

## MATRIMONIOS DEL MISMO SEXO: PROBLEMAS REGISTRALES DE LOS HIJOS

**JOSÉ IGNACIO ATIENZA LÓPEZ**  
*Secretario Judicial*

**Palabras clave:** matrimonio homosexual, inscripción registral de hijos.

### **ENUNCIADO**

Juana, de nacionalidad española, y Sofía, italiana, han contraído matrimonio al amparo de la nueva regulación que permite los matrimonios entre personas del mismo sexo. Ambas, acudieron tiempo antes a una clínica especializada en tratamientos de fertilidad para que una de ellas tuviese un hijo/a, mostrándose conformes en que sería Juana la persona sobre la cual se intentase el embarazo in vitro, tras los correspondientes estudios de los perfiles de ambas y en la modalidad de inseminación heteróloga (uso de gametos de un hombre distinto del futuro padre legal).

Ha nacido el niño, y ambas han acudido al Registro Civil (RC) para inscribir el nacimiento; ha quedado inscrito el nacimiento del menor figurando como madre, su madre biológica, es decir, Juana, y haciéndose mención a que Sofía es cónyuge de la madre.

Sofía ha presentado escrito solicitando del encargado del Registro que ha inscrito el nacimiento, que desea constar en el RC como progenitora del menor, hijo de su cónyuge, y basando su petición en que, al no haber padre, ella es quien tiene que figurar inscrita como progenitora. El encargado del Registro lo deniega.

Contra esa decisión recurre Sofía por entender que se están vulnerando sus derechos como cónyuge legítima de la madre y a la vista de todos los antecedentes, entiende que ella debe constar como progenitora también.

¿Tiene razón Sofía?

## CUESTIONES PLANTEADAS:

Problemas registrales civiles derivados del matrimonio de personas del mismo sexo.

## **SOLUCIÓN**

En este caso Sofía entiende que, al no haber padre, ella es quien tiene que aparecer como progenitora, pues lo contrario supone una vulneración de su legítimo derecho como cónyuge legítima de la madre, dada la documentación acreditativa de los diferentes tratamientos facultativos a los que se han sometido, y sin que sea preciso que para lograr su objetivo haya de acudir a un procedimiento de adopción.

El régimen de la filiación de los nacidos con la ayuda de las técnicas de reproducción asistidas, viene integrado por reglas especiales recogidas en la Ley 11/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida y por las normas generales vigentes sobre filiación del Código Civil, así como por las normas propias de las Comunidades Autónomas. La idea que preside la nueva ley citada, coincide con la anterior de 1988, en el sentido de que los hijos no son solo los engendrados por la carne. Este no es un planteamiento radicalmente novedoso, pero sí se aparta del principio general inspirador de la regulación legal vigente en España en materia de filiación desde la reforma del Código Civil de mayo de 1981, basada en la finalidad de facilitar la investigación de la verdadera paternidad para dotar a esta de eficacia jurídica real por el principio de la veracidad de la paternidad, y de ahí las Sentencias del Tribunal Constitucional de 26 de mayo de 2005 y de 7 de octubre del mismo año, que declararon la inconstitucionalidad de los artículos 133.1 y 136.1 del Código Civil.

El análisis de la cuestión exige partir de la distinción entre inseminación homóloga (utilización de material reproductor de quien legalmente va a ser padre del nacido) e inseminación heteróloga (fecundación con gametos de un varón distinto del futuro padre legal, o sea la llamada fecundación con contribución de donante). Pues bien, este supuesto abarca no solo los casos en que el donante del material reproductor es otro varón, sino también aquellos en que es otra mujer la que contribuye a la reproducción donando los óvulos que van a ser fecundados. En nuestro caso estamos ante una inseminación heteróloga con contribución de donante masculino siendo los óvulos fecundados los de la propia madre gestante, lo que nos va a permitir identificar el régimen jurídico aplicable a este supuesto de hecho.

En los casos de inseminación heteróloga, nos hallamos ante un título de atribución de la filiación que no consiste, respecto del varón que va a ostentar la condición de padre legal, en el hecho de la generación biológica, sino en un proceso jurídico complejo integrado por dos elementos: un acto jurídico al que se atribuye naturaleza negocial de carácter previo por el cual se asume una paternidad del hijo de determinada mujer todavía no concebido que no es imputable por razón de naturaleza, unido a la condición legal de encontrarse el material reproductor del donante en el útero de la

mujer designada en el previo acto negocial antes del fallecimiento del varón. No existe ningún otro requisito legal de carácter sustantivo, ni siquiera el matrimonio o la existencia de una relación de pareja de hecho estable entre los futuros padres legales.

La naturaleza jurídica del acto negocial previo, es la propia de un negocio jurídico que afecta al estado civil con escaso margen de configuración para la autonomía de la voluntad de las partes al tener sus propias normas de derecho cogente y de orden público. En este negocio hay dos voluntades, la del varón que consiente la paternidad y la de la mujer que presta su asentimiento y cuyos efectos son análogos a los de la adopción, en cuanto generadores de un título de atribución de una filiación que por naturaleza no corresponde. Esta regulación de *ius cogens*, que remite la determinación de la filiación a las reglas de nuestro Código Civil, tan solo contempla la posibilidad de atribuir la filiación no biológica en los casos de reproducción asistida por inseminación heteróloga al varón, casado o no con la mujer usuaria de la técnica de reproducción asistida que consiente la fecundación y en ningún caso a otra mujer.

Cabría pensar para admitir la tesis de Sofía que puede utilizarse el artículo 3 del Código Civil para hacer una interpretación extensiva de la normativa a tenor de la realidad social a que la norma ha de ser aplicada, especialmente teniendo en cuenta las adopciones de menores por parte de dos personas del mismo sexo admitidas en España desde la aprobación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio que incorpora al artículo 44 del Código Civil una proclamación de igualdad de requisitos y efectos del matrimonio con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de distinto sexo. Sin embargo esta posible interpretación extensiva debe entenderse impedida por el hecho de que esta reforma del Código Civil ha dejado intacta toda la regulación de los artículos 112 a 141 del Código Civil y sin que la nueva redacción del artículo 48 tenga realmente un alcance sustantivo o material, ya que la extensión a la filiación materna del régimen de constancia registral en la inscripción de nacimiento por referencia a la inscripción del matrimonio de los padres, no pasa de ser una mejora de técnica legislativa referida a la forma de la constancia registral de tal filiación, puesto que la posibilidad de que la madre sea determinada por su reconocimiento del hijo es una posibilidad que ya antes de la reforma operada era admitida por nuestro Derecho.

Así pues, la conclusión de nuestro caso como respuesta para dar a Sofía, es clara: aún partiendo del principio incuestionable de que los matrimonios entre personas del mismo sexo, no deban ser objeto de discriminación, los efectos atribuidos a aquellos no pueden llegar al extremo de que se establezca doblemente, por la sola declaración de las interesadas, la maternidad tanto respecto a la mujer que ha dado a luz como respecto de la cónyuge de esta. La maternidad es única en nuestro derecho y queda determinada por naturaleza o por adopción (art. 108 CC), resultando en el primer caso y respecto de la madre, del hecho del nacimiento. El principio de veracidad biológica que inspira nuestro ordenamiento en materia de filiación se opone frontalmente a que, determinada la maternidad por el hecho del parto, pueda sobrevenir otro reconocimiento de la maternidad por otra mujer. Ninguna otra solución parece deducirse de los principios constitucionales y la solución que se propugna de la unidad de la maternidad es la que resulta de la legislación civil y registral civil. Recuérdese que no es eficaz la determinación de una filiación cuando hay otra contradictoria acreditada (arts. 113 CC y 50 LRC).

El vínculo intentado de maternidad respecto de quien no es madre biológica solo puede obtenerse a través de todo el mecanismo de la adopción; esta posibilidad no está limitada en la actualidad a las parejas heterosexuales, sino que se encuentra también abierta en el derecho positivo vigente a las parejas del mismo sexo a cuyo través se podrá obtener la constitución de una relación jurídica de filiación de igual contenido que la biológica. Por tanto, Sofía ha de ir a un proceso de adopción para lograr su objetivo.

#### SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Código Civil, arts. 113 y 120.
- Ley de 8 de junio de 1957 (LRC), arts. 47, 48 y 50.
- RDGRN de 30 de septiembre de 2004 y 5 de junio de 2006.