



**Recomendación general del Ararteko 4/2010, de 23 de diciembre.**

**Abolición de barreras administrativas formales a familias homoparentales y a parejas o matrimonios del mismo sexo**

## **1. Introducción**

En los dos últimos años hemos recibido algunas quejas, así como distintas denuncias realizadas fundamentalmente por asociaciones de gays y lesbianas, que ponen en nuestro conocimiento las dificultades o barreras de orden formal con las que se enfrentan las parejas del mismo sexo, especialmente las que tienen hijos o hijas, debido a la insuficiente o inadecuada adaptación formal de las administraciones vascas a los cambios jurídicos que han permitido la constitución y el reconocimiento jurídico de un nuevo modelo de familia, a saber el compuesto por dos progenitores o progenitoras del mismo sexo y sus hijos e hijas, para cuya denominación se ha acuñado el término de familias homoparentales.

Si bien no se trata, en principio, de barreras materiales que impidan el ejercicio efectivo de los derechos de las personas que componen estas familias, sino de meras trabas formales –como las que afectan a la cumplimentación de formularios basados en modelos que no se han adaptado a esta nueva realidad social y jurídica-, sí que resulta esencial que se ponga fin a las inercias administrativas y se revise la totalidad de situaciones que puedan provocar dificultades injustificadas para las personas homosexuales que han formado una pareja o una familia homoparental.

Dada la dispersión del origen de las trabas que se han denunciado ante esta institución, que procedían de distintos niveles administrativos, y de diferentes órganos y administraciones públicas vascas, hemos considerado que resultaba conveniente abordar conjuntamente esta cuestión y formular la presente recomendación general.

## **2. El nuevo marco legal para el reconocimiento jurídico de la constitución y la filiación de las parejas homosexuales**

Son dos las leyes que han modificado sustancialmente el régimen jurídico de las parejas homosexuales, y que constituyen la cobertura jurídica para la filiación por parejas del mismo sexo. Por un lado, la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, que entró en vigor el 3 de julio de 2005. Esta ley permite que el matrimonio sea celebrado entre personas del mismo o distinto sexo, con plenitud e igualdad de derechos y obligaciones cualquiera que sea su composición. A partir de esta modificación del Código Civil, los efectos del matrimonio, que se mantienen en su integridad



respetando la configuración objetiva de la institución, serán únicos en todos los ámbitos con independencia del sexo de los contrayentes; entre otros, tanto los referidos a derechos y prestaciones sociales como la posibilidad de ser parte en procedimientos de adopción.

La ley lleva también a cabo una adaptación terminológica de los distintos artículos del Código Civil que se refieren o traen causa del matrimonio, así como de una serie de normas del mismo Código que contienen referencias explícitas al sexo de sus integrantes. En concreto, las referencias al marido y a la mujer se han sustituido por la mención a los cónyuges o a los consortes, cuya acepción jurídica será la de persona casada con otra, con independencia de que ambas sean del mismo o de distinto sexo.

Resulta fundamental recordar, en este contexto, que, a tenor de la disposición adicional primera de esta ley, todas las referencias al matrimonio que se contienen en nuestro ordenamiento jurídico han de entenderse aplicables tanto al matrimonio de dos personas del mismo sexo como al integrado por dos personas de distinto sexo. La ley modifica así mismo determinados preceptos de la Ley sobre el Registro Civil.

Dos años antes de que entrara en vigor esta reforma estatal del matrimonio civil, en el País Vasco ya se había producido un cambio fundamental para el reconocimiento jurídico de las parejas homosexuales, con la promulgación por el Parlamento Vasco de la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho. Esta ley, además de reconocer un estatuto jurídico para las parejas homosexuales que se registraran como tales, permitía ya en su artículo 8 la adopción conjunta por parte de las parejas formadas por dos personas del mismo sexo, con iguales derechos y deberes que las parejas formadas por dos personas de distinto sexo y las parejas unidas por matrimonio. Así mismo, reconocía que la hija o hijo adoptivo o biológico de una de las partes de la pareja tendrá derecho a ser adoptado por la otra parte. Con ello inauguraba en nuestra Comunidad Autónoma el reconocimiento jurídico de la filiación por parte de parejas homosexuales.

Todo ello ha supuesto, sin duda, la consolidación en el universo jurídico de una realidad que ya se hacía presente socialmente, pero que, en los últimos años, se ha incrementado notablemente, precisamente por la contribución que para el impulso de la constitución de parejas homosexuales formalizadas, así como de familias homoparentales con hijos o hijas han supuesto las reformas legales mencionadas. Así pues, la realidad de las familias homoparentales es ya indiscutible y su reconocimiento jurídico pleno debe tener como consecuencia –ex artículo 14 de la Constitución– la plena equiparación de derechos y deberes respecto a las familias compuestas por parejas heterosexuales, lo que, entre otras cosas, significa que es preciso expulsar del funcionamiento administrativo cualquier rémora del pasado –por más que esta se circunscriba a una mera





formalidad- que excluya o contradiga implícita o explícitamente esta realidad.

### **3. Subsistencia de inercias administrativas formales y necesidad de adaptación del funcionamiento administrativo en distintos ámbitos**

Como ya hemos indicado anteriormente, hemos podido constatar, por medio de las quejas y denuncias recibidas, que aún existen numerosos ámbitos en los que las parejas homosexuales y las familias homoparentales deben hacer valer expresamente la necesidad de su reconocimiento formal, lo que puede generar situaciones absolutamente injustificadas de tensión, perplejidad y, en algunos casos, de verdadera indefensión ante lo que puede incluso llegar a tener consecuencias discriminatorias.

Se trata básicamente de la falta de adaptación de formularios y otros documentos administrativos a esta realidad, cuando exclusivamente se refieren a familias constituidas por padre y madre. Ello lleva a que las personas del mismo sexo titulares de familias con hijos o hijas tengan que rellenar dichos formularios o instancias posicionándose respectivamente como padre o madre cuando su identidad no se corresponde con esa estructura familiar. Esto afecta igualmente a los propios hijos o hijas cuando estos deben referirse en distintos impresos a las personas respecto a las que ostentan su filiación de una manera ficticia que no casa con la realidad. Así mismo, en algunos casos tal falta de adaptación se refiere a las propias parejas, cuando es preciso hacer referencia al cónyuge, hombre o mujer, por ejemplo en el acceso a determinados servicios o prestaciones, como pueden ser las residencias de personas mayores.

Las denuncias que hemos recibido se refieren fundamentalmente a formularios o impresos que se rellenan en las clínicas y hospitales vascos, en el momento del nacimiento de hijos o hijas; a formularios o impresos de solicitud de becas educativas o de otra índole; solicitudes de ayudas, bonificaciones varias, por ejemplo para transportes escolares, a inscripciones en escuelas y colegios o distintos centros educativos, comedores, guarderías, centros recreativos, polideportivos, escuelas de verano, academias de lenguas, etc. Como indicábamos, también existen supuestos en que el acceso de parejas a determinadas prestaciones o centros pasa por cumplimentar formularios que no recogen la posibilidad de que ambos componentes de la pareja tengan el mismo sexo.

En cualquier caso, lo cierto es que la dispersión del origen de estas trabas es enorme y afecta no sólo a entes públicos sino también a entes concertados o de naturaleza privada, que sin embargo gestionan servicios o prestaciones públicas, o deben contar con una autorización administrativa para llevar a cabo su actividad. Esto no significa que el problema sea generalizado, ya que también existen cada vez más entidades e instituciones que han tomado conciencia de esta injusta situación y se han ido adaptando a la nueva realidad.





La Ley vasca 2/2003, reguladora de las parejas de hecho, contemplaba ya en su capítulo IV –titulado *régimen de Derecho público-administrativo*- un régimen de adaptación de las administraciones públicas a la realidad que estaba reconociendo, y ello en relación con el ámbito fiscal, el ámbito de la función pública, en materia de mediación, en materia de servicios sanitarios, o en lo que afecta a las residencias de personas mayores, así como en cuanto a los trámites administrativos post mortem, en cuanto al régimen penitenciario y al régimen laboral y de la Seguridad Social. Estas disposiciones legales se referían al régimen jurídico material que, en estos ámbitos, debe operar en condiciones de igualdad respecto a las personas unidas por matrimonio (en el momento de promulgación de la ley, solo heterosexuales). Lógicamente, no es preciso que ninguna norma reitere que tal régimen de igualdad debe operar igualmente entre matrimonios heterosexuales y homosexuales, pues tal distinción resulta ya irrelevante, una vez que se ha reconocido el acceso a la institución matrimonial también a las parejas del mismo sexo.

Resulta, sin embargo, paradójico y jurídicamente inaceptable que subsistan modelos de instancias, impresos, formularios y otros documentos que, al no contemplar formalmente esta realidad reconocida jurídicamente, producen una desigualdad en el trato a las personas del mismo sexo unidas en pareja de hecho o en matrimonio y al resto de componentes de las familias que estas hayan podido constituir, pudiendo en esa medida vulnerar igualmente el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la norma constitucional.

Por esa razón, consideramos en esta institución que, pasados ya más de 5 y 7 años respectivamente desde la aprobación de las dos normas legales a las que nos hemos referido, es imprescindible que se ponga definitivamente fin a estas inercias del todo injustificadas, habida cuenta del largo lapso de tiempo transcurrido desde las reformas que imponen una nueva concepción de las parejas de hecho o matrimoniales y de las familias que las personas homosexuales puedan constituir.

#### **4. El problema de la inscripción registral de la filiación de madres lesbianas**

Cuestión diferente es la que afecta a la inscripción registral de la filiación de la madre no biológica de una pareja de dos mujeres. Se trata de un tema que, por razones pragmáticas que seguidamente explicaremos, y con objeto de aliviar o mejorar las trabas que se puedan producir en el momento de la inscripción de la filiación de los hijos e hijas nacidos en el seno de matrimonios de mujeres, hemos considerado oportuno tratar en el marco de esta recomendación, aunque el problema de fondo no pueda ser resuelto en el ámbito autonómico, en la medida en que afecta a competencias estatales.

Hemos tenido conocimiento de este problema, tanto a través de una queja concreta, como por indicación y denuncia de asociaciones vascas que trabajan en el ámbito de los derechos de gays y lesbianas. La cuestión se refiere a las





dificultades que encuentran las parejas de mujeres unidas en matrimonio, cuando una de ellas engendra un hijo o hija mediante técnicas de fecundación asistida y la otra mujer pretende que, mediante la inscripción del hijo o hija en el Registro Civil, se determine su maternidad respecto al mismo, aunque no sea su hijo biológico. En dichos supuestos, el artículo 7 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida, en la redacción dada por la Disposición adicional primera de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, dispone en su apartado 3 que *“cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que, cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido”*.

Con la reforma del matrimonio civil efectuada por la Ley 13/2005, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, extendiendo dicho derecho a las personas del mismo sexo, se equipara en derechos a los matrimonios heterosexuales y a los homosexuales, de tal modo que las parejas del mismo sexo no pueden ser objeto de discriminación. No obstante, con posterioridad, el legislador matiza esta equiparación plena contenida en el Código Civil, en lo que respecta a la determinación legal de la maternidad, pues viene a entender que, en los supuestos de reproducción asistida, no basta con el solo hecho del matrimonio para que quede establecida una doble maternidad, tanto respecto a la madre biológica como respecto a la mujer casada con ella. Por esa razón, incorpora el tercer párrafo –que antes hemos transcrito literalmente- en el artículo 7 de la Ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción asistida. Conviene en este punto recordar que, en estos supuestos de reproducción asistida, la regulación que se desprende del artículo 8 de la misma ley para el supuesto de la paternidad (en matrimonios heterosexuales), se limita a indicar que los hijos nacidos a consecuencia de la fecundación asistida de la madre son también hijos del marido que haya prestado su consentimiento formal, previo y expreso a la fecundación con contribución de donante o donantes.

En consecuencia, la regulación que esta ley hace, en supuestos de fecundación asistida con contribución de donante o donantes, de los requisitos para la determinación de la paternidad no biológica es distinta a la que prevé para la maternidad no biológica, en la que impone una manifestación de la voluntad de consentir la filiación, que deberá realizarse ante la juez o el juez encargado del Registro Civil. Lo cierto es que en la práctica esta declaración previa del padre se realiza mediante su firma, en el centro sanitario en que se realizan las técnicas de fecundación asistida a su mujer, de un documento en el que manifiesta su consentimiento para que dicha fecundación asistida tenga lugar, lo que permite con posterioridad, en el momento del nacimiento del hijo o hija, que su paternidad respecto al mismo se determine automáticamente y sin más trámites.

Sin entrar en disquisiciones sobre el acierto de esta regulación legal y su adecuación al principio de igualdad constitucional, que desbordarían nuestro ámbito de competencias, sí hemos podido constatar que la regulación contenida en el mencionado apartado 3 del artículo 7 de esta ley, para las parejas de mujeres





casadas, está dando lugar a prácticas registrales no uniformes en lo que se refiere a los requisitos que se exigen de facto a las madres no biológicas de parejas casadas de lesbianas para determinar su maternidad respecto al hijo o hija biológica de sus cónyuges. Así, en algunos registros civiles, se está admitiendo que la declaración de la pareja de la madre biológica se produzca una vez nacido el hijo o la hija, es decir, en el momento en que se acude a inscribir a este en el Registro Civil, mientras que en otros registros se exige, antes del parto, una comparecencia formal de la madre no biológica para manifestar formalmente ante el encargado o encargada del Registro Civil su voluntad de que la filiación se determine a su favor, con la consecuencia de que, si esta no se ha producido, no se admite ya la filiación a favor de la mujer, cónyuge de la madre biológica, y se imple a aquella a tener que iniciar un proceso de adopción, si quiere que se determine su maternidad respecto al niño o niña nacida en el seno de su matrimonio.

En puridad, la exigencia del referido artículo 7 es que la madre no biológica comparezca ante el encargado o encargada del Registro Civil con anterioridad al parto (no se establece cuál debe ser el momento preciso) para manifestar su consentimiento para que se determine la filiación del nasciturus a su favor. De la literalidad de este precepto ("*...* podrá manifestar (...) **que consiente** en que, cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido.") se desprende, a nuestro juicio, que la intención del legislador parece ser, en todo caso, la de preservar la posibilidad de la mujer, cónyuge de quien se somete a la reproducción asistida, de que no se le impute con posterioridad involuntariamente una filiación no deseada, y no la de añadir una traba o barrera a la determinación legal de su maternidad.

Eso explica, a nuestro entender, que en algunos registros civiles no se esté exigiendo la formalidad de la comparecencia previa ante el encargado o encargada del Registro Civil y se esté admitiendo que, de manera automática, con la mera constatación del matrimonio, se inscriba la filiación respecto a las dos mujeres que componen el matrimonio, cuando el hijo o hija ya ha nacido, o se esté exigiendo simplemente que se presente la documentación suscrita en la clínica, en la que la pareja de quien se somete a la fecundación asistida manifiesta su consentimiento a la aplicación de dichas técnicas, tal y como se hace respecto al padre en el supuesto de los matrimonios heterosexuales, cuando tampoco el marido resulta ser el padre biológico del niño o niña. De este modo, en estos registros se está dando por válido tal consentimiento efectuado en la clínica, en calidad de manifestación de voluntad, previa al parto, de la cónyuge de la madre biológica, aunque no se haya producido propiamente una comparecencia, antes del nacimiento, ante el encargado o encargada del Registro Civil. Son solo algunos los registros que operan de esta manera, pues otros no reconocen la validez del consentimiento prestado en la clínica, lo que genera una clara inseguridad jurídica para las mujeres afectadas.

Con todo, lo cierto es que la mayoría de los matrimonios de mujeres que se ven en esta situación desconocen esta regulación y entienden que el mismo hecho de que





el hijo o hija vaya a nacer en el seno del matrimonio comporta la filiación automática a favor de las dos mujeres que componen el matrimonio, más aún, teniendo en cuenta que, en las clínicas u hospitales en los que una de las mujeres de la pareja se somete al proceso de fecundación asistida, se ofrece a su cónyuge la posibilidad de firmar el mismo impreso que se presenta ante los padres de parejas heterosexuales cuando su cónyuge se somete a estas técnicas, es decir, un documento en el que aquellos dejan constancia de su consentimiento de que tales técnicas se lleven a cabo, lo que luego bastará, en el caso de los padres, -como ya hemos explicado- para que se determine automáticamente la filiación del hijo o hija que nazca a su favor (ex artículo 8 de la referida Ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción asistida). La falta de criterio uniforme en las actuaciones de los registros civiles dificulta aún más la situación de estas parejas de mujeres, que perciben una gran inseguridad jurídica en esta cuestión.

Sin perjuicio de que consideremos que el problema de fondo que aquí se plantea atañe, sin ninguna duda, a una competencia estatal (artículo 149.1.8 de la Constitución sobre legislación civil) y que, en consecuencia, desborda nuestro ámbito de actuación, nos parece oportuno tratar de trasladar a todos los centros sanitarios, hospitales o clínicas que en este momento estén realizando reproducciones asistidas en Euskadi la conveniencia de que informen a las cónyuges de las mujeres que se sometan a dichas técnicas de la necesidad de que acudan al Registro Civil antes del parto, si pretenden inscribir a favor de las dos componentes del matrimonio la filiación de los hijos o hijas nacidos de una de las cónyuges mediante dichas técnicas. En la medida en que estas clínicas están ofreciendo ya una serie de informaciones legales a todas las parejas que se someten a técnicas de reproducción asistida –entre las que destaca justamente la solicitud de consentimiento al padre-, consideramos que deben también incorporar la información específica para las parejas de lesbianas unidas en matrimonio, en el bien entendido de que, en el caso de que no acudan antes del parto ante el Registro Civil, es posible que no se les permita determinar la maternidad no biológica y deban entonces emprender un proceso de adopción, tal y como sucede en los supuestos de parejas de hecho, en los que la filiación a favor de la pareja sólo puede materializarse mediante un proceso de adopción.

Para ello, consideramos que la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco (el Gobierno Vasco) puede informar debidamente sobre esta situación legal a todos los centros sanitarios que ofrezcan actualmente en Euskadi servicios de reproducción asistida.

Habida cuenta de que el fundamento último de este problema está en la ambivalencia legal, que provoca una interpretación y una práctica registral no uniformes, también hemos creído oportuno informar al Defensor del Pueblo de España del problema que hemos detectado, con objeto de que esta institución estudie la posibilidad de emprender actuaciones encaminadas a lograr una clarificación de las prácticas registrales, así como una interpretación de la ley que resulte plenamente conforme al principio de igualdad constitucional.





## 5. Conclusiones

Son dos, por tanto, los problemas que hemos querido poner de manifiesto en esta recomendación:

- la persistencia de trabas formales en el funcionamiento de multiplicidad de prestaciones y servicios, que se pone de manifiesto por el hecho de que, en algunos impresos y documentación necesarios para acceder a los mismos, se desconozca formalmente la realidad reconocida jurídicamente de las parejas y matrimonios homosexuales, así como de las familias homoparentales
- la ambigua situación en que se encuentran los matrimonios de mujeres en lo que respecta a la determinación a favor de ambas mujeres de la filiación de los hijos o hijas nacidos mediante técnicas de reproducción asistida en el seno de estos matrimonios.

Por lo que afecta a la primera cuestión, consideramos que son todas las administraciones públicas vascas las que deben revisar su funcionamiento en distintos niveles y depurar estas inercias formales que, además de injustificadas, pueden llegar a suponer vulneraciones de derechos. También resulta clave que, además de actuar respecto a las propias prácticas administrativas, estas administraciones se dirijan igualmente a las entidades de diferente naturaleza que gestionen determinados servicios públicos o cuya actividad deban autorizar, para exigirles que adapten también sus prácticas a la realidad descrita de las parejas homosexuales y las familias homoparentales.

En lo que respecta a la segunda cuestión abordada, sin perjuicio de que el problema de fondo deba ser resuelto en instancias estatales, creemos que, en tanto en cuanto la situación legal y la práctica de los registros civiles no se clarifiquen, la Administración General de la Comunidad Autónoma vasca bien puede contribuir a mejorar la situación de estas familias, comunicando a las clínicas y centros en que se realizan técnicas de reproducción asistida la necesidad de informar debidamente sobre la situación legal singular en que se encuentran los matrimonios de mujeres a la hora de determinar la maternidad de la pareja de la madre biológica respecto al hijo o hija que ambas esperan.

\* \* \*





En atención a lo expuesto, el Ararteko considera necesario formular las siguientes

## **RECOMENDACIONES**

### **A todas las administraciones públicas vascas:**

- Que depuren y adapten formalmente todas las instancias, impresos, formularios o cualquier otra documentación que afecte, para el acceso a prestaciones o servicios de toda índole, a parejas de hecho y matrimonios homosexuales, así como a familias homoparentales con hijos e hijas, incorporando una fórmula que de plena cabida en condiciones de igualdad a la realidad personal de dichas parejas, matrimonios o familias.
- Que exijan esta misma práctica a cualquier centro o entidad que gestione servicios o prestaciones de su competencia, o cuya actividad deban autorizar, y que pueda afectar a las personas antes mencionadas.

### **A la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco:**

- Que se dirija a todas las clínicas, hospitales y centros sanitarios en los que se lleven a cabo técnicas de reproducción asistida, comunicando la conveniencia de que informen a todas las parejas de lesbianas unidas en matrimonio, que con objeto de tener un hijo o hija común estén llevando a cabo un proceso de este tipo, de la necesidad de que, para determinar la maternidad en el momento del nacimiento sin tener que recurrir a un proceso de adopción, con anterioridad al parto, la mujer, cónyuge de la madre biológica, se persone en el Registro Civil correspondiente para manifestar formalmente ante la juez o el juez encargado del Registro Civil su voluntad de reconocer la filiación del *nasciturus*.

