

## **DE LA DOBLE FILIACIÓN MATERNA A LA FILIACIÓN SIN MADRE: LOS PROGENITORES DE LA LEY TRANS**

**Roncesvalles Barber Cárcamo**  
*Catedrática de Derecho civil*  
*Universidad de La Rioja*

*Fecha de publicación: 29 de marzo de 2023*

### **1. Los presupuestos de la Ley Trans**

El objeto de estas páginas se limita a dar cuenta y reflexionar brevemente sobre los cambios introducidos en el régimen de la filiación por 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 (en adelante LT), publicada en el BOE del 1 de marzo y en vigor desde el día siguiente, conforme a lo previsto en su D.F. 20<sup>a</sup>. Para ello, debo recordar al lector que dicha Ley regula el cambio de la mención registral de sexo por la sola voluntad de la persona interesada, a ejercitar en un expediente del Registro Civil donde no cabe exigir ni dictamen médico, psicológico o psiquiátrico sobre la disconformidad manifestada, ni alteración previa de la morfología o función sexual por tratamientos hormonales o quirúrgicos, ni se prevé como requisito legal la constatación de la irreversibilidad o estabilidad al menos de dicha disconformidad. La resolución judicial con que termina dicho expediente, que en caso de referirse a menores de edad sí habrá de tener en cuenta su interés superior, producirá efectos constitutivos desde su inscripción registral, permitiendo a la persona el ejercicio de los derechos inherentes a su nueva condición (art. 46.1 y 2 LT), además de conservar los surgidos de situaciones jurídicas nacidas al amparo del sexo registral de nacimiento (art. 46.5 LT).

Desde dichos presupuestos, las reformas introducidas por la Ley Trans en materia de filiación sobre nuestro ordenamiento civil se han cernido sobre un buen número de artículos del Código civil y sobre el atormentado (dado el número de retoques que ya ha sufrido, algunos anteriores a su entrada en vigor) art. 44 LRC, que aborda la vertiente registral de la determinación de la filiación, a practicarse bien con ocasión de la inscripción de nacimiento, bien con posterioridad. En una aproximación inicial y



conforme a la expresada *voluntas legislatoris*, el contenido de tales modificaciones legales es doble: terminológico, en cuanto introduce en el ordenamiento los nuevos términos “progenitor gestante” y “progenitor no gestante”, que se unen por la conjunción disyuntiva “o” a madre y padre, respectivamente, y sustantivo, en cuanto altera la determinación de la filiación no matrimonial para permitirla en las parejas homosexuales, bien femeninas, bien masculinas, lo cual hasta el momento no era posible.

Efectivamente, la exposición de motivos de la Ley señala que la reforma del Código civil responde “a la implementación del lenguaje inclusivo”, si bien, “lejos de consistir en una modificación meramente formal, la sustitución del término «padre» en el artículo 120.1º por la expresión «padre o progenitor no gestante» supone la posibilidad, para las parejas de mujeres, y parejas de hombres cuando uno de los 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, en coherencia con las modificaciones operadas sobre la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil por la disposición final undécima”. Y en relación a esta última Ley, la exposición de motivos de la LT observa que la modificación de su art. 44 se dirige a “permitir la filiación no matrimonial en parejas de mujeres lesbianas, puesto que, hasta ahora, solo se preveía la matrimonial”. Desde luego, estas declaraciones son ciertas, pero resultan manifiestamente escasas para describir la trascendencia de los cambios legales y sus efectos. Vamos a verlo.

## **2. La modificación terminológica**

Por lo que se refiere al cambio terminológico o de implementación del lenguaje inclusivo, debe hacerse una distinción. Por una parte, la Ley insiste en sustituir los términos “padres” o “padre y madre”, por los de “progenitores”, conforme a una denominación introducida en la legislación ya desde la incorporación del art. 7.3 LTRHA precisamente por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, de rectificación registral de la mención relativa al sexo, que esta Ley Trans deroga (D.D. única). Tal es el único contenido de la modificación de los arts. 108, 109, 110, 132.I, 163 y 170 Cc., y de los arts. 53.3 y 69 LRC. Sobre la incorrección del término, no abundaré aquí en lo ya reiterado por la doctrina desde entonces, al remitir a una relación biológica de filiación excluida por hipótesis en muchos de los supuestos legales. Pero sí advertiré que a estos efectos la reforma merece la calificación de arbitraria, porque no se comprende cuál ha sido el criterio para retocar sólo algunos artículos, y ridícula, precisamente por el gran número de preceptos que mantienen los clásicos términos padre y madre. Baste el empleo de un buscador sobre el Código para descubrir su alto número.



Dentro de este apartado meramente terminológico, también ha de subrayarse que “el hombre y la mujer” como sujetos del matrimonio, que había superado sin problemas la Ley 13/2005, de matrimonio homosexual, sucumbe ahora en el art. 44 Cc. frente al más políticamente correcto (e inclusivo) “toda persona”. Y también ha de inscribirse en este apartado la nueva redacción que la D.A. 2ª LT da a la D.A. 3ª de la Ley 21/1987, de adopción, según la exposición de motivos para incluir en la adopción conjunta también a las parejas de hecho homosexuales, olvidando que dicho efecto resulta indudable tras la redacción dada al art. 175.4 Cc. por la Ley 26/2015, de protección a la infancia y la adolescencia. Confiemos en que estos retoques no demuestren, en realidad y en general, un empeño en proscribir de nuestro ordenamiento las palabras hombre y mujer, por discriminatorias.

Porque vayamos a lo realmente importante, que son los mencionados novísimos términos de “progenitor no gestante” y “progenitor gestante”, que se presentan como alternativa a los de “padre” y “madre”, respectivamente, en los arts. 120.1 y 5, 124.II, 137.1 y 2 y 139 Cc. (en este último: “progenitor *que conste como gestante*”). Esta adición alternativa y reiterada, sin embargo, no se realiza sobre la Ley del Registro Civil: su art. 44 equipara, bien al padre, bien a la madre, la madre no gestante o la persona trans gestante (vid. apartados 4 y 6 del precepto). Y además, el legislador opta por introducir una D.A. 10ª, que resuelve la diferencia con una asimilación general: “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” (D. F. 11ª. Siete LT). Es la misma técnica legislativa empleada por la Ley Trans en el nuevo art. 958 bis Cc., que extiende al “cónyuge supérstite gestante” las referencias legales a la viuda, y en otras normas. Así, el art. 48.4 ET (D.F. 14ª LT) se introduce un nuevo párrafo que dice: “A los efectos de lo dispuesto en este apartado (suspensión del contrato de trabajo por nacimiento), el término de madre biológica incluye también a las personas trans gestantes”. Y la DF 16ª. Dos LT da nueva redacción al art. 48 e) del Estatuto del Empleado Público, para comprender como funcionarias embarazadas a las personas trans gestantes, y al art. 49 a), para incluir en el término de madre biológica a las personas trans gestantes.

Según el Diccionario de la RAE, la conjunción copulativa “o” tanto puede tener un significado de diferencia, separación o alternativa entre dos términos, como de equivalencia entre ellos. Por consiguiente, de la modificación expuesta resulta que junto al padre y la madre, como realidades distintas pero asimiladas a ellas, se introduce, respectivamente, la de los mencionados progenitores no gestante y gestante. De manera que la reforma no es sólo terminológica, sino sustancial, porque afecta a las categorías habituales y comúnmente aceptadas de padre y madre, que ciertamente no se suprimen, pero resultan profundamente alteradas en su correspondencia respectiva al sexo



masculino y al sexo femenino. Lo cual es una grave novedad, que supera la tradicional distinción y posible contradicción entre la paternidad o maternidad jurídica y la biológica, posible desde siempre dados los diferentes títulos de determinación de la filiación, e impuesta por algunas técnicas de reproducción humana asistida. Ahora asistimos al desdibujamiento de los conceptos mismos de padre y madre ligados al sexo, para pasar a depender no ya de la voluntad de ser padre o madre, ni siquiera de la de ser hombre o mujer, sino de la función gestante o no desempeñada en la reproducción. Aparentemente, el legislador parece haber decidido que quien no haya gestado, es padre, y madre quien sí lo haya hecho. Aunque ésta última sea un hombre para el Registro Civil, y por ende a todos los efectos sociales. Ello me conduce a plantearme si el Derecho se cree, realmente, dicho cambio, cuando el parto sigue determinando la filiación *materna*.

Quizá los defensores de la conquista que para el libre desarrollo de la personalidad representa esta Ley me achaquen hacer supuesto de la cuestión. Pero no es así, porque la reforma no ha terminado ni con los conceptos legales de filiación materna y paterna, ni con los diferentes títulos para su determinación, ni con la exigencia natural (y legal: art. 44.4.II LRC) de existencia de filiación materna. Los reiterados nuevos palabras sólo (no es que sea poco, desde luego) conducen a vaciar de referencia sexual la paternidad y la maternidad, para distinguir entre progenitores por la función desempeñada en la generación. Y todo ello, con la única explicación de extender a las parejas de mujeres la posibilidad de doble maternidad antes permitida sólo a las casadas entre sí en el art. 7.3 LTRHA.

Ni siquiera la indudable complejidad técnica del Derecho de filiación puede justificar que el legislador haya sido tan miope como para entender que sus cambios se reducen a la recepción del lenguaje inclusivo y a la ampliación de la determinación de la doble maternidad. Resulta aquí oportuno mencionar que tanto el Consejo General del Poder Judicial como el Consejo de Estado señalaron en sus respectivos y acuciados dictámenes que las reformas terminológicas incidían necesariamente en el concepto, recomendando el segundo suprimir el término “progenitor gestante”, por reducir la maternidad al hecho puramente biológico de la gestación, contra su naturaleza y consiguiente protección constitucional. Evidentemente: caso omiso.

Así pues, yendo mucho más allá de lo declarado en la exposición de motivos, la LT sacude aún más nuestro ya herido sistema de filiación, al poner en cuestión de la manera expuesta los conceptos de padre y madre, y de paso, la condición de mujer. Ello, por equiparar la complejidad y riqueza de la palabra *madre* con el reduccionismo del *progenitor gestante*, que puede ser un hombre registral. Y por dejar en un limbo jurídico si lo determinado es una filiación paterna o materna, lo cual siempre ha estado



meridianamente claro, pero ya no. Porque donde antes decía el art. 44 LRC “la filiación paterna... se hará constar”, dice ahora “la filiación del padre o de la madre no gestante”, atribuyendo al progenitor una filiación correspondiente al hijo, y que plantea la duda de si es paterna o materna. Lo mismo que el hecho del parto: la equiparación recogida en los arts. 120.5 Cc. y 44.6.II.3ª LRC conduce a afirmar que la persona trans gestante se determina como madre, pero ni siquiera resulta seguro. Supongo que habrá que adecuar a esta indefinición los documentos registrales, introduciendo ya en general, para todas las inscripciones de nacimiento, la denominación “progenitor/a A y B” (recuérdese el intento en tal sentido de la Orden JUS/568/2006, de 8 de febrero, sobre modelos de asientos y certificaciones del Registro Civil y del Libro de Familia, que hubo de rectificar la ulterior y vigente Orden JUS/644/2006, de 6 de marzo, que limitó dicha denominación para las parejas del mismo sexo). Y ello, pese a que la filiación paterna y la materna siga presente, según ya he dicho, en la legislación.

### **3. La modificación sustantiva**

Conforme ya ha quedado expuesto, la LT se dirige a ampliar la doble filiación materna también para las parejas de mujeres no casadas, para superar así la limitación a las casadas recogida en el art. 7.3 LTRHA, que se ha revelado como una de las cuestiones más pródigas en litigiosidad en los últimos años. Para ello, *parece* querer incluir la declaración de la pareja de la madre en el formulario oficial del Registro Civil, para determinar la filiación en el momento de la inscripción del nacimiento, y admitir también su reconocimiento ulterior (arts. 120.1º y 2º Cc., como progenitor no gestante). Que se somete a los requisitos de validez y eficacia propios del reconocimiento. Así, el art. 124.II Cc. prevé ahora la suspensión de la eficacia del reconocimiento de menor de edad hecho por el padre o progenitor no gestante en testamento o dentro del plazo para practicar la inscripción de nacimiento, a instancia de la madre o progenitor gestante. Y en concordancia con ello, el art. 44.6 LRC ahora exige el consentimiento expreso de la madre o persona trans gestante para la eficacia del reconocimiento de hijo menor de edad. En suma, se aplica el régimen del reconocimiento y sus límites de eficacia a la determinación de la segunda maternidad no matrimonial, lo cual es otra importante novedad.

También supuestamente bajo el prisma de la doble maternidad se modifica el art. 44.4.III LRC, que contempla la constancia registral, “en el momento de la inscripción del hijo”, de la “filiación del padre o de la madre no gestante” (antes decía “filiación paterna”). De manera que se hará constar:

- a) En caso de matrimonio con la madre, además de por la presunción de paternidad, por el consentimiento de ambos cónyuges, aun mediando separación legal o de



hecho. Esta previsión parece querer sustituir al derogado art. 44.5 LRC, que decía: “También constará como matrimonial cuando la madre estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer y esta última manifestara que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge”. Este precepto concordaba con el art. 7.3 LTRHA, que curiosamente no ha sido derogado. Probablemente, se ha entendido indebidamente que tal derogación ha de incluirse en la de la Ley 3/2007, de rectificación registral de sexo, con cuya ocasión se incluyó en la LTRHA, según ya he mencionado. Pero sigue en vigor, y recoge un título de determinación de la doble maternidad matrimonial ahora en colisión con la LRC, ya que nada prevé sobre consentimiento de la madre a la declaración de maternidad de su esposa, y sigue exigiendo que no medie separación legal ni de hecho. Su interpretación coordinada con el nuevo art. 44.4 LRC será el siguiente capítulo de su atribulada historia.

b) A falta de matrimonio, cuando el padre o la madre no gestante manifieste su conformidad a la determinación de la filiación, si no fuere contraria a presunciones legales y no existiere controversia, con cumplimiento además de “las condiciones previstas en la legislación civil para su validez y eficacia”, en concordancia con el art. 120.1 Cc. conforme a lo ya mencionado.

Pues bien, pasando ahora por alto la ya reiterada indecisión terminológica del legislador, debe aplaudirse que a la declaración de asunción de maternidad hecha por la compañera o esposa de la madre le sean de aplicación los límites de eficacia del reconocimiento, y particularmente el consentimiento de la madre, como parte de la doctrina venía exigiendo. Pero ha de advertirse que aplicar el reconocimiento a la doble maternidad conduce a la alteración de su concepto: de ser un título de determinación de la filiación cuyo presupuesto es la veracidad, pasa a basarse exclusivamente en la voluntad, independientemente de la relación biológica. Alteración inevitable al aplicar un título de determinación de la filiación biológica a la asistida: hoy más que nunca se aprecia la acuciante necesidad de regular la filiación asistida de forma separada a la natural. Porque la realidad es tozuda: por muy terca que se ponga la legislación, el régimen de impugnación de estos reconocimientos tendrá que ser necesariamente distinto. Por otra parte: ¿ha de entenderse que esta reforma afecta al régimen de las acciones de filiación? O dicho de otra forma: si el progenitor no gestante no realiza ni la declaración en plazo ni el reconocimiento ulterior, ¿es exigible judicialmente, como pretensión de una acción de reclamación *stricto sensu*?

Hasta aquí, creo que ha quedado demostrado que las reformas en materia de filiación en absoluto se limitan a lo declarado en la exposición de motivos. Antes bien, su calado afecta profundamente al sistema de filiación, que queda tocado y afectado por



sustanciales indefiniciones y contradicciones. Si la introducción del art. 7.3 LTRHA, cuña de diferente madera del sistema en que se trató de engarzar, ha ocasionado en estos últimos quince años una jurisprudencia que se ha revelado disolvente para la comprensión del régimen de la filiación, cabe imaginarse el efecto que esta reforma puede traer consigo. Como ejemplo: ¿cabe aplicar la presunción de paternidad en caso de matrimonio entre dos hombres del mismo sexo registral, siendo uno de ellos progenitor gestante? Porque la inscripción de ambos como progenitores, si media el consentimiento de ambos, parece posible ex art. 44.4.III a) LRC. Y, de nuevo: ¿es maternidad la del progenitor gestante? Y, para terminar: considerando que el cambio de sexo registral produce efectos hacia el futuro, conforme al art. 46.5 LT, la filiación materna determinada antes del cambio de sexo registral es compatible con la condición masculina del progenitor, y con los derechos ligados al sexo en la legislación sectorial que aquélla hubiera ocasionado.

#### **4. Conclusión y juicio personal**

Las supuestas modificaciones terminológicas incluidas por la Ley Trans, además de revelar la indefinición e indecisión del legislador, introducen en el sistema una complejidad y falta de claridad absolutamente contrarias a la seguridad jurídica, dada la anfibología de los nuevos términos. Pero, sobre todo, afectan a la concepción misma de la paternidad y la maternidad ligadas al sexo biológico, y representan por tanto una quiebra radical para el sistema, su comprensión y aplicación. Carece de todo sentido, en nombre de los derechos de una minoría de personas, dinamitar algo tan socialmente relevante como la regulación de la filiación, que precisa de un referente anclado en la realidad y en la habitualidad. La autoafirmación de la voluntad, contradicha por la biología, constituye un presupuesto inseguro y lábil para sustentar la respuesta jurídica a la filiación.

Por ende, más que nunca, ha de insistirse en la necesidad de regular la filiación derivada de técnicas de reproducción asistida de forma separada a la filiación por naturaleza, dado que responden a presupuestos radicalmente diferentes. Y el respeto de los derechos de las personas trans y su no discriminación no puede erigirse en uno de los principios para la determinación de la filiación, en general y sin matices.