

REFLEXIONES SOBRE ADOPCIÓN Y HOMOSEXUALIDAD*

EMMANUEL JIMÉNEZ FRANCO

Secretario del Departamento de Derecho Administrativo,
Financiero y Procesal y Profesor Titular de Derecho
Administrativo de la Universidad de Salamanca (España).

Determinese despacio lo que para siempre se resuelve.
SÉNECA

Sumario: 1. "Adaptación" a la nueva realidad de la vida familiar 2. El Parlamento Europeo y la reivindicación de igualdad de trato con independencia de la orientación sexual 3. El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos y su relevancia para el colectivo homosexual: A) Puerta a la esperanza: despenalización de las conductas homosexuales B) La homosexualidad y la paternidad biológica (Caso Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal) C) La homosexualidad y la adopción (Caso Fretté c. Francia) 4. Estado de la cuestión en España: A) La adopción y el interés superior del menor B) Homopaternidad y efectos de la sentencia Fretté en España C) Adopción y parejas homosexuales en España 5. Nueva corriente de pensamiento y necesidad de un gran debate social.

1. "Adaptación" a la nueva realidad de la vida familiar

El *cambio* parece ser la caracterización más acusada en la entrada de este nuevo milenio. Hemos comenzado a ser conscientes de aspectos novedosos tales como la innovación tecnológica, una nueva transición demográfica, la globalización de la economía, de las comunicaciones, las transformaciones sociales, la necesaria revisión de la configuración del Estado, y entonces por qué no de la familia y su realidad. Parece ser que todo está cambiando, y se suele aludir a esta necesidad de reajuste con el temido término de *crisis*: crisis del Estado, crisis de la familia. En realidad, no se trata tanto de un dato tan negativo sino del aviso de la necesidad de "adaptación" a estos nuevos elementos de diferenciación funcional de las sociedades avanzadas.

En este sentido, en la gran capacidad de aclimatación de la familia a los tiempos cambiantes es donde aparece nucleada su verdadera fuerza de permanencia y su reconocimiento como mecanismo más difundido para la solidaridad, la integración y la cohesión social. De ahí que, como expone Meil, ostente categoría de vigencia la legitimidad de las relaciones prematrimoniales; la conciencia de los costes de la tenencia de hijos y el consecuente control de la natalidad y de la planificación familiar; la desvinculación de un compromiso de vida futuro; la aceptación generalizada de la opción deliberada por la no procreación e, incluso, la desestigmatización más que aceptación de la maternidad en solitario; el reforzamiento de la afectividad, del amor, como principio constitutivo de toda vida en común; la legitimidad de la convivencia no matrimonial, es decir, la cohabitación, bien como alternativa al matrimonio, bien como "matrimonio a prueba" dependiendo de la cultura familiar de cada país; el cuestionamiento del papel del hombre como único sustentador de la familia o la necesidad e, incluso, imprescindibilidad del trabajo extradoméstico o actividad laboral de las mujeres. Todo ello ha propiciado una serie de adaptaciones a la realidad presente en todas las sociedades europeas, que ha deri-

vado en un proceso de *pluralización* de los modelos de constitución o entrada a la vida en pareja y de las diversas formas de vida familiar, así como el surgimiento de diferentes proyectos familiares. Esta interpretación de las mutaciones actuales en la vida familiar no implican tanto una deslegitimación del matrimonio como un reconocimiento o autenticación social de la emergencia de otras formas de convivencia. Surge así, en contraposición del modelo familiar tradicional basado en el matrimonio, una concepción más democrática, más igualitaria y también más hedonista de la institución familiar, donde el consenso, la codecisión y el reconocimiento de los intereses individuales pasan a regir los principios decisorios del proyecto familiar. Donde el amor, el afecto y la comprensión mutua de las relaciones interpersonales voluntarias son el basamento de la familia, apareciendo la aceptación del divorcio como una salida natural a las situaciones familiares cuando los lazos emocionales han desaparecido o se inicia una nueva relación amorosa¹.

No nos encontramos, por tanto, ante una *crisis* sino ante una *adaptación* a la nueva realidad de la vida familiar en las sociedades avanzadas y, por ende, de la sociedad española. Esta familiarización a la nueva realidad se ha hecho siempre asumiendo que matrimonio, parentesco y familia constituían la trilogía del orden instaurado y protegido por la sociedad, y donde la heterosexualidad aparecía como principio regio.

Sin embargo, la homosexualidad² es también una realidad innegable, un fenómeno presente en la sociedad actual, aunque poco

¹ MEIL LANDWERLIN, G. La postmodernización de la familia española. Madrid: Acento editorial, 1999. pp. 14 y s.

² La homosexualidad es la atracción sexual persistente y emocional hacia alguien del mismo sexo. Se denomina también *unisexualidad* e *inversión sexual* y en función de su presentación entre uno u otro sexo recibe diversos nombres. Aplicado a los hombres también se denomina *uranismo*, que recuerda el antiguo mito de Urano; y en cuanto a las mujeres se dice *tribadismo*, *sañismo* y *amor lesbico*. Estos dos últimos nombres aluden a la poetisa Safo y, en general, a las mujeres de la isla de Lesbos, a quienes se atribuía dichas inclinaciones sexuales. Conviene advertir que el prefijo "homo-" significa igual y, por ende, en este trabajo al hablar de homosexuales

* La redacción de este trabajo ha sido cerrada el 31 de enero de 2003 y realizada en el marco del Proyecto de Investigación (I+D): "El interés del menor. Manifestaciones y ámbito jurídico de protección", Junta de Castilla y León, SA 024/02, 2002/2004.

reconocido, donde la organización familiar también entra en juego. Las pretensiones de este colectivo, no ya por la despenalización de las prácticas sexuales que puedan desarrollarse³, sino por la normalización e institucionalización jurídica de las uniones homosexuales, se han encontrado siempre con una serie de obstáculos de tipo social, cultural y científico. Tales trabas se basan casi siempre en la atribución de una serie de tópicos y estereotipos que estigmatizan y dan pábulo a una cultura homófoba inundada de prejuicios.

En efecto, las dificultades de aceptación parten de la idea de la sexualidad proveniente de la tradición judeo-cristiana, donde la homosexualidad fue considerada como un pecado maldito y, a la vez, como un grave crimen sujeto a las más severas sanciones⁴. De la misma forma, la perspectiva científica ha tenido una enorme repercusión en la percepción social y el tratamiento jurídico que ha recibido la homosexualidad⁵.

No obstante, en la actualidad existe un cierto respaldo a la salida de la homosexualidad de lo patológico para ingresar en la normalidad, que requerirá indudablemente la entrada de su relación con el Derecho, es decir, su regulación jurídica. No se trata, pues, de con-

me refiero a personas del mismo sexo y engloba tanto a los hombres como a las mujeres. BERNALDO DE QUIRÓS, D. C. "Homosexualidad", en Enciclopedia Jurídica Española, Tomo XVIII. Barcelona: Francisco Seix. p. 289.

³ En relación con España, el artículo 2.3º de la derogada Ley 16/1970, de 4 de agosto, de Peligrosidad y Rehabilitación Social establecía como "supuesto de estado peligroso": "los que realicen actos de homosexualidad". Dicho precepto fue suprimido por la Ley 77/1978, de 26 de diciembre. Por su parte, el viejo Código Penal, publicado por el Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, contenía en su artículo 431º la ambigua figura del *delito de escándalo público*, a través de la que jueces y tribunales encontraban un resquicio para castigar las conductas homosexuales, y que no fue suprimido, ya en pleno período constitucional, hasta la Ley Orgánica 5/1988, de 9 junio, de modificación del Código Penal. Será con el nuevo Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 13 de noviembre, donde aparte de consolidar los avances antidiscriminatorios, se establecerá la tutela penal de las personas que por su orientación sexual fueran objeto de discriminación en el ejercicio de los derechos de los trabajadores, tanto en el empleo público como privado (artículo 314) o en el ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizadas por la Constitución (artículos 510, 511 y 512). A este respecto, Bentham entendía que la penalización de la homosexualidad estaba basada en una antipatía irracional y rechazaba tal represión por ser contraria al principio de utilidad, además de ser un "delito" carente de víctima. DINWIDDY, J. Bentham. (trad. E. Guisán). Madrid: Alianza, 1995. pp. 146-147.

⁴ Así, el *Fuero Juzgo*, entre nosotros, decreta la castración de los culpables (ley 5ª y 6ª, tit. VI, lib. III), sugerido por la asociación de ideas que lleva al sistema de las penas expresivas. Todavía al rigor de estas leyes excede la del *Fuero Real*, que dice: "Maguer que nos agravia de hablar en cosa que es muy sin guisa de cuidar e muy sin guisa de facer, pero porque mal pecado alguna vez aviene que ome codicia a otro por pecar con el contra natura, mandamos que qualesquier que sean que tal pecado fagan, que luego que fuere sabido que amos a dos sean castrados ante todo el pueblo, e después, a tercer día, sean colgados por las piernas fasta que mueran, e nunca dende sean tollidos" (ley 2ª, tit. IX, lib. IV del *Fuero Real*). BERNALDO DE QUIRÓS, D. C. "Homosexualidad", *Op. Cit.*, p. 288.

⁵ En 1973, la homosexualidad es suprimida de la lista de enfermedades mentales por la Asociación de Psiquiatras Americanos. A escala internacional, la Organización Mundial de la Salud (OMS) eliminó por fin, con efectos a partir de 1 de enero de 1993, la "homosexualidad" de la lista de enfermedades. Desde 1991, Amnistía Internacional considera la prohibición general de actividades sexuales entre personas del mismo sexo como una violación de los derechos humanos y apoya a las personas que son perseguidas y condenadas sobre la base de estas leyes. <http://www.fundaciontriangulo.es>

seguir únicamente una tolerancia para el ejercicio de la propia orientación sexual o de eliminar su tipificación delictiva sino de lograr la plena institucionalización jurídica de las uniones homosexuales y de los posibles efectos de la misma en las diferentes esferas de la vida social. En este sentido, ya no resulta válido por parte del legislador *el silencio del aplazamiento* ante la persistencia de las reivindicaciones para que el Derecho regule las uniones afectivas entre personas del mismo sexo, "silencio hasta ahora nada sospechoso pues con él se apostaba por la idea de que es mejor discriminar por defecto o ausencia de ley que incurrir en el peligro del exceso"⁶.

En este orden de pretensiones, aquellas cotas que hace pocos años parecían inalcanzables se han ido escalando con celeridad y sorpresa en determinados países de nuestro entorno, así como en diversas Comunidades Autónomas de nuestro Estado español. Por ello, al día de hoy no parece que el reconocimiento jurídico de una relación afectiva homosexual o el dotarla de las formalidades propias del matrimonio vaya a tardar en generalizarse⁷, particularmente en la Unión Europea. Sin embargo, el verdadero debate jurídico actual, rodeado de enorme polémica por los sujetos implicados, radica en aceptar o no la posibilidad de admitir que los menores sean adoptados (es decir, criados y educados) por parte de homosexuales, bien en pareja o individualmente. Debate que toma porte de reto culminante para este colectivo, a fin de conformar una *vida familiar normal*.

2. El Parlamento Europeo y la reivindicación de igualdad de trato con independencia de la orientación sexual

El Parlamento Europeo trató por primera vez el problema de la discriminación de los homosexuales en el Informe Squarcialupi sobre discriminación sexual en el lugar de trabajo⁸, en el que se pedía al Consejo y a la Comisión la eliminación de las correspondientes disposiciones jurídicas y administrativas de carácter discriminatorio. Sin embargo, fue la *Resolución A-0028/94, sobre la igualdad de derechos de los homosexuales y las lesbianas en la Comunidad Europea*, de 8 de febrero de 1994⁹, la que ha convertido al Parlamento Europeo, entre las instituciones europeas, en paladín del principio de la igualdad de trato de todos los ciudadanos y ciudadanas europeas con independencia de la orientación sexual. Por este medio, el Parlamento Europeo pedía a la Comisión que realizase una recomendación sobre la igualdad de derechos de las lesbianas y de los homosexuales, en la que se debería, como mínimo, tratar de poner fin:

- A todas las disposiciones jurídicas que criminalizan y discriminan las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo.
- A la persecución de la homosexualidad como un atentado contra el orden público o las buenas costumbres.
- A la existencia de edades distintas y discriminatorias para el consentimiento necesario para mantener relaciones homosexuales, es decir, que las limitaciones de edad con fines de protección sean idénticas en las relaciones homosexuales y heterosexuales.
- A toda forma de discriminación en el derecho laboral y relativo a

⁶ SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M. O. "La homosexualidad y la familia ante el moralista, el médico y el jurista". Orientaciones núm. 1 (2001). pp. 76 y 77.

⁷ "Varios países europeos así lo han establecido y pocos argumentos pueden invocarse en contra de que dos personas suscriban un contrato que les vincule personal y económicamente y que se disuelva mediante el divorcio". TALAVERA FERNÁNDEZ, P. A. "Adopción y uniones homosexuales", Orientaciones núm. 4 (2002). p. 87.

⁸ DOCE n° C 104, de 16 de abril de 1984.

⁹ DOCE n° C 61, de 28 de febrero de 1994.

- los servicios públicos y a la discriminación en el Derecho Penal, Civil, Contractual y Comercial.
- Al almacenamiento electrónico de datos relativos a la orientación sexual de un individuo sin su conocimiento y consentimiento, o a la divulgación no autorizada o al uso indebido de dichos datos.
- A la prohibición de contraer matrimonio o de acceder a regímenes jurídicos equivalentes a las parejas de lesbianas o de homosexuales; la recomendación debería garantizar los plenos derechos y beneficios del matrimonio, permitiendo la inscripción de la convivencia.
- A toda restricción de los derechos de las lesbianas y de los homosexuales a ser padres, *a adoptar o a criar niños*.

Esta Resolución del Parlamento Europeo¹⁰ tuvo una importancia capital por el efecto causado en los Estados miembros de la Unión Europea, que comenzaron a abandonar el silencio como respuesta e iniciar el debate y las propuestas legislativas sobre el debido tratamiento legal a las relaciones homosexuales.

Con posterioridad, se han reiterado dichas peticiones¹¹, apareciendo en 1998 la *Resolución sobre la igualdad de derechos de las personas homosexuales en la Comunidad Europea*¹², y en la fecha en que se escriben estas líneas, merece destacarse el último apunte del Parlamento Europeo mediante su *Resolución sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea (2001)*¹³, en la que resaltan dos apartados referidos a la “discriminación por razón de orientación sexual” y a las “formas de relación”, donde el Parlamento Europeo:

- Pide a la Comisión que elabore una relación actualizada y comparativa de la situación de los hombres y las mujeres homosexuales en los Estados miembros que permita comprender el aumento o la disminución de los fenómenos discriminatorios, así como el éxito de las políticas europeas y/o nacionales en materia de lucha contra la discriminación.
- Recomienda a los Estados miembros que apliquen una política explícita y coherente para luchar contra la discriminación de los hombres y las mujeres homosexuales, así como para fomentar su emancipación e integración social y luchar contra los prejuicios por medio del sector cultural y educativo, lanzando en particular una campaña de información y solidaridad a escala europea.
- Recomienda a los Estados miembros que reconozcan las relaciones no matrimoniales, tanto entre personas de distintos sexos como entre personas del mismo sexo, y que concedan a las personas que mantienen estas relaciones los mismos derechos que a las que celebran matrimonio.

¹⁰ Cabe resaltar que la aprobación de la Resolución A-0028/94 fue realizada únicamente por 273 diputados (52,7%) de los 518 que conformaban entonces el Parlamento Europeo, los cuales emitieron 159 votos a favor, 98 votos en contra y 18 abstenciones. Por consiguiente, puede deducirse que no era el sentir generalizado de la Cámara dado el alto número de ausencias, votos en contra y abstenciones.

¹¹ Entre otras, la Resolución de 17 de septiembre de 1996, sobre el respeto de los Derechos Humanos en la Unión Europea (1994); la Resolución de 19 de septiembre de 1996, sobre el agravamiento de las penas contra los homosexuales en Rumanía; la Resolución de 8 de abril de 1997, sobre el respeto de los Derechos Humanos en la Unión Europea (1995); la Resolución de 17 de febrero de 1998, sobre el respeto de los Derechos Humanos en la Unión Europea (1996).

¹² DOCE nº C 313, de 12 de octubre de 1998.

¹³ Acta del 15 de enero de 2003. Edición provisional. Aprobada por un estrecho margen de votos: 274 a favor, 259 en contra y 14 abstenciones.

- Insta a la Unión Europea a que incluya en la agenda política el reconocimiento mutuo de las relaciones no matrimoniales, así como de los matrimonios entre personas del mismo sexo, y a que desarrolle propuestas concretas al respecto.

No obstante, hay que decir que el párrafo que pedía a los Estados miembros que permitieran el matrimonio entre personas del mismo sexo fue rechazado (enmienda 40 de supresión, adoptada por 279 votos a favor, 259 en contra y 9 abstenciones)¹⁴. En cualquier caso, cabe advertir que este informe sobre los derechos fundamentales en la Unión Europea tiene sólo carácter consultivo y no obliga a los Estados miembros a aplicar su contenido; pero, sin duda, pone de manifiesto la necesidad de una “adaptación” del Derecho comunitario y nacional a la realidad que emana de la forma de vivir y de relación de los ciudadanos de la Unión Europea.

En este sentido, un lugar preeminente ocupa el artículo 13 del Tratado de Amsterdam, por el que se revisan los Tratados Fundacionales de la Unión Europea, encuadrado en la primera parte del Tratado denominada “Principios”, lo que da muestras de su importancia básica para todo el ámbito de la legislación comunitaria. Dicho precepto faculta al Consejo, por unanimidad, para luchar contra la discriminación por motivos de orientación sexual¹⁵.

Asimismo, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000, cuyo articulado recoge el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia (artículo 9), así como la prohibición de toda discriminación por razón de sexo u orientación sexual (artículo 21)¹⁶.

3. El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos y su relevancia para el colectivo homosexual

A) Puerta a la esperanza: despenalización de las conductas homosexuales

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha tenido una importante repercusión en la construcción del edificio reivindicativo de derechos realizado por el colectivo homo-

¹⁴ En este sentido, el Grupo Popular Europeo había intentado eliminar de la versión final del informe todo ese apartado mediante la presentación de enmiendas y argumentando que su contenido no guarda relación con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y que, por tanto, era “inadmisible”. Sin embargo, los populares sólo consiguieron que fuese aprobada la enmienda que sirvió para suprimir una petición incluida en el informe en la que se instaba a permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo. *La Razón Digital*, jueves, 16 de enero de 2003.

¹⁵ El artículo 2.2 del Tratado de Niza pretende que el texto actual del artículo 13 pase a ser el apartado 1 y que se añada un apartado 2.

¹⁶ El Parlamento Europeo considera la Carta como el embrión de una auténtica Constitución comunitaria y pide su integración en el Tratado, a fin de garantizar su plena aplicación. El Parlamento se ha comprometido, en su Reglamento, a velar para que toda propuesta legislativa respete los derechos fundamentales consagrados en ella.

Artículo 9. *Derecho a contraer matrimonio y derecho a fundar una familia*: “Se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio”. Artículo 20. *Igualdad ante la Ley*: “Todas las personas son iguales ante la Ley”. Artículo 21. *No discriminación*: “1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por motivos de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas

sexual, cuya primera piedra fue puesta por la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH), de 22 de octubre de 1981, *Caso Dudgeon contra Reino Unido*¹⁷, que dio lugar a la supresión de la penalización de las conductas homosexuales entre adultos mayores de veintiún años, que consientan y las realicen en privado, por ser contrario al artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) que garantiza el derecho al respeto a la vida privada y familiar¹⁸. En este asunto, el señor Jeffrey Dudgeon, ciudadano británico residente en Irlanda del Norte y mayor de edad, tras un registro domiciliario legal efectuado por la policía, del que se deducían prácticas homosexuales, había sido condenado por las mismas, recurriendo al Tribunal de Estrasburgo.

Este Tribunal determina que el señor Dudgeon había sufrido un atentado a su vida privada con violación del artículo 8 CEDH. Con todo, rechaza que tenga derecho a practicar la homosexualidad con menores de veintiún años y reafirma el derecho de los Estados miembros de regular penalmente la homosexualidad, en la medida que sea necesario para defenderse contra la explotación y la corrupción de personas especialmente vulnerables. Asimismo, como consecuencia de esta sentencia, Irlanda del Norte despenaliza los actos homosexuales entre adultos mayores de veintiún años, sujeta a ciertas excepciones relativas a enfermos mentales, miembros de las Fuerzas Armadas y marinos mercantes mediante "*The Homosexual Offences (Northern Ireland) Order 1982*", que entra en vigor el 9 de diciembre de 1982. Además, la sentencia Dudgeon resultó decisiva para la elaboración de la *Recomendación 924 (1981)* de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, que solicitó al Consejo de Ministros que exhortara a los Estados miembros la abolición de las leyes que sancionaban penalmente la homosexualidad. A partir de ese momento, en toda Europa occidental comienzan a ser derogadas con celeridad las leyes represoras de la homosexualidad¹⁹.

Sin embargo, parece conveniente aclarar que pese a la trascendencia del reconocimiento a los homosexuales del derecho a la vida privada, este derecho no conlleva la ampliación de la protección de la

actividad homosexual más allá de la no tipificación delictiva de la misma. Así, el artículo 8 CEDH "tan solo ofrece protección en el ámbito de lo privado, cualquier manifestación exterior o pública de la relación homosexual o del hecho de ser homosexual no se encuentra protegida por este artículo, de cuya aplicación no cabe deducir como consecuencia directa un derecho genérico a la no discriminación por orientación sexual"²⁰.

En consecuencia, nos interesa analizar aquella jurisprudencia reciente relativa a la posible vida familiar de los homosexuales, prestando especial atención a los polémicos supuestos de paternidad biológica y de adopción y sus posibles efectos.

B) La homosexualidad y la paternidad biológica (Caso Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal)

El derecho a la no discriminación sexual recibió un importante espaldarazo a partir de la sentencia Salgueiro Da Silva Mouta contra Portugal, de 21 diciembre de 1999, que afrontaba la problemática de la homosexualidad y la familia, considerando a las personas de condición homosexual plenamente capaces para asumir la función parental²¹. Así, el señor Manuel Salgueiro da Silva Mouta, ciudadano portugués, después de siete años de matrimonio en los que tuvo una hija con su mujer, descubre su homosexualidad, dando lugar a la correspondiente separación y posterior divorcio, pasando a vivir desde entonces de forma estable con un adulto del mismo sexo.

En un primer momento, en 1991 y en el marco del proceso de divorcio se llegó a un acuerdo acerca de la atribución de la patria potestad de la niña a la madre, beneficiándose el señor Salgueiro del derecho de visita. Sin embargo, éste no pudo gozar de tal derecho, al no ser respetado por la madre dicho acuerdo. Por tal motivo, en 1992, el señor Salgueiro interpuso una demanda solicitando la patria potestad y la modificación del acuerdo previo al haber sido incumplido por la madre. En este sentido, recibió en primera instancia (Tribunal de Familia de Lisboa, 1994) una sentencia favorable que lo consideraba en mejores condiciones para hacerse cargo de la niña. El Tribunal añadió con base en los informes de los psicólogos: "La madre mantiene una actitud poco colaboradora y es bastante improbable que cambie de actitud. Ha incumplido de forma reiterada las resoluciones del Tribunal. Hay que constatar, por tanto, que (la madre) no ha demostrado ser, hoy en día, capaz de ofrecer a la niña las condiciones de una vida equilibrada y tranquila que ésta necesita. El padre está actualmente en mejores condiciones de hacerlo. Además

o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u *orientación sexual*. 2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea, y sin perjuicio de las disposiciones particulares de dichos Tratados".

¹⁷ *Case of Dudgeon v. the United Kingdom, judgment of 22 October 1981 (Series A no. 45)*.

¹⁸ Artículo 8 CEDH. *Derecho al respeto a la vida privada y familiar*. "1. Toda persona tienen derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás".

¹⁹ Sin embargo, conviene advertir que hasta el *Caso Dudgeon* la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo había confirmado sin paliativos la legitimidad de la tipificación penal de las relaciones homosexuales, aunque se realizasen en privado y entre adultos que consintieran. El cambio de esta orientación comienza a raíz de una progresiva aceptación social de la homosexualidad en el plano privado y de la protección constitucional en la mayoría de los países del libre desarrollo de la personalidad en el ámbito de la sexualidad. Vid. TALAVERA FERNÁNDEZ, P. A. "Hacia un reconocimiento jurídico coherente de las uniones homosexuales en España", *Orientaciones* nº. 1 (2001). pp. 43-44.

²⁰ RIVAS VAÑO, A., "Homosexualidad, privacidad y discriminación en el

Convenio Europeo de Derechos Humanos", *Orientaciones* núm. 1 (2001), p. 30.

²¹ Sentencia Salgueiro Da Silva Mouta contra Portugal, de 21 diciembre de 1999, en la que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Cuarta) declara por *unanimidad*: a) Que ha habido violación del artículo 8 en relación con el artículo 14 del Convenio; b) Que no procede resolver sobre las quejas basadas en el artículo 8 del Convenio de forma aislada; c) Que la presente sentencia constituye, por sí misma, una indemnización suficiente en cuanto al daño alegado; d) Que el Estado demandado debe pagar, en el plazo de tres meses a partir del día en que la sentencia sea definitiva, las sumas siguientes: 350.000 (trescientos cincuenta mil) escudos portugueses en concepto de gastos; y 1.800.000 (un millón ochocientos mil) escudos portugueses en concepto de honorarios. Que estas sumas se aumentarán de un interés simple anual del 7% a partir del vencimiento de dicho plazo y hasta el pago; e) Rechaza, el resto de la demanda de indemnización.

²² Apartado 12 de la sentencia Salgueiro Da Silva Mouta contra Portugal, de 21 diciembre de 1999.

de disponer de medios económicos y de vivienda para tener la niña con él, ha demostrado ser capaz de transmitirle las condiciones de equilibrio que la niña necesita y de respetar su derecho a mantener un contacto regular y asiduo con la madre y los abuelos maternos²³.

No obstante, este fallo fue revocado en apelación (Tribunal de Apelación de Lisboa, 1996), fundamentándolo exclusivamente en la homosexualidad del padre: "Que el padre de la niña, que reconoce ser homosexual, quiera vivir con otro hombre, es una realidad que hay que aceptar. Es notorio que la sociedad cada vez es más tolerante con este tipo de situaciones. Sin embargo, no podríamos afirmar que un entorno de esta naturaleza sea el más saludable y adecuado para el desarrollo moral, social y mental de un niño, sobre todo en el marco de un modelo dominante en nuestra sociedad, como advierte con mucha razón la recurrente. La niña debe vivir en el seno de una familia, de una familia tradicional portuguesa, que desde luego no es la que su padre ha decidido formar, ya que vive con otro hombre como si fueran marido y mujer. *No es éste lugar para examinar si la homosexualidad es o no una enfermedad, o si es una orientación sexual hacia personas del mismo sexo. En ambos casos, se está en presencia de una anormalidad y un niño no debe crecer a la sombra de situaciones anormales [...] El padre debe comprender que (durante los periodos de visita) no es aconsejable que dé lugar a situaciones que permitan que la niña entienda que su padre vive con otro hombre en condiciones similares a las de los cónyuges*"²⁴.

Por tal motivo, el señor Salgueiro sostiene que la Sentencia del Tribunal de Apelación, al mantener la patria potestad a la madre, basándose únicamente en la orientación sexual del padre, supone una injerencia en el derecho al respeto de su vida familiar que no puede ser justificada recurriendo a "fantasmas ancestrales, ajenos a la realidad de la vida y a la sensatez". Y, en consecuencia, estima una violación del artículo 8 CEDH considerado de forma independiente y en relación con el artículo 14 del Convenio²⁴.

De la jurisprudencia del Tribunal Europeo se desprende que el artículo 8 CEDH se aplica a las sentencias de atribución de la custodia de un niño a uno de los padres tras el divorcio o la separación²⁵. Y considera en el caso presente que hubo una diferencia de trato entre el demandante y la madre, basada en la orientación sexual del demandante, noción que se contempla, sin duda, en el artículo 14 del Convenio. El Tribunal recuerda a este respecto que la lista que encierra dicho artículo tiene un carácter indicativo y no limitativo, como atestigua el adverbio "especialmente"²⁶.

Una vez constatada la diferencia de trato, el Tribunal debe verificar si la misma resulta discriminatoria en el sentido del artículo 14

CEDH. A estos efectos se considera una diferenciación de trato que viola el artículo 14 si carece de justificación objetiva y razonable, es decir, si no persigue un fin legítimo o si no hay una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido.

El Tribunal consideró que existía un fin legítimo consistente en la protección de la salud y los derechos de la niña. Sin embargo, no pudo admitir una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido, al haberse denegado la patria potestad al señor Salgueiro por el solo hecho de su condición homosexual, produciéndose una discriminación por razón de la orientación sexual que, en palabras del Tribunal, "no se puede tolerar según el Convenio". Por tanto, a juicio del Tribunal se había producido una violación del artículo 8 en relación con el artículo 14 del Convenio, considerando inútil resolver sobre la violación alegada del artículo 8 de forma aislada, dada la anterior conclusión.

La trascendencia del caso Salgueiro para el colectivo homosexual, entiende Rivas, radica fundamentalmente en que el Tribunal no había considerado necesario hasta ahora analizar si en referencia a la homosexualidad se había violado el derecho a la no discriminación del artículo 14, por cuanto una vez admitida la violación del derecho a la vida privada del artículo 8, se daba por satisfecho. En cambio, en el presente caso el Tribunal Europeo ha entrado en la valoración de si hubo o no un trato discriminatorio por razón de la orientación sexual, para después alegar que habiendo encontrado violación de los artículos 8 y 14 CEDH leídos de forma conjunta, no es necesario analizar si hubo violación del artículo 8 de forma aislada. Todo ello significa que el Tribunal rompe con las limitaciones impuestas por el reconocimiento exclusivamente de la vida privada y aborda el reconocimiento y la protección de la faceta externa y pública del hecho de ser homosexual, de manera que *teóricamente* cualquier diferencia de trato por parte del Estado por el sólo motivo de la orientación sexual se considera como una injerencia en el legítimo disfrute de los derechos reconocidos para todos, ahora también para los homosexuales, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. De esta forma, añade Rivas, el reconocimiento de la no discriminación por orientación sexual en ambos ámbitos, privado y público o social, aparece así como una condición esencial para el disfrute por parte de los homosexuales de los derechos humanos reconocidos al resto de la población²⁷.

No obstante, estas consideraciones respecto al reconocimiento de la no discriminación por razón de la orientación sexual en un supuesto de paternidad biológica, en el que existía una vida familiar establecida entre el padre y su hija, como el asunto Salgueiro, y por tanto una evidente injerencia directa en su vida privada, pronto se van a encontrar con un diferente talante precavido y cauteloso por parte del Tribunal al abordar un tema tan delicado como la posible adopción de menores por un individuo homosexual, como muestra el caso Fretté contra Francia.

C) La homosexualidad y la adopción (Caso Fretté c. Francia)

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a comienzos del 2002, ha dictado una sentencia que traba en cierta medida las aspiraciones de aquellos colectivos que reclaman el derecho de la persona de condición homosexual a adoptar un niño²⁸. Sin duda, la elabo-

²³ Apartado 14 de la sentencia Salgueiro Da Silva Mouta contra Portugal, de 21 diciembre de 1999. La cursiva es del autor.

²⁴ Artículo 14 CEDH. *Prohibición de discriminación*: "El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación".

²⁵ Vid. Sentencia Hoffman contra Austria de 23 junio 1993, serie A núm. 255-C.

²⁶ Apartado 28 de la Sentencia Salgueiro Da Silva Mouta contra Portugal, de 21 diciembre de 1999. Vid. Sentencia Engel y otros contra Países Bajos de 8 junio 1976, serie A núm. 22.

²⁷ RIVAS VAÑO, A., "Homosexualidad...", *Op. Cit.*, pp. 33-36.

²⁸ Sentencia Fretté contra Francia, de 26 de febrero de 2002, en la que el Tribunal

ración de dicho pronunciamiento ha conllevado una enorme dificultad y la confluencia de grandes dilemas a los miembros del Tribunal, como lo ejemplifica el hecho de que la decisión de no violación del artículo 14 en relación con el artículo 8 del Convenio haya sido adoptada por la mayoría de cuatro jueces²⁹ contra los otros tres³⁰ que componen la Sección Tercera del Tribunal. Al mismo tiempo, se han emitido una opinión concordante³¹ y una opinión parcialmente disidente común de los tres jueces de la minoría, los cuales consideran que el demandante ha sido discriminado en razón de su orientación sexual³².

El señor Philippe Fretté, ciudadano francés, creyó poder cumplir su sueño de adoptar un niño acogido a la legislación francesa, en concreto al artículo 343-1 del Código Civil francés, que autoriza expresamente a toda persona soltera, hombre o mujer, a formular una solicitud de adopción³³. A tal fin, en octubre de 1991, presentó una solicitud de consentimiento previo, es decir, de valoración de su idoneidad para poder adoptar un niño que debe conceder la Administración francesa. En sus entrevistas con los servicios sociales manifestó su condición homosexual³⁴, al tiempo que reconoció algunas dificultades cotidianas que tendría que superar en caso de tener un hijo. Por lo demás, el señor Fretté demostró en el informe social ser una persona sensible, reflexiva y equilibrada, con cualidades humanas y educativas capaces de hacer feliz a un niño; una persona deseosa de ser padre, que incluso lo había considerado anteriormente con una amiga para poder dar a su hijo una figura materna algo cercana. No obstante, la Administración francesa rechazó la solicitud sin aludir directamente a su condición de homosexual. Siempre utilizó el eufemismo de la "elección de vida" como obstáculo importante para negarle el consentimiento previo a efectos de adopción y cargó las tintas en las dificultades que el mismo demandante confesó a los servicios sociales que lo examinaron.

Posteriormente, y tras una primera decisión judicial favorable ante el Tribunal Administrativo de París, también el Consejo de Estado francés, mediante sentencia de 9 de octubre de 1996, rechazó la solicitud de consentimiento a efectos de adopción del señor Fretté,

Europeo de Derechos Humanos (Sección Tercera) declara: a) *Por cuatro votos contra tres*, que no hubo violación del artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 8; b) *Por unanimidad*, que hubo violación del artículo 6 del Convenio; c) *Por unanimidad*, que el Estado demandado deberá abonar al demandante, dentro del plazo de tres meses a partir de que la sentencia sea definitiva, 3.500 (tres mil quinientos) euros en concepto de gastos y costas, más el IVA correspondiente; y que esta suma se verá incrementada por un interés simple anual del 4,26% a partir de la expiración del antedicho plazo y hasta el pago; d) Rechaza el resto de la solicitud de indemnización.

²⁹ En concreto, los señores J. P. Costa, P. Kuris, D. Jungwiert y K. Traja.

³⁰ En concreto, Sir Nicolas Bratza, el señor W. Fuhrmann y la señora F. Tulkens.

³¹ Opinión concordante del señor J.P. Costa a la que se adhieren los señores K. Jungwiert y K. Traja.

³² Opinión parcialmente disidente común de Sir Nicolas Bratza, el señor W. Fuhrmann y la señora F. Tulkens.

³³ Artículo 343 Código Civil francés: "La adopción debe ser solicitada por dos esposos no separados físicamente, casados desde hace más de dos años o mayores de veintiún años". Artículo 343-1 Código Civil francés: "La adopción podrá también ser solicitada por toda persona mayor de veintiocho años".

³⁴ El señor Fretté señala que el 18 de diciembre de 1991 mantuvo una primera entrevista con un psicólogo de la Administración francesa en el curso de la cual reveló su homosexualidad y que "ese día fue invitado con firmeza a no seguir con el proceso" (apartado 9).

³⁵ Apartado 16 de la sentencia Fretté contra Francia, de 26 de febrero de 2002.

aduciendo que "aunque la *elección de vida* del interesado debía ser respetada, las condiciones de acogida que podía ofrecer al niño podían presentar *riesgos importantes* para el desarrollo del mismo" y que "teniendo en cuenta sus condiciones de vida y pese a sus verdaderas cualidades humanas y educativas, *no ofrecía garantías suficientes* en el plano familiar, educativo y psicológico para acoger a un niño adoptado³⁵".

La fundamentación de la demanda ante el Tribunal de Estrasburgo descansa en que la denegación de su solicitud de consentimiento por los órganos administrativos y jurisdiccionales franceses se basa implícitamente en su orientación sexual, cuando además su petición se enmarca dentro de un ordenamiento jurídico que autoriza la posibilidad de adopción de un menor por un solo padre adoptivo soltero. Todo ello equivale a excluir de forma absoluta cualquier posibilidad de adopción por una categoría de personas definida por su orientación sexual, sin tener en consideración sus cualidades humanas y educativas individuales. El señor Fretté, recordando el asunto Salgueiro, se considera víctima de una discriminación por orientación sexual, que viola el artículo 14 en relación con el artículo 8 del Convenio.

La sentencia Fretté analiza detalladamente las argumentaciones tanto del demandante como del Gobierno francés, y aprecia una concurrencia de intereses del demandante y de los niños que pueden ser adoptados, en donde ha pesado especialmente el argumento del Gobierno francés a favor de los derechos del niño, zanjando el Tribunal la cuestión con este razonamiento: "*La adopción es ofrecer una familia a un niño y no un niño a una familia*".

Por lo tanto, el Estado debe velar para que las personas escogidas como adoptantes sean aquellas que puedan ofrecer, en todos los ámbitos, las condiciones de acogida más favorables, prevaleciendo el interés superior del menor y considerando que el derecho de adopción encuentra un límite en el interés del niño susceptible de ser adoptado. Al mismo tiempo, resalta la división de pareceres y opiniones entre la comunidad científica (especialmente pediatras, psiquiatras y psicólogos) acerca de las posibles consecuencias de la acogida de un niño por un padre o padres homosexuales, teniendo en cuenta en particular el número restringido de estudios científicos realizados hasta ahora sobre la cuestión. A ello se añaden las profundas divergencias de la opinión pública nacional e internacional. Y constata que no existe un denominador común entre los países miembros del Consejo de Europa en este campo, sin que haya principios uniformes sobre estas cuestiones de sociedad sobre las que pueden razonablemente reinar profundas divergencias de opinión en un Estado democrático. A este respecto, considera que las autoridades nacionales están en principio mejor situadas que un tribunal internacional para evaluar la sensibilidad y el contexto locales. Hay que dejar, pues, un *amplio margen de apreciación a las autoridades de cada Estado*, ya que el Derecho parece atravesar una fase de transición, y habida cuenta que, según jurisprudencia constante del Tribunal, no es su papel el de sustituir a las autoridades nacionales para resolver de manera unívoca una controversia tan espinosa e imponer una solución única. Por todo ello, si se tiene en cuenta el gran margen de apreciación que se deja a los Estados y la necesidad de proteger la supremacía del interés del menor para alcanzar el equi-

³⁶ Apartados 40 a 43 de la Sentencia Fretté contra Francia, de 26 de febrero de 2002.

brio deseado, concluye el Tribunal, que el no consentimiento por parte de la Administración francesa no vulneró el principio de proporcionalidad, no resultando discriminatoria la diferencia de trato en el sentido del artículo 14 del Convenio³⁶.

Por otra parte, dicha sentencia estima la violación también alegada del artículo 6 del Convenio (derecho a un proceso equitativo), al apreciar vulneración del principio de igualdad de armas en el marco de un proceso contradictorio ante el Consejo de Estado francés.

En cuanto a la opinión parcialmente disidente de los otros tres jueces, considera que el derecho reconocido en Derecho interno *no puede ser concedido de forma discriminatoria*. De tal forma que Francia, a partir del momento en que su ordenamiento jurídico concede un derecho, en este caso el derecho de toda persona a solicitar el consentimiento con vistas a la adopción, no puede, sin violar el artículo 14 del Convenio, concederlo de forma discriminatoria. Salvo si se considera que la homosexualidad (o la raza, por ejemplo) constituye en sí misma una contraindicación, no podría justificarse el rechazo del consentimiento si no iba acompañado de un comportamiento perjudicial para la educación del niño, lo que de ninguna manera estaba probado. Se pregunta por qué y de qué forma la homopaternalidad se opone al interés del niño, en este supuesto, a la solicitud de aprobación formulada por el demandante. Además, en este caso en particular, si se hubiese concedido el consentimiento administrativo previo, no es seguro que se le hubiese entregado un niño en adopción al demandante, pues sólo se estaba ventilando su *idoneidad* o no para adoptar. En su opinión, la diferencia de trato por orientación sexual sufrida por el señor Fretté es discriminatoria en el sentido del artículo 14 del Convenio, terminando las alegaciones de este voto particular de forma contundente: “en un momento en que todos los países del Consejo de Europa se están comprometiendo resueltamente en el rechazo a todas las formas de prejuicio y discriminación, sentimos no poder estar de acuerdo con la opinión de la mayoría”.

El Tribunal en la sentencia Fretté acierta, en opinión de Pulido, al no entrar en una batalla que no le corresponde y decidir el caso sin apriorismos, puesto que no puede imponer una sola y unívoca solución cuando los legisladores nacionales presentan pareceres tan diversos, y no existen consensos sobre la materia enjuiciada. Surge la pregunta sobre qué deben resolver los Jueces, es decir, deben solventar casos concretos o pueden y deben ir más allá de lo que el legislador ha establecido interpretando el Convenio Europeo de acuerdo con la realidad social del tiempo presente³⁷. En este sentido, hay que precisar que el Tribunal se esfuerza en juzgar casos concretos y no en tomar decisiones generales y abstractas.

En síntesis, en esta sentencia, como expone el voto concordante, la mayoría de la mayoría, sin declararlo, se ha basado de alguna forma en el “principio de la precaución” y ha resuelto con mucha cautela, escudándose en la incertidumbre científica sobre las consecuencias psicológicas en el niño, en la falta de consenso de los sistemas jurídicos, en la supremacía de los derechos del niño sobre el derecho al niño que sin lugar a dudas resulta de todo punto esencial,

y en el concepto de margen de apreciación por los Estados nacionales, a la espera de lo que acontezca en cada país.

Significativamente, hemos de advertir que ésta es la situación existente en Francia, pero no es mimética en todos los países. Así por ejemplo, en Holanda y Suecia ya se permite la adopción por homosexuales, no sólo a título individual, sino por parejas. Por ello, surgen una serie de interrogantes en referencia a nuestro país, ¿qué ocurre en España? ¿Puede una persona soltera, hombre o mujer, solicitar la adopción? ¿Es imprescindible ser heterosexual? ¿Es necesario ocultar la propia orientación sexual? ¿Puede una pareja homosexual adoptar? ¿Existen familias homosexuales?

4. Estado de la cuestión en España

A) La adopción y el interés superior del menor

Con el paso del tiempo, en la constitución de la familia el elemento carnal o biológico ha perdido importancia en beneficio del elemento psicológico y afectivo, lo que Carbonnier denominaba expresivamente como la “desencarnación”. La familia no es ya una invisible red tejida *iure sanguinis*, sino que es un medio educativo, que no existe más que a condición de ser cotidianamente vivido. De esta forma, aparece la *familia adoptiva* que tiene como cimientos el esfuerzo educativo, el afecto y la voluntad³⁸.

La adopción es un acto jurídico del que nuestro ordenamiento jurídico hace nacer un vínculo de parentesco, por vía legal, entre el adoptante o adoptantes y el adoptado. Por tanto, nuestra sociedad a través del Derecho recurre a una ficción para reconocer como hijo a una persona que por naturaleza no lo es, integrándose plenamente en la vida de familia, con los mismos efectos que produce la filiación biológica, rompiéndose, como regla general, los vínculos jurídicos que éste tenía con la familia anterior³⁹.

De esta forma, el instituto de la adopción se encuentra inspirado en el interés superior del menor⁴⁰, al ser el más digno de protección, y en la consecución de las mejores condiciones de vida y los más favorables contextos afectivos y educativos. La regulación jurídica de la adopción aparece recogida en los artículos 175 a 180 de nuestro Código Civil, cuya reforma por la Ley 21/1987 flexibilizó en gran

³⁷ PULIDO QUECEDO, M. “Discriminación por razón de orientación sexual (El affaire Fretté c. Francia)”, Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, tomo I, 2002. pp. 1924-1925.

³⁸ CARBONNIER, J. Derecho flexible. Para una sociología no rigurosa del Derecho (traducción por DIEZ-PICAZO, L.) Madrid: Tecnos, 1974. pp. 169-170.

³⁹ Vid. LÁZARO GONZÁLEZ, I. (Coord.). Los menores en el Derecho español. Madrid: Tecnos, 2002, p. 396; PÉREZ MARTÍN, A. J. Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores. Segunda edición. Valladolid: Lex Nova, 1998. p. 565; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., “Adopción: aspectos psicopedagógicos y marco jurídico”. En: La adopción, entre los derechos del adoptado y los deseos de los adoptantes. Barcelona: Ariel, 2001. p. 179.

⁴⁰ Lo consagran, por ejemplo, la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 (artículos 3, 9, 20 y 21); y en el ámbito interno, el artículo 176.1 CC y los artículos 2 y 11.2.a) LO 1/1996 y las distintas leyes autonómicas de protección del menor. Y aparece reconocido tanto por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC de 25 de octubre de 1996 y de 16 de junio de 1997) como del Tribunal Supremo (entre otras, SSTS de 20 de abril de 1987, de 19 de febrero de 1988 y de 18 de junio de 1998, entre otras). Para un estudio de la legislación existente en materia de menores, vid. JIMÉNEZ FRANCO, E. Legislación del menor. Segunda edición. Madrid: Tecnos, 2001.

medida las reglas de acceso a la adopción, introduciendo, por ejemplo, la posibilidad de adoptar conjuntamente por parte de una pareja de convivencia estable heterosexual, es decir, formada por un hombre y una mujer, tal y como prescribe su Disposición Adicional Tercera, lo cual excluye la adopción por parejas de hecho homosexuales⁴¹. En definitiva, a tenor del vigente artículo 175 CC, sólo determinados sujetos se encuentran legitimados para adoptar, permitiéndose a título individual a *cualquier persona física*, ya sea hombre o mujer; y de forma simultánea, a los matrimonios y a las parejas de hecho heterosexuales siempre que cumplan con los requisitos legalmente establecidos (artículo 175 CC y Disposición Adicional Tercera Ley 21/1987, de 11 de noviembre). En España no existe la posibilidad de que dos personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio, es decir, no existe el denominado "matrimonio homosexual" por razón de los artículos 32.1 CE y 44 CC⁴². Por lo tanto, en la actualidad, dos personas del mismo sexo quedan excluidas de la posibilidad de adoptar conjuntamente en España, aunque en principio, no existe ningún impedimento legal para que puedan adoptar individualmente las personas de orientación homosexual.

Entre los requisitos legales para adoptar se requiere que el adoptante o adoptantes tengan plena capacidad de obrar y no estén incurso en ninguna prohibición legal. Se establece una edad mínima para adoptar situada en los veinticinco años cumplidos, que se ha ido reduciendo progresivamente en las distintas reformas⁴³, y que en la adopción por cónyuges o parejas de hecho heterosexuales basta con que la haya alcanzado uno de ellos. Se impone también la necesidad de mantener, en todo caso (es decir, ambos cónyuges o miembros de la pareja de hecho), una diferencia de edad con el adoptado de catorce años, en prevención de situaciones absurdas que podrían darse cuando entre los propios adoptantes medie una diferencia de edad notable⁴⁴. Asimismo, no se establece una edad máxima para adoptar ni tampoco una diferencia máxima de años entre adoptante y adoptando, aunque en la práctica sea tenido en cuenta, a veces, como un criterio excluyente por las entidades públicas para valorar la idoneidad de los adoptantes e incluso algunas Comunidades Autónomas así lo recogen en sus disposiciones normativas⁴⁵.

⁴¹ La consideración de las parejas de hecho heterosexuales como sujetos legitimados para adoptar tiene su origen en la Disposición Adicional Tercera de la Ley 21/1987: "Las referencias de esta Ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor serán también aplicables al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de efectividad análoga a la conyugal".

⁴² En cambio, en otros ordenamientos jurídicos sí se reconoce esta posibilidad, como el holandés o, recientemente, el belga. Vid. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (RDGRN) de 21 de enero de 1988 y de 2 de septiembre de 1991. Artículo 32.1 CE: "El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica". Artículo 44 CC: "El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código".

⁴³ La redacción originaria del Código Civil requería cuarenta y cinco años cumplidos para adoptar (artículo 173); la reforma de la Ley de 24 de abril de 1958 la fijó en treinta y cinco años (artículo 173); la Ley 7/1970, de 4 de julio, en treinta años (artículo 172); y la más reciente reforma Ley 21/1987, de 11 de noviembre, dispuso los veinticinco años cumplidos, bastando que uno de los adoptantes, si adoptan ambos cónyuges o parejas de convivencia estable heterosexual, tenga dicha edad. Esta paulatina reducción de la edad mínima para adoptar se ha realizado por exigencias sociales y familiares más que por razones de estricto orden jurídico.

⁴⁴ MÉNDEZ PÉREZ, J. La adopción. Comentarios a la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas con jurisprudencia. Barcelona: Bosch, 2000. p. 65.

⁴⁵ Por ejemplo, Ley (Galicia) 3/1997, de 9 de junio, de la familia, la infancia y la adolescencia (artículo 33); Ley (Madrid) 6/1995, de 28 de marzo, de

La adopción deviene en un acto jurisdiccional al constituirse por resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando. El expediente de adopción puede iniciarse de dos formas: una general, que es la iniciada por *la propuesta previa de la entidad pública competente*⁴⁶ a favor del adoptante o adoptantes, que hayan sido declarados idóneos para el ejercicio de la patria potestad por dicho órgano administrativo (artículo 176.2, párrafo 1º CC); y otra excepcional, *a instancia del adoptante o adoptantes*, en cuya solicitud se expresarán las alegaciones y pruebas que demuestren que no es necesaria aquella propuesta previa (artículo 1829 LEC de 1881) y cuyos supuestos aparecen recogidos en el artículo 176.2, párrafo 2º CC⁴⁷.

Se establece, pues, como garantía fundamental del interés del menor la valoración de la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad, primero mediante un control administrativo realizado por la entidad pública competente⁴⁸, consistente en la denominada declaración de idoneidad; y, posteriormente, mediante el correspondiente control judicial, ya que el Juez puede denegar la constitución de la adopción si estima que el adoptante o adoptantes no reúnen los requisitos de idoneidad, aunque la entidad pública mantenga el criterio contrario, ya que no está vinculado por la previa valoración administrativa⁴⁹.

B) Homopaternidad y efectos de la sentencia Fretté en España

La homopaternidad como contravención del modelo de alteridad sexual, es decir, de la referencia de un padre y de una madre diferenciada, al día de hoy no es objeto de un reconocimiento social generalizado, más bien al contrario, es un fenómeno que se encuentra claramente estigmatizado por la mayor parte de la sociedad. Aunque se trata de una realidad, minoritaria, pero realidad al fin y al cabo, la escasez de datos y estudios científicos alimentan una serie de tópicos. Estos estereotipos sociales que conducen al rechazo de la homosexualidad y la familia se pueden sintetizar en la idea de que un niño necesita un padre y una madre para desarrollarse adecuadamente, que el contacto con personas homosexuales puede implicar riesgos en el desarrollo de la identidad y de la orientación sexual de los niños, que haya mayor peligro de abusos sexuales⁵⁰, que las parejas homosexuales no disfruten de la estabilidad que tienen las heterosexuales, que las personas homosexuales carezcan de la salud mental que las heterosexuales tienen, que los niños tengan que soportar un rechazo social en sus relaciones. A este respecto, hay

garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia (artículo 59); Decreto Foral (Navarra) 90/1986, de 25 de marzo, por el que se establecen normas sobre adopciones, acogimiento familiar y atención a menores [artículo 12.c); Decreto (Canarias) 54/1998, que regula las actuaciones de amparo de los menores [artículo 35.2.a)].

⁴⁶ Los aspectos que deben constar en la propuesta se recogen en el artículo 1829 LEC de 1881.

⁴⁷ Artículo 176.2, párrafo 2º CC: "No obstante, no se requiere propuesta cuando en el adoptando concorra alguna de las circunstancias siguientes: 1º Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad. 2º Ser hijo del consorte del adoptante. 3º Llevar más de un año acogido legalmente bajo la medida de un acogimiento preadoptivo o haber estado bajo su tutela por el mismo tiempo. 4º Ser mayor de edad o menor emancipado".

⁴⁸ Se trata de una competencia de carácter autonómico y no estatal.

⁴⁹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. Comentarios al Código Civil. Pamplona: Aranzadi, 2001. p. 298.

⁵⁰ En realidad, el caso típico de abuso sexual es el de un heterosexual adulto que se aprovecha sexualmente de una niña.

que decir que no existen investigaciones fiables que puedan corroborar todos estos estereotipos. Por otra parte, las diversas investigaciones sobre los efectos de la familia en el desarrollo infantil parecen que mantienen una opinión común sobre el hecho que lo esencial no radica tanto en la estructura o configuración de la familia sino en sus relaciones, su armonía y su estabilidad, es decir, en el grado de afecto y de comunicación entre sus miembros, cómo se manejan las relaciones y los conflictos, la sensibilidad y equilibrio a la hora de afrontar las diferencias y los problemas⁵¹.

La Administración Pública, como hemos dicho, asume la responsabilidad de exigir una determinada "idoneidad" a aquellas personas que deseen adoptar a un niño. Este requisito administrativo de la "idoneidad" puede ser definido como la calificación general por la que el órgano administrativo competente declara la capacidad, actitud y motivaciones del solicitante o solicitantes de adopción, para afrontar satisfactoriamente la paternidad adoptiva. Se exige, pues, a los futuros adoptantes una serie de características como personas, como familia y como potenciales educadores⁵². En principio, en España no existe ningún impedimento legal para que puedan adoptar individualmente las personas homosexuales, al no existir cláusula legal que haga referencia a la orientación sexual de las personas que pueden adoptar. La situación es parecida a la de Francia, es decir, se reconoce legitimidad para adoptar individualmente a cualquier persona física (artículo 343-1 del Código Civil francés). Sin embargo, a pesar de esto, como consecuencia de la sentencia Fretté, en el país vecino no se considera discriminatorio excluir del proceso de adopción a una persona única y exclusivamente por su orientación sexual. Surge la interrogante de si esto mismo puede suceder o sucede en nuestro país.

A estos efectos, conviene advertir que las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos resultan vinculantes únicamente para las partes, aunque en la práctica dicha jurisprudencia influye en el resto de Estados miembros del Consejo de Europa, bien como elemento interpretativo del contenido de los derechos humanos, bien como verdadera fuente jurisprudencial⁵³.

El caso Fretté sólo afecta a Francia, aunque puede tener repercusiones en el resto de Estados pertenecientes al Consejo de Europa. En este supuesto concreto, el Tribunal se justifica en haber respetado el amplio margen de discrecionalidad administrativa del Estado nacional. Sin embargo, hay que tener muy presente que, como dice el voto disidente, a partir del momento en que un ordenamiento jurídico concede un derecho, en este caso el derecho de toda persona a solicitar la valoración de su idoneidad para adoptar, no puede, sin violar el artículo 14 del Convenio, concederlo de forma discriminatoria. Por ello, el Estado debería suprimir tal derecho o delimitar expresamente sus límites, como es el supuesto de las parejas de hecho homosexuales que en nuestro país no pueden adoptar conjuntamente. No obstante, dada la trascendencia de sus decisiones, el Tribunal en la sentencia Fretté basó su decisión en el "principio de la precaución", optando por resolver el caso concreto al reconocer un amplio margen de apreciación a las autoridades de cada Estado y no susti-

tuir a las autoridades nacionales para resolver de manera unívoca una controversia tan delicada e imponer una solución única, al encontrarse el Derecho en una fase de transición.

Al contrario de lo sucedido en Francia, la sentencia Fretté no va a suponer mucha influencia para la Administración Pública española, que parece va por delante incluso de la opinión generalizada de la propia sociedad española con respecto a la homosexualidad y la parentalidad, donde la posible adopción por homosexuales todavía resulta en cierto modo escandalosa. En efecto, el hecho de que determinadas Comunidades Autónomas, que son las competentes en esta materia, no excluyan *a priori* y *por principio* al solicitante individual en el trámite de valoración de su idoneidad para adoptar, motivado única y exclusivamente por razón de su orientación homosexual, debe convenirse que demuestra la coherencia con lo dispuesto por nuestro ordenamiento jurídico (artículo 175 CC). A tal fin, en el manual de criterios técnicos para la valoración de solicitantes de adopción vigente en varias Comunidades Autónomas se establecen tres criterios fundamentales respecto a la homosexualidad en relación con la adopción⁵⁴:

- la orientación sexual de una persona no es un criterio por sí mismo determinante, sino que debe ser analizado en relación con lo que se consideran los factores más relevantes de cara a la adopción: "la capacidad y madurez para atender estable y adecuadamente a las necesidades infantiles";
- para niños y niñas más pequeños se considera más beneficioso que sean adoptados por una familia compuesta por padre y madre "que les aporten variedad de modelos y estilos de relación";
- la decisión de dar o no dar a un niño o niña en adopción a una persona homosexual debe tomarse pensando fundamentalmente en el interés presente y futuro de ese niño o esa niña y no en promover "la causa homosexual"⁵⁵.

De esta forma, hoy en nuestro país existen niños que son adoptados por homosexuales pero de forma individual, siempre y cuando cumplan con el perfil de idoneidad necesario para asumir la responsabilidad de la paternidad adoptiva, que es concedida por las distintas administraciones autonómicas. En el momento presente, existen familias homosexuales, sobre todo las formadas por mujeres lesbianas, ya que el deseo de ser madre está vinculado a un instinto natural o a la voluntad de consolidar una familia. A este respecto, la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida es otra opción para las mujeres lesbianas de conformar una familia. En España se permite que toda mujer, mayor de dieciocho años, con plena capacidad de obrar e independientemente de cualquier otra condición, pueda ser receptora o usuaria de este tipo de técnicas siempre que haya prestado su consentimiento de manera libre, consciente, expresa y por escrito (artículo 6 Ley 35/1988). Las mujeres lesbianas pueden someterse a este tipo de tratamiento, aunque debe tenerse muy presente que el niño fruto del mismo sólo será hijo legal de la mujer que haya ejercido de madre biológica⁵⁶. El vacío legal existente

⁵¹ PALACIOS, J., "Acogimiento y adopción por parte de homosexuales. Entre el pasado y el futuro", Orientaciones nº. 4 (2002), pp. 29-30.

⁵² BARBERA FRAGUAS, M., "La Adopción: cuestión jurídica. Problema Humano", en Boletín Aranzadi Civil-Mercantil núm. 39 (2002), p. 1.

⁵³ RIVAS VAÑO, A., "Homosexualidad...", Op. Cit., p. 22.

⁵⁴ "El verdadero problema radica en la creencia de que la homosexualidad, si bien no excluirá legalmente a la persona para ser juzgada como genéricamente idónea, sí que la desplazará en la consideración de la entidad administrativa y en la definitiva decisión del Juez a la hora de resolver una concreta adopción". NANCLARES VALLE, J., "La adopción por parejas homosexuales en Derecho navarro. Comentario crítico al artículo 8 de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio", *Aranzadi Civil*, tomo II, 2001, p. 2196.

⁵⁵ PALACIOS, J., "Acogimiento...", Op. Cit., p. 37.

⁵⁶ A veces ambas mujeres lesbianas que conforman una pareja recurren a la

hace que estas familias de hecho no puedan disfrutar del reconocimiento y las ventajas que tienen los hijos de heterosexuales. Con ello se ha querido reflejar que las parejas del mismo sexo, o quizá las familias homosexuales, son una realidad discutida pero existente en la sociedad.

Aparece ahora una importante cuestión que no puede ser desdenada: si en España existen legalmente adopciones de carácter individual por homosexuales sin necesidad de ocultar su condición sexual, por qué nuestro ordenamiento jurídico no legitima la adopción conjunta por parte de las parejas homosexuales, pues de otra forma está privando a los niños de todos los beneficios que ello conlleva, en contra de su propio interés y de la finalidad última del instituto de la adopción. El verdadero debate en nuestro país aparece nucleado en torno a la posibilidad de adopción de forma conjunta por parte de las parejas homosexuales y, sobre todo, a la viabilidad de la adopción individual por uno de los miembros de la pareja homosexual de los hijos del conviviente, es decir, la denominada *second parent adoption*.

C) Adopción y parejas homosexuales en España

La posibilidad de que una pareja homosexual pueda adoptar conjuntamente se ha puesto de manifiesto de forma expresa en una norma autonómica navarra referida a las parejas de hecho: la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, la cual ha sido recurrida por inconstitucionalidad por el Grupo Parlamentario Popular (recurso núm. 5297/2000). Sin ánimo de desarrollar aquí con profundidad la problemática de las parejas de hecho, sí quisiera dejar constancia de un movimiento constante de reconocimiento social y jurídico de estas situaciones convivenciales en el mundo actual.

Frente a otros países⁵⁷ donde existe una normativa específica dirigida a reglamentar las cuestiones principales de esta situación familiar, con independencia de la orientación sexual, en España en el ámbito estatal, la característica principal es la regulación fragmentaria o parcial de algunos efectos jurídicos de la convivencia de hecho, de naturaleza positiva o negativa dependiendo del caso⁵⁸. Estas uniones dan lugar a verdaderos núcleos familiares no sujetos, actualmente, a ninguna regulación jurídica, más allá de la interpretación que la jurisprudencia realiza en aquellos casos en los que el desamparo del Derecho produce la judicialización de los conflictos⁵⁹. A título ejemplificativo, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 17 de enero de 2003 reconoce la existencia de estos grupos familiares y explica que la convivencia *more uxorio*, entendida como una rela-

ción a semejanza de la matrimonial, "si ha carecido de expresa consideración jurídica, ello no significa que sea contraria a la ley: es alegal, no ilegal; no está prevista, pero tampoco prohibida; es ajurídica, no antijurídica; sus indudables efectos, *inter partes* en la convivencia y por la disolución y respecto a la filiación, no son ignorados por el jurista en general, ni por el juez en particular⁶⁰". Igualmente, a nivel estatal, justo es decirlo, existe un movimiento promovido por ciertos partidos políticos en orden al reconocimiento jurídico de este tipo de relaciones, aunque todavía no se ha traducido en ninguna norma de rango legal, sí que han existido y existen en este momento iniciativas parlamentarias al respecto.

No obstante, donde sí ha tenido una transposición jurídica expresa esta materia ha sido en el ámbito autonómico, pues determinadas Comunidades Autónomas han aprobado normas de rango legal de regulación específica, o bien han establecido registros administrativos de reconocimiento de las parejas de hecho. Las Comunidades Autónomas que han dictado normas de rango legal referidas al reconocimiento de este tipo de convivencia son, en orden cronológico, las siguientes:

1. Cataluña: Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja.
2. Aragón: Ley 6/1999, de 26 de marzo, de parejas estables no casadas.
3. Navarra: Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables.
4. Comunidad Valenciana: Ley 1/2001, de 6 de abril, de las uniones de hecho.
5. Islas Baleares: Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables.
6. Comunidad de Madrid: Ley 11/2001, de 19 diciembre, de las uniones de hecho.
7. Principado de Asturias: Ley 4/2002, de 23 de mayo, de parejas estables.
8. Andalucía: Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de parejas de hecho.

El nivel competencial de las distintas Comunidades Autónomas es diverso y sólo pueden legislar sobre aquellas cuestiones encuadradas dentro de sus competencias. Así, por ejemplo, ninguna Comunidad Autónoma tiene capacidad legislativa sobre las formas de matrimonio o cualquier otro aspecto de carácter estatal y, por lo tanto, de competencia exclusiva del Estado. Estas leyes autonómicas, como regla general, reconocen a las parejas de hecho, tanto heterosexuales como homosexuales, los mismos derechos que tienen las parejas casadas en sus diferentes ámbitos territoriales y dentro de sus competencias, aunque con algunas excepciones, como es el caso de la adopción conjunta.

Las primeras leyes de Cataluña (artículo 6) y Aragón (artículo 10) atribuían expresamente a las parejas heterosexuales (sin alusión de las homosexuales) la posibilidad de adoptar de forma conjunta, de forma redundante con lo ya establecido por la Disposición Adicional

fecundación asistida para tener un hijo cada una y mantener así la paridad, pero jurídicamente el niño/a fruto de cada concepción sólo será hijo legal de la mujer que haya ejercido de madre biológica.

⁵⁷ En nuestro entorno europeo existen textos legales que regulan el régimen aplicable a las parejas de hecho (con gran variedad de denominaciones en cada caso) en Dinamarca (1989), Noruega (1993), Suecia (1994), Islandia (1996), Holanda (1998), Francia (1999), Bélgica (2000), Alemania (2001), Suiza (2001) y Finlandia (2002).

⁵⁸ Para un estudio detallado de las disposiciones legales de carácter estatal donde se les reconocen ciertos efectos jurídicos a las uniones de hecho, Vid. MESA MARRERO, C. Las Uniones de Hecho. Análisis de las relaciones económicas y sus efectos. Segunda edición. Pamplona: Aranzadi, 2000. pp. 60 y ss.

⁵⁹ Exposición de Motivos del Proyecto de Ley (País Vasco) reguladora del régimen jurídico aplicable a las parejas de hecho, admitido a trámite el 14 de enero de 2003 (BOPV núm. 78, de 17 de enero de 2003).

⁶⁰ En este pronunciamiento, el Tribunal Supremo concede a la mujer un tercio del valor de los bienes adquiridos durante la convivencia *more uxorio* o como pareja de hecho, ya que no se acepta la igualdad o asimilación al matrimonio, sino que se trata de proteger a la parte que ha quedado perjudicada por razón de la convivencia y se pretende evitar el perjuicio injusto para el más débil (en este sentido, las SSTS de 10 de marzo de 1998 y de 27 de marzo de 2001).

Tercera de la Ley 21/1987, por lo que se producía una exclusión implícita de las parejas homosexuales en la adopción conjunta, constituyendo la mayor divergencia entre los regímenes jurídicos aplicables a las parejas heterosexuales y homosexuales en dichos ámbitos territoriales.

Por el contrario, la Comunidad Foral de Navarra dio un paso más en el reconocimiento de la igualdad jurídica de dichas parejas y su posterior Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, en su artículo 8 (“*Adopción*”), dispone: “1. Los miembros de la pareja estable podrán adoptar de forma *conjunta* con iguales derechos y deberes que las parejas unidas por matrimonio. 2. Se adecuarán las disposiciones normativas forales sobre adopciones y acogimiento para contemplar el modelo de familia formado por parejas estables”. Teniendo presente el concepto de pareja estable dado por el legislador navarro como “la unión libre y pública, en una relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su orientación sexual, de dos personas mayores de edad o menores emancipadas sin vínculo de parentesco por consanguinidad o adopción en línea recta o colateral hasta el segundo grado, siempre que ninguna de ellas esté unida por un vínculo matrimonial o forme pareja estable con otra persona” (artículo 2.1), entonces permite expresamente la adopción conjunta a las parejas de hecho homosexuales y se entiende que también el acogimiento en todas sus modalidades: simple, permanente y preadoptivo (artículo 173 bis CC).

Sin embargo, independientemente de su posible inconstitucionalidad o no, que será ventilada por el Tribunal Constitucional en su día, conviene advertir que este precepto puede ser objeto de crítica en el sentido que su redacción no permite al conviviente homosexual poder adoptar al hijo de su pareja, no solucionando así el problema práctico más importante que se plantea a las parejas homosexuales, que es el de la extensión al conviviente homosexual de la patria potestad. Esta afirmación se sustenta en que el artículo 8 de esta Ley Foral 6/2000 únicamente alude a la forma de adopción conjunta y por tanto, el supuesto de adopción individual queda regulado por la Ley 73 del Fuero Nuevo de Navarra, que en su párrafo primero se remite a lo dispuesto por las leyes generales, es decir, al Código Civil⁶¹. Y a este respecto, el artículo 178.2 CC es claro y tajante, negando al conviviente homosexual la posibilidad de adoptar al hijo de su compañero en el caso de ser el único titular de la patria potestad⁶². Este rechazo se da tanto en su apartado primero (“cuando el adoptado sea hijo del *cónyuge* del adoptante, aunque el consorte hubiere fallecido”), al no existir en nuestro ordenamiento jurídico el matrimonio homosexual y no poder ostentar la condición de “*cónyuge*”, como en su apartado segundo (“cuando sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado y el adoptante sea persona de *distinto sexo* al de dicho progenitor”), al no darse la condición de heterosexualidad. Todo ello se traduce en la incompetencia de la norma foral para satisfacer la adopción individual del hijo del conviviente, hipótesis que actuaba como fundamento de la misma⁶³.

⁶¹ Ley 73 de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra. *Adopción*: “Pueden adoptar todas las personas capaces conforme a las leyes generales [...]”.

⁶² Supuesto que se da si sólo uno de los progenitores vive (artículo 178.2.1º CC), si la filiación ha sido legalmente determinada respecto de un solo progenitor (artículo 178.2.2º CC), si el otro progenitor estuviera excluido de la patria potestad (artículo 111 CC), o en caso de adopción individual, es decir, que se hubiera constituido exclusivamente a favor de una persona (artículo 175 CC).

⁶³ NANCLARES VALLE, J., “La adopción...”, Op. Cit., p. 2195.

En la misma línea, el Proyecto de Ley del País Vasco, reguladora del régimen jurídico aplicable a las parejas de hecho, admitido a trámite el 14 de enero de 2003, autoriza tanto el acogimiento (artículo 7) como la adopción de menores (artículo 8) de forma conjunta por personas del mismo sexo, con el fin de poner fin a la discriminación que padecen respecto a las parejas unidas por matrimonio⁶⁴. Asimismo, dispone expresamente en el apartado segundo de su artículo 8: “La hija o el hijo adoptivo o biológico de una de las partes de la pareja *tendrá derecho a ser adoptado* por la otra parte”. Sin entrar en valoraciones competenciales, parece ser que el legislador vasco pretende dar solución al problema antes apuntado de la denominada *second-parent adoption* o adopción individual por uno de los miembros de la pareja homosexual de los hijos del conviviente. Sin embargo, su redacción no es correcta porque quizá el conviviente no desee realizar tal adopción y en consecuencia no asumir tales responsabilidades parentales, y aquí se está hablando de *un derecho del niño a ser adoptado* que, en principio, no podrá ser rechazado por el conviviente tanto homosexual como heterosexual, no lo olvidemos. Se está imponiendo, por tanto, una obligación a la otra parte de la pareja, tanto heterosexual como homosexual, respecto a los hijos del conviviente. Y también aparece la hipótesis conflictiva de que no exista un único titular de la patria potestad, en tal caso, cómo va a ser posible dar cumplimiento a ese derecho del niño a ser adoptado. Parece inviable de acuerdo con la actual redacción, que deseamos sea rectificada en el trámite parlamentario⁶⁵.

En cuanto al resto de Comunidades Autónomas que han legislado sobre las parejas de hecho, ni la Comunidad Valenciana ni Baleares ni Madrid han realizado ningún apunte en materia de adopción o acogimiento familiar de menores. Sin embargo, Asturias y Andalucía sí se han manifestado con relación al acogimiento familiar al tratarse de una competencia autonómica (artículos 172, 173 y 173 bis CC). El acogimiento familiar, según el Código Civil, “produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral” (artículo 173.1 CC), pero no dice quien puede o no acoger, siendo las propias Comunidades Autónomas las que determinan las personas legitimadas para llevar a cabo dicha función tuitiva⁶⁶. En este sentido, ambas Comuni-

⁶⁴ Artículos 7 y 8 del Proyecto de Ley vasco regulador del régimen jurídico aplicable a las parejas de hecho. Artículo 7. *Del acogimiento de menores*. “Los miembros de la pareja podrán, en los términos del artículo 173 del Código Civil y de la normativa sectorial correspondiente, formalizar el acogimiento de menores de forma conjunta con iguales derechos y deberes que las parejas unidas por matrimonio”. Artículo 8. *De la adopción*. “1. Los miembros de parejas formadas por dos personas del mismo sexo podrán adoptar de forma conjunta con iguales derechos y deberes que las parejas formadas por dos personas de distinto sexo y que las parejas unidas por matrimonio. 2. La hija o el hijo adoptivo o biológico de una de las partes de la pareja tendrá derecho a ser adoptado por la otra parte”.

⁶⁵ En una interpretación literal del precepto podría darse el supuesto de un niño que hubiera sido adoptado por una pareja de heterosexuales y luego se separan, manteniendo ambos la patria potestad. En tal caso, la siguiente pareja de quien ostentase la custodia del hijo, es decir, una tercera persona con independencia de su orientación sexual estaría obligada a adoptar a “la hija o el hijo adoptivo” por imperativo de una ley autonómica relativa al régimen jurídico de las parejas de hecho.

⁶⁶ El acogimiento familiar “se podrá ejercer por la persona o personas que sustituyan al núcleo familiar del menor o por responsable del hogar funcional” (artículo 173.1, párrafo 2º CC). “A falta de previsión legal, es de suponer que no sólo la pareja heterosexual, matrimonial o de hecho, sino también la homosexual”, IGLESIAS REDONDO, J. I., Guarda asistencial, tutela ex

dades Autónomas han dispuesto de forma expresa la posibilidad de constituir acogimientos familiares, simples o permanentes, por la pareja de hecho de forma conjunta, sin que la opción o identidad sexual de éstos pueda constituir un factor discriminatorio en la valoración de su idoneidad. Por tanto, queda excluida la posibilidad del acogimiento familiar preadoptivo, al tratarse la adopción de una materia fuera de sus respectivas competencias⁶⁷. No obstante, en líneas generales, las normas relativas al régimen jurídico aplicable a las parejas de hecho no parecen ser el cauce más adecuado para regular la adopción o el acogimiento de menores, ya que en ningún caso pueden considerarse como efectos esenciales para el establecimiento y desarrollo ni de un matrimonio ni de una unión de hecho⁶⁸.

5. Nueva corriente de pensamiento y necesidad de un gran debate social

Los sociólogos, que estudian las condiciones de existencia y desenvolvimiento de las sociedades humanas y hacen del cambio social la especialidad misma de su disciplina científica, aceptan cada vez más comúnmente la idea de que el cambio no afecta nunca a todos los sectores de la sociedad con la misma intensidad e igual rapidez. Hay sectores que resisten más que otros a las transformaciones, porque en ellos las fuerzas de la continuidad son más firmes, y como ejemplos de ello se citan la religión, la cultura nacional o el Derecho⁶⁹. En el mundo actual, y en Europa en particular, existe cada vez más una mayor sensibilidad social hacia las personas de orientación homosexual que ha conducido a la paulatina aceptación por la sociedad y por el Derecho positivo de diversas reivindicaciones efectuadas por este colectivo. La sociedad y, por ende, el Derecho, encuentran serias trabas para aceptar y *adaptar* sus percepciones a la nueva realidad familiar homosexual. No olvidemos que la idea de familia, lejos de ser un concepto objetivo intemporal, remite a un criterio sociológico evolutivo. En efecto, algunos homosexuales también son padres, con frecuencia debido a relaciones heterosexuales previas, pero también después de haber comenzado a vivir de forma homosexual. Puede haber sido bien a través de una inseminación, bien mediante relación sexual con un amigo/a, bien a través de una adopción, aunque en la práctica, son pocos los casos de adopción por homosexuales solteros.

En el entorno europeo va enraizando una nueva corriente de reconocimiento social a este naciente grupo familiar que precisa también de su legitimación jurídica para poder desarrollarse adecuadamente. Hoy en día tiene resonancia y actualidad el reconocimiento del matrimonio civil para personas del mismo sexo llevado a cabo en

Holanda (2001)⁷⁰ y Bélgica (2003)⁷¹; o la regulación jurídica de las parejas de hecho registradas en Dinamarca (1989), Noruega (1993), Suecia (1994), Islandia (1996), Holanda (1998), Francia (1999), Bélgica (2000), Alemania (2001), Suiza (2001) y Finlandia (2002); o la posibilidad de las parejas homosexuales de adoptar un menor de forma conjunta⁷² en Holanda (2001)⁷³ y Suecia (2003)⁷⁴; o la denominada *second-parent adoption*, es decir, la adopción individual por uno de los miembros de la pareja homosexual de los hijos del conviviente, previa aprobación y sin pérdida de derechos del otro progenitor, reconocida en Dinamarca (1999)⁷⁵, Islandia (2000)⁷⁶, Noruega

⁷⁰ Ley de 21 de diciembre de 2000, relativa a la apertura del matrimonio para las parejas del mismo sexo [Wet van 21 december 2000 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht (Wet openstelling huwelijk)] y Ley de 13 de diciembre de 2000, sobre varias cuestiones incluida la igualdad entre el matrimonio y el registro de parejas.

⁷¹ La ley belga que autoriza el matrimonio de parejas homosexuales (aprobada por el Senado el 28 de noviembre de 2002 y por el Congreso, "Chambre des Représentants", el 30 de enero de 2003, con 91 votos a favor, 22 en contra y 9 abstenciones) entrará en vigor en junio de 2003. Entre sus efectos cabe destacar que solamente permitirá matrimonios para personas cuyo país reconozca los matrimonios entre personas del mismo sexo, no autorizará a las parejas homosexuales adoptar niños y únicamente extenderá la patria potestad a la cónyuge de una madre lesbiana.

⁷² El día 9 de septiembre de 2002, el Tribunal Constitucional de Sudáfrica aprobó que las parejas del mismo sexo pueden adoptar en común a niños, explicando que las personas que tengan "relaciones permanentes con personas del mismo sexo" podían proporcionar a los niños un hogar estable y la ayuda y el afecto necesario. El Alto Tribunal, de esta forma, encontró que el precepto constitucional contra la discriminación basándose en la orientación sexual tiene más peso que las disposiciones del Acta de Cuidados de los Niños que prohíbe a las parejas homosexuales adoptar a niños. http://www.afrol.com/es/Noticias2002/sud003_gay_igualdad.htm#up

⁷³ Ley de 21 de diciembre de 2000, relativa a la adopción realizada por parejas del mismo sexo [Wet van 21 december 2000 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (adoptie door personen van hetzelfde geslacht)] y Ley de 8 de marzo de 2001, de adecuación de otras leyes a la apertura del matrimonio y la adopción. Se autoriza la adopción conjunta por una pareja de homosexuales exigiendo una serie de requisitos: el adoptado ha de ser un niño nacido en Holanda; la pareja no ha de estar necesariamente registrada pero ha de llevar conviviendo tres años como mínimo; y, por último, resulta necesario un año de prueba antes de la definitiva adopción durante el cual se realizará un seguimiento psicossocial. Asimismo, se posibilita la extensión de la adopción individual por uno de los miembros de la pareja a los hijos del conviviente, previa aprobación del otro progenitor.

⁷⁴ A partir del 1 de febrero de 2003, en Suecia se permitirá a las parejas homosexuales del mismo sexo la adopción conjunta de niños, para ello tendrán que cumplir los mismos requisitos que los matrimonios o las parejas heterosexuales: cohabitar y estar inscritos en un registro. La novedad en el caso de Suecia es que permite que las parejas del mismo sexo adopten tanto a menores nacionales como extranjeros, permitiendo pues la adopción nacional e internacional. A diferencia de Holanda que restringe las adopciones de homosexuales a los niños del país, para evitar problemas con las legislaciones de los países donantes. También los homosexuales suecos podrán tener la oportunidad de adoptar los hijos biológicos de su compañero/a sentimental, supuesto muy común entre las parejas de lesbianas que han recurrido a la inseminación artificial. <http://www.gaylawnet.com/>

⁷⁵ A partir de la reforma introducida por la Ley danesa núm. 360, de 2 de junio de 1999, con relación a las parejas de hecho registradas, regulada en la Ley 372, de 7 de junio de 1989, añadiendo un segundo inciso a la sección 4ª (que impedía la adopción a la pareja registrada de homosexuales) por el que el miembro de una pareja registrada puede adoptar al hijo del otro componente de la pareja, salvo que se trate de un hijo adoptivo de otro país. Además, en Dinamarca pronto las parejas homosexuales podrán adoptar niños, dado que los dos grandes partidos del país, el Partido Liberal y el Partido Socialdemócrata han expresado su disposición a discutir una Proposición de Ley presentada por el primero que otorgaría a las parejas

lege y acogimiento de menores, Cedecs, Barcelona, 1996, p. 341. "No se exige expresamente que se trate de una pareja ni de que ésta sea, en su caso, la formalizada, ni estable, ni heterosexual", VARGAS CABRERA, B. La protección de menores en el ordenamiento jurídico. Granada: Comares, 1994. p. 135.

⁶⁷ Asimismo, se reitera la prioridad del interés del menor en el artículo 8 de la Ley andaluza 5/2002, de 16 de diciembre, de parejas de hecho: "Las Administraciones Públicas de Andalucía velarán porque el respeto de los derechos de los menores tenga carácter prioritario y prevalezca sobre cualquier pacto o situación de hecho, con independencia de la unidad de convivencia de la que aquéllos formen parte y de la relación jurídica existente entre sus miembros".

⁶⁸ TALAVERA FERNÁNDEZ, P. A., "Hacia un reconocimiento...", Op. Cit., p. 67.

⁶⁹ CARBONNIER, J., Derecho flexible..., Op. Cit., p. 175.

(2001), Holanda (2001) y Suecia (2003). En los Estados Unidos recogen también esta figura las decisiones de algunos tribunales inferiores de Alabama, Alaska, California, Illinois, Indiana, Iowa, Michigan, Minnesota, Nevada, New Mexico, New York, Oregon, Pennsylvania, Rhode Island, Texas y Washington, de la Corte Suprema de Massachussets, o la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia⁷⁷.

Igualmente, la figura de la adopción ha ido evolucionando con el paso del tiempo y por sus contenidos afectivos, psicológicos, morales y educativos, y por su impacto sobre la opinión pública, se inscribe en el marco de las preocupaciones sociales. La adopción no fue en su origen una forma de filiación, sino que fue creada para garantizar la transmisión del patrimonio. De hecho, constituía un solemne acto jurídico-religioso entre el adoptante y el adoptado, y sólo podía realizarse en favor de personas adultas⁷⁸.

Asimismo, en el siglo XIX se consideraba la adopción como una institución en la que la protección al adoptado resultaba desplazada por el interés preferente de los adoptantes, en cuanto entendían que por medio de la adopción lo que ante todo se pretendía era procurar un sucedáneo de la paternidad a quienes no tenían o no podían tener hijos⁷⁹. Afortunadamente, aquella concepción ha sido corregida, y del tradicional principio de recreación de la naturaleza se ha pasado en nuestros días al reconocimiento, tanto por la sociedad como por el Derecho, de que para el desarrollo armónico de su personalidad, el niño debe crecer en un entorno familiar adecuado y en un clima de felicidad, amor y comprensión⁸⁰. La familia a que tiene derecho el menor no es únicamente la biológica, sino que se trata, sobre todo, de una comunidad de afectos y de una capacidad educativa insustituible. Así, la adopción tiene ahora el objetivo primordial y último de proporcionar una familia a los menores de edad que no la tienen⁸¹, tomando en cuenta, ante todo, el interés superior del niño y el respeto de sus

derechos fundamentales. Por ello, a diferencia de lo que ocurre con la filiación biológica, la adopción posibilita elegir a aquella persona o personas más adecuadas para atender las necesidades infantiles. Lo verdaderamente esencial y relevante al determinar el sujeto adoptante es su capacidad y madurez para garantizar al menor *el entorno más idóneo* que reclame su interés superior. En función de las circunstancias y características de cada menor este interés variará, pues cada menor es un mundo; y en esta misión, la pareja o la orientación heterosexual son sólo posibilidades que pueden satisfacer ese interés del niño que debe prevalecer ante todo.

En este sentido, la reivindicación del colectivo homosexual no debe referirse a ningún derecho al hijo o a adoptar, sino a *no ser excluido a priori y por principio* por el Derecho como posibles sujetos idóneos de cara a la adopción de menores, es decir, el derecho es a formular la solicitud de adopción y a que el procedimiento de adopción se desarrolle ajustado a los intereses del menor. Esta legitimación o idoneidad podría concederse, siempre y cuando fuera acorde con el interés del niño, para la adopción individual de un menor (asunto Fretté), para la adopción individual de los hijos del conviviente, o para la adopción conjunta de menores.

Llegados a este punto, conviene formularnos dos preguntas: por una parte, si es bueno y no perjudicial para un niño ser adoptado por un individuo o pareja homosexual y, por otra, si es lo mejor para un niño ser adoptado por un individuo o pareja homosexual, ya que la sociedad deberá ofrecer al menor la opción que considera preferente y más adecuada para la protección de sus intereses, pues ese es precisamente el objetivo de la adopción⁸².

Para encontrar una respuesta inicial habrá que acudir, en primer lugar, a los estudios científicos para demostrar de forma empírica que la crianza de un niño en un entorno homosexual no conlleva riesgos en su desarrollo. Para ello tendrán que pronunciarse los pediatras, psicólogos, sociólogos, psiquiatras y demás expertos. En este sentido, se inscribe la declaración de la Academia Americana de Pediatría⁸³ (AAP) al reconocer que existe un considerable corpus de bibliografía médica que muestra evidencias sobre que los niños con padres homosexuales tienen niveles de ajuste, de autoestima y de felicidad comparables a los de los hijos de padres heterosexuales⁸⁴. El desarrollo óptimo de los niños parece ser que está más influido por la naturaleza de la relación y las interacciones y grado de afecto dentro de la unidad familiar que por la particular estructura o configu-

homosexuales los mismos derechos que las heterosexuales para adoptar niños. <http://www.gaylawnet.com/>

⁷⁶ En Islandia, desde junio de 2000 los miembros de las parejas registradas de homosexuales pueden adoptar a los hijos biológicos de cada uno de ellos respectivamente.

⁷⁷ En los Estados Unidos, la Ley 91, *An Act Relating to Civil Unions* del Estado de Vermont, que entró en vigor el 1 de julio de 2000, reconoce a las parejas homosexuales los mismos beneficios y derechos otorgados a las parejas de distinto sexo casadas, como requería el Capítulo I, artículo 7 de la Constitución de Vermont. En la misma línea, el legislador de Connecticut aprobó en el año 2000 una ley permitiendo a las parejas del mismo sexo y a otras personas no casadas adoptar niños. Confróntese "Adoption by homosexuals and same sex couples: a legal memorandum", Marriage Law Project, October 31, 2000. Tomado de NANCLARES VALLE, J., "La adopción...", *Op. Cit.*, p. 2193.

⁷⁸ En el Derecho Romano, la *adoptio* revistió históricamente dos formas sucesivas, que son la *adrogatio* (adopción de una persona *sui iuris*) y la *adoptio* propiamente dicha, surgida posteriormente, como adopción de un *alieni iuris*. La *adrogatio* debió tener como misión principal originariamente la incorporación de un continuador del culto en la familia cuando el paterfamilias no tenía descendientes que lo continuaran, que venía a cumplir la función de crear un sucesor o *heres*. FUENTESSECA, P., *Derecho Privado Romano*, Madrid, 1978, p. 352 ss.

⁷⁹ PÉREZ ÁLVAREZ, M. A. *La nueva adopción*. Madrid: Civitas, 1989. pp. 14-15.

⁸⁰ Preámbulo de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.

⁸¹ En el Preámbulo de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, explica que la adopción cumple la "finalidad social de protección a los menores privados de una vida familiar normal".

⁸² MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. "Homosexualidad y normativa jurídica". <http://www.prefvalencia.org/>

⁸³ La Academia Americana de Pediatría (AAP) fue fundada en junio de 1930 y se trata de una organización que cuenta aproximadamente con 57.000 miembros en los Estados Unidos, Canadá y Latinoamérica. Entre sus miembros se incluyen pediatras, subespecialistas médicos de Pediatría y cirujanos pediatras especialistas dedicados a la salud, seguridad y bienestar de recién nacidos, niños, adolescentes y jóvenes adultos.

⁸⁴ En contraste con la declaración publicada por la Academia Americana de Pediatría, el Presidente de la Asociación Española de Pediatría, D. Alfonso Delgado, expresó que aunque su punto de vista no tiene por qué ser compartido por todos los pediatras españoles considera que "la adopción de niños por una pareja homosexual no es lo más indicado, ya que socialmente y naturalmente estamos acostumbrados a tener un padre y una madre, y esto es lo que probablemente desean la mayoría de los niños. Lo contrario es una situación que se sale de lo habitual. Tampoco es que satanicemos a nadie que lo haga, ni a ninguna institución que lo permita pero a nosotros no nos parece que sea lo mejor".

ración⁸⁵. En España, el Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid ha hecho público, el 4 de julio de 2002, un informe sobre familias homoparentales, según el cual no existen diferencias significativas entre los menores de familias homosexuales. En la actualidad, la Oficina del Defensor del Menor y el Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid, en colaboración con el Departamento de Psicología Evolutiva y de la Educación de la Universidad de Sevilla, realiza un estudio sobre la paternidad homosexual teniendo presente no sólo el entorno familiar o las relaciones interpersonales sino también todo lo relativo a la aceptación social y vida cotidiana de los niños con padres homosexuales⁸⁶.

A pesar del número restringido de estudios científicos realizados hasta el momento, las investigaciones señalan que la identidad sexual no influye sobre la calidad del entorno donde se crece y que lo fundamental es cuán aptos sean los padres para asumir las responsabilidades parentales. Se estima que los hijos de homosexuales se desarrollan de la misma manera y tienen el mismo contacto con sus amigos que los hijos de heterosexuales y no sufren más burla y acoso que otros niños. No obstante, la doctrina científica no es pacífica y estable al respecto, por lo que se requiere avanzar en estas investigaciones⁸⁷.

Sin embargo, sobre lo que parece que hay cierto consenso en las investigaciones científicas relativas al desarrollo infantil es que la institucionalización de menores no resulta aconsejable y produce numerosos efectos negativos para el menor. El interés del menor es el eje sobre el que se asienta toda adopción y el que determina la idoneidad de los adoptantes, pero dicho interés puede ser muy variado y diverso. Al igual que resulta más exacto hablar de familias que de familia, tampoco hay un interés único del menor sino intereses, todos ellos dignos de ser satisfechos y salvaguardados adecuadamente⁸⁸. El interés superior de los niños susceptibles de ser adoptados exige que no se excluya, a priori y por principio, ninguna catego-

ría de padres adoptivos por motivos que no tengan nada que ver con sus cualidades humanas y educativas. Hay miles de niños que son excluidos de la adopción debido a su edad, su pertenencia étnica, sus hermanos, su minusvalía o su pasado, y es aquí cuando surge el interrogante de si será mejor para un menor estar interno en un centro o ser adoptado o acogido por una pareja homosexual que puede proporcionarle un entorno familiar y afectivo.

Hay otros supuestos en que la adecuada protección del menor y la búsqueda del mejor espacio para el desarrollo de su personalidad pueden reclamar una pareja homosexual. Y no ya en igualdad de condiciones con otra pareja heterosexual, sino con preferencia respecto a ella. Por ejemplo, como señala Talavera “en Estados Unidos se están produciendo bastantes casos de menores maltratados por su orientación homosexual, que son dados en adopción a parejas de lesbianas porque ellos lo piden, en ocasiones, y porque la experiencia ha demostrado a los jueces que ahí encuentran el *entorno idóneo para su desarrollo afectivo y social*”. Evidentemente, aquí el interés del menor reclama como idónea a una pareja homosexual con prioridad respecto al resto de posibles adoptantes, por lo que “excluir a priori un modelo de pareja que puede ser la más idónea, en muchos casos, para responder a ese interés, supone privar a la figura de la posibilidad de cumplir adecuadamente su finalidad. Se estaría vulnerando el derecho de los menores desamparados a ser adoptados, en su caso, por la pareja que ofrezca el entorno más adecuado a sus intereses⁸⁹”.

Asimismo, a efectos prácticos, la adopción del hijo del conviviente homosexual puede suponer grandes beneficios para estos niños. Lo ha puesto de manifiesto la AAP en su declaración “*Coparent or Second-Parent Adoption by Same-Sex Parents*”, ya citada, en la que afirma que los niños que nacen o son adoptados por familias constituidas por parejas del mismo sexo normalmente tienen sólo un padre/madre biológico o adoptivo reconocido legalmente. El otro miembro de la pareja en su papel parental es denominado “co-padre” (*coparent*) o “segundo padre” (*second parent*)⁹⁰. Debido a que estas familias y niños necesitan la permanencia y la seguridad que proporciona el tener dos padres jurídicamente reconocidos, la APP respalda la adopción legal de los niños por el “segundo padre” (*second parent*) o “co-padre” (*coparent*), que conlleva:

- Garantizar que los derechos de custodia del “segundo padre” y sus responsabilidades sean protegidos si el primer padre queda incapacitado o muere.
- Proteger los derechos de custodia y visita del “segundo padre” si la pareja se separa. Asimismo, los derechos del niño a mantener relaciones continuas con ambos padres después de una separación, considerados tan importantes como en la separación o divorcio de padres heterosexuales.
- Establecer los requisitos para el mantenimiento y sostenimiento del niño por ambos padres/madres en el supuesto de separación.
- Asegurar al niño las prestaciones sanitarias de ambos padres.
- Proveer fundamento legal para que ambos padres/madres pue-

⁸⁵ AMERICAN ACADEMY OF PEDIATRICS (AAP), “Coparent or Second-Parent Adoption by Same-Sex Parents”, *Pediatrics*, Vol. 109, Number 3 (February 2002), pp. 339-340, que va acompañado de un informe técnico, “*Technical Report: Coparent or Second-Parent Adoption by Same-Sex Parents*”, *Pediatrics*, Vol. 109, Number 3 (February 2002), pp. 341-344, Disponible en <http://www.aap.org/>

⁸⁶ Los niños/as incluidos en esta investigación muestran una aceptable competencia académica, obteniendo niveles entre medios y altos, presentan una adecuada competencia social, su autoestima se sitúa en los valores medios-altos, poseen un buen conocimiento de los roles de género, etc. http://www.fundaciontriangulo.es/temporal/e_paternidad.htm

⁸⁷ En contra de la adopción por homosexuales, LERNER, R., NAGAI, A., “No Basis: What the Studies Don’t Tell Us About Same-Sex Parenting”, en *Marriage Law Project*, Washington, 2001, que analiza los errores y falta de fundamentación científica de 49 estudios sobre la repercusión de la adopción homosexual en los niños, usualmente utilizados para apoyar la misma en Tribunales de los Estados Unidos. MORGAN, P., *Children As Trophies*, Civitas, Institute for the Study of Civil Society, libro que recoge 144 estudios académicos sobre la paternidad por homosexuales. www.civitas.org.uk

⁸⁸ “En el declive final del segundo milenio cristiano, no hay familia, sino familias, como no hay propiedad, sino propiedades”. ALONSO PÉREZ, M., “La Familia entre el pasado y la modernidad. Reflexiones a la luz del Derecho civil”, *Actualidad Civil*, nº. 1 (1998), p. 25. En la misma línea, DIEZ-PICAZO, L., GULLON, A. *Sistema de Derecho Civil. Volumen IV*. Séptima edición. Madrid: Tecnos, 2000, p. 30, “no hay un concepto intemporal de familia. Más exacto que hablar de familia en singular, como institución universal y única, sería hablar de familias en plural para designar modelos con arreglo a los cuáles los grupos humanos se han organizado históricamente”.

⁸⁹ TALAVERA FERNÁNDEZ, P. A., “Adopción...”, *Op. Cit.*, pp. 99-100.

⁹⁰ La traducción literal de *second parent* y *coparent* equivaldría a “segundo padre” y “co-padre”, pero en sentido amplio, abarcando tanto al padre como a la madre. A pesar de la extrañeza de la traducción literal, se ha preferido esta para evitar confusiones respecto a la palabra “progenitor” y sus connotaciones biológicas.

dan otorgar su consentimiento en cuidados médicos, educación y otras importantes decisiones sobre el niño.

- Crear las bases para la seguridad económica de los niños en caso de muerte de ambos padres, garantizando las prestaciones de todas las ayudas sociales pertinentes, así como los beneficios de los familiares del fallecido propios de la Seguridad Social.

Por otra parte, debe tenerse presente la percepción real que la sociedad tiene de la homopaternidad, que en la sociedad española todavía no ha alcanzado niveles de aceptación adecuados. Al fin y al cabo, será la sociedad a través del Derecho la que legitime o no la posibilidad de satisfacer los intereses, no de los adoptantes, sino de los niños, en función de sus circunstancias particulares. A efectos prácticos, debemos reseñar la escasa trascendencia social que conllevaría hoy en día la concesión de idoneidad a las parejas homosexuales. Esta afirmación se sustenta en que la adopción internacional queda excluida de sus posibilidades, dado que en la actualidad los países donantes que deben consentir tal adopción no aceptan la homosexualidad en los solicitantes como regla general. Otro dato a tener presente es que las solicitudes realizadas por personas homosexuales para adoptar no son muy numerosas, así en la Comunidad Foral de Navarra hasta ahora no se ha recibido ninguna solicitud conjunta de una pareja del mismo sexo. Quizá la sociedad no está todavía preparada o educada, o no hay los suficientes datos científicos para que los individuos o parejas homosexuales adopten en las mismas condiciones que los heterosexuales, pero parece ser que no deberían ser excluidos a priori y por principio, porque podría contravenir el interés superior de los niños.

Puede convenirse que al ser los vínculos entre adoptante y adoptado creación exclusiva del Derecho, éste deberá determinar, a través de los diferentes controles a su alcance, la idoneidad de los adoptantes, y a partir de ahí en cada caso concreto disponer cuál de los solicitantes es el más idóneo para acceder a la adopción de un niño. A este respecto, dispone de un control *legislativo*, que con carácter general deberá determinar las prohibiciones correspondientes para adoptar o la inexistencia de las mismas; el control *administrativo*,

al ser el órgano administrativo competente el que se pronuncia sobre la idoneidad o no de los posibles adoptantes, y no bastará ser homosexual, sino un individuo o pareja homosexual *idóneo*, que desea de forma voluntaria y responsable fundar una familia normal para satisfacer el específico interés de cada menor. Para ello deberá contar con el decisivo juicio interdisciplinar de los diferentes expertos y deberá existir un margen de discrecionalidad por parte de los órganos de las entidades públicas competentes para determinar la idoneidad. Y finalmente, el control *judicial*, pues en definitiva será el juez el que pueda “ordenar la práctica de cuantas diligencias estime oportunas para asegurarse de que la adopción, el acogimiento o su cesación resultarán beneficiosos para el menor” (artículo 1826 LEC de 1881).

Los primeros pasos ya han sido dados por otros países y hay que tener presente que a lo largo del tiempo, como brillantemente expone Carbonnier, “la aproximación de las legislaciones se ha realizado menos bajo la influencia técnica del Derecho comparado, que es un arte de imitación, y más por la fuerza de los determinismos sociales y de las aspiraciones ideológicas: las mismas causas, un poco en todas las partes del planeta, han producido los mismos efectos”⁹¹. De este modo, la posibilidad de aceptar a los homosexuales, en pareja o individualmente, como idóneos para adoptar supone una nueva adaptación a los intereses del niño, que debe perseguir su felicidad.

La delicadeza de los intereses en juego, que son los del niño, los más dignos de protección, exigen que exista una regulación jurídica específica en las normas propias de protección de menores. Significativamente, como hemos dicho, recurrir a normas autonómicas relativas al régimen jurídico aplicable a las parejas de hecho no nos parece lo más adecuado, por la falta de rigor y uniformidad que va a producir. Debatir y colocar cada cosa en su lugar es virtud cívica muy encomiable, y por ello se hace necesario abrir un gran debate social a escala nacional, dirigido a poner de manifiesto lo más conveniente para los intereses de los niños y para que siga vigente el principio de que *la adopción es dar una familia a un niño y no un niño a una familia*.

⁹¹ CARBONNIER, J. Ensayo sobre las leyes (traducido por DIEZ-PICAZO, L.). Madrid: Civitas, 1998. p. 141.