femeninos. Coherente con ello es la reforma del artículo 139 CC. Antes era la madre quien podía ejercitar la acción de impugnación de la filiación justificando la suposición del parto o no ser cierta la identidad del hijo; ahora podrá ser la madre o el progenitor que conste como gestante.

En el artículo 137.1, párrafo 2° CC, también se ha añadido al término “madre” la expresión “progenitor gestante”. En mi opinión, con menos sentido. Literalmente resulta de la reforma que el ejercicio de la acción de impugnación de la filiación [del “padre o progenitor no gestante”, a tenor del párrafo 1°], corresponderá a la madre o progenitor gestante que ostente la patria potestad cuando el hijo sea menor. La filiación referida era indudablemente, antes de la reforma, la filiación paterna matrimonial del marido, que se presume padre *ex* artículos 116 y 117 CC. Esta filiación paterna puede impugnarse por el marido que no es el progenitor biológico (artículo 136 CC) y puede impugnarse por el hijo (artículo 137 CC). Creo que esta interpretación no debería cambiar a pesar de la

perturbadora inclusión del “progenitor no gestante” en el artículo 137.1, párrafo 1º CC. Criticable resulta, por otra parte, que no se haya aprovechado la ocasión para enmendar un olvido de la Ley 26/2015, de 28 de julio, que reformó el artículo 136 CC, y prever expresamente, como *dies a quo* de esta acción de impugnación de la paternidad matrimonial, el conocimiento por el hijo de la falta de paternidad biológica.

Me permito un comentario crítico sobre la técnica legislativa utilizada para reflejar legalmente la realidad de los hombres trans que dan a luz. Hubiera sido más adecuado incluir una disposición adicional en la Ley equiparando las referencias a la madre con el progenitor gestante, en lugar de modificar los artículos 120.5º, 137.1, párrafo 2º, y 139 CC (además del artículo 44.6, párrafo 2º, 3ª LRC, previsto para determinar la filiación por resolución recaída en expediente registral cuando se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo, que es un supuesto absolutamente inusual). De esta manera no hay riesgo de olvido, y uno obvio es la regulación registral de la determinación de la filiación materna por el hecho del parto (vid. artículos 44.3 y 44.4, párrafo 2º LRC). Bien es cierto que el legislador se ha cubierto con una nueva disposición adicional décima en la Ley del Registro Civil, titulada expresamente “Terminología”: en las parejas del mismo sexo registral, las referencias hechas a la madre se entenderán hechas a la madre o progenitor gestante y las referencias hechas al padre se entenderán referidas al padre o progenitor no gestante.

3. El artículo 120.1º CC dispone, tras su reforma por la Ley 4/2023, que la filiación no matrimonial quedará determinada legalmente, en el momento de la inscripción del nacimiento, por la declaración conforme realizada por el padre o progenitor no gestante en el correspondiente formulario oficial a que se refiere la legislación del Registro Civil.

La “declaración conforme” realizada por el padre en el correspondiente formulario oficial, en el momento de inscribir el nacimiento, se introdujo en el Código Civil por la Ley 19/2015, de 13 de julio, para agilizar el trámite de la inscripción registral de los nacidos en hospitales. Cabe considerarlo un clásico reconocimiento de la paternidad, si bien menos formal que el hasta entonces regulado en ese apartado 1º del artículo 120 y que ahora se prevé en el apartado 2º del mismo artículo (reconocimiento ante el Encargado del Registro Civil, en testamento u otro documento público). La “declaración conforme” del progenitor no gestante, que permite determinar una filiación no matrimonial, se refiere a dos supuestos: puede emitirse por la mujer que es pareja de la

madre que ha dado a luz, y puede emitirse por el hombre que es pareja del progenitor gestante (hombre transexual). Así se deduce, recordemos, del Preámbulo de la Ley 4/2023: la referencia al progenitor no gestante en el artículo 120.1º CC «supone la posibilidad, para las parejas de mujeres, y parejas de hombres cuando uno de sus miembros sea un hombre trans con capacidad de gestar, de proceder a la filiación no matrimonial por declaración conforme en los mismos términos que en el caso de parejas heterosexuales».

4. La posibilidad de que quede determinada una segunda maternidad no matrimonial, en el caso de parejas de mujeres, se regula de manera curiosa.

En primer lugar, porque en el Código Civil se prevé la determinación de la segunda maternidad no matrimonial pero no la determinación de la segunda maternidad matrimonial. Respecto de esta, habrá que estar al artículo 7.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, y, sobre todo, al reformado artículo 44.4 LRC, con los ajustes interpretativos hechos por la doctrina registral para evitar la conexión de esta doble maternidad con las técnicas de reproducción asistida (RDGRN de 9 de febrero de 2017). Dispone ahora el artículo 44.4, párrafo 3º, a) LRC que la filiación de la madre no gestante se hará constar, en el momento de la inscripción del hijo, cuando conste debidamente acreditado el matrimonio con la madre gestante y concorra el consentimiento de ambos [ambas] cónyuges. ¿Aunque existiera separación legal o de hecho, como literalmente dispone el inciso final de la letra a)? Antes no se admitía la determinación de la segunda maternidad matrimonial en caso de separación, por lo que merece reflexión la respuesta. La duda surge por la mezcla de supuestos tan distintos como la determinación de la filiación del padre y la determinación de la filiación de la madre no gestante, en las letras a) y b) del artículo 44.4 LRC.

El nuevo título de determinación legal de una segunda maternidad no matrimonial creado por el artículo 120.1º CC, basado en la voluntad de asumir dicha maternidad en el momento de inscribir al recién nacido, se ha regulado por el artículo 44.4, párrafo 3º, b) LRC. Según este, la filiación de la madre no gestante quedará determinada cuando manifieste su conformidad a la determinación de tal filiación y siempre que la misma no resulte contraria a las presunciones establecidas en la legislación civil [la de paternidad matrimonial, si se diese el caso] y no existiera controversia. Aunque la regla registral dispone, *in fine*, que deberán cumplirse, además, las condiciones previstas en la legislación civil para la validez y eficacia de la declaración de voluntad regulada, no está

claro si el legislador se refiere solo al reconocimiento de paternidad que cabe entender efectuado cuando es el padre quien, en el plazo para inscribir al recién nacido, manifiesta su conformidad a la determinación de la filiación (reconocimiento sujeto, sin duda, a los artículos 121 y 124 CC). Desde luego el régimen del artículo 124, párrafo 2º, CC, sí resulta aplicable, porque se ha reformado su tenor literal: la inscripción de la filiación del padre o progenitor no gestante practicada dentro del plazo establecido para inscribir el nacimiento podrá suspenderse a simple petición de la madre o progenitor no gestante durante el año siguiente al nacimiento.

En relación con la segunda maternidad no matrimonial, una nueva norma que no ha motivado el legislador es la contenida en el reformado artículo 44.6 LRC. Se ha previsto, sorprendentemente, la posibilidad de un reconocimiento de la madre no gestante con posterioridad a la inscripción del nacimiento. La regla es la siguiente: «El reconocimiento de la filiación no matrimonial con posterioridad a la inscripción de nacimiento podrá hacerse en cualquier tiempo con arreglo a las formas establecidas en la legislación civil aplicable [en nuestro caso serían las del artículo 120.2º CC]. Si se realizare mediante declaración del padre o madre no gestante ante el encargado del Registro Civil, se requerirá el consentimiento expreso de la madre o persona trans gestante y del representante legal si fuera menor de edad o de la persona a la que se reconoce si fuera mayor». Sobre esta equiparación de la “madre no gestante” con el “padre” que reconoce su paternidad (equiparación que no hace el artículo 120 CC), correrán ríos de tinta, a buen seguro.

5. La determinación de la paternidad no matrimonial de la pareja del hombre trans que da a luz, por declaración conforme del progenitor no gestante al inscribir al recién nacido, se quiere admitir expresamente en el artículo 120.1º CC. No se prevén más supuestos, aunque también es imaginable que el hombre trans (progenitor gestante) esté casado con un hombre o que esté casado con una mujer, o que su pareja sea una mujer, o que la paternidad del nacido se reconozca después de la inscripción del nacimiento. No creo que haya ningún problema para aplicar en estos casos, cuando proceda, las reglas generales de determinación de la paternidad, matrimonial o no matrimonial, o de determinación de una segunda maternidad.

La paternidad del marido del progenitor gestante podrá impugnarse, también, con arreglo a las reglas generales contenidas en los artículos 136 y 137 CC, aunque solo se

haya regulado expresamente la posible impugnación de la paternidad matrimonial por el hijo en el artículo 137, párrafo 1º, CC. Dispone el precepto que la filiación del padre o progenitor no gestante podrá ser impugnada por el hijo durante el año siguiente a la inscripción de la filiación. El propio marido también podrá impugnar su paternidad *ex* artículo 136 CC. Y en cuanto a la paternidad no matrimonial del hijo de un hombre trans, progenitor gestante, podrá impugnarse con arreglo a los artículos 138, 140 y 141 CC, aunque no haya mención expresa.

6. En fin, numerosos artículos del Código Civil se han reformado «procediendo a la implementación del lenguaje inclusivo», como se indica en el Preámbulo de la Ley 4/2023. Se trata de los artículos 108 (clases de filiación), 109 (elección del orden de los apellidos), 110 (deberes de cuidado aun sin patria potestad), 132 (legitimación activa para reclamar la determinación judicial de la filiación no matrimonial), 163 (resolución de los conflictos de intereses) y 170 CC (privación de la patria potestad). En todos ellos se ha sustituido la referencia anterior al padre y/o la madre por la referencia ahora al progenitor o los progenitores. Incluso cuando la filiación es adoptiva, y por tanto nada tiene que ver la genética con la filiación. El legislador prefiere el término “progenitor” a “madre” o “padre”. Con ello, continúa la política iniciada en leyes previas que intentan expresarse con un lenguaje más inclusivo y representativo de distintos modelos familiares.

Dos observaciones. No se ha erradicado completamente el genérico “padres” del Código civil (al legislador se le ha olvidado reformar el artículo 115, por ejemplo), lo que desde un punto de vista de técnica legislativa es criticable. Los nombres de madre y padre siguen presentes en el Código, igual que la distinción entre filiación materna y filiación paterna (también en la Ley del Registro Civil), lo que dogmáticamente tiene un enorme significado.

La referencia a la “persona menor” en lugar de al “menor” en el artículo 124, párrafo 1º, CC, chirría bastante, puesto que se mantiene este masculino genérico en los artículos 121 y 125 CC.

7. Y termino esta tribuna, reseñando la nueva redacción dada a la disposición adicional tercera de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que incide en los sujetos que pueden adoptar a un menor de edad. Esa Ley, que modificó determinados artículos del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, dispuso que sus referencias a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor

serían también aplicables al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal. Ahora se dispone que tales referencias serán aplicables a los integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal.