

Adopción de menores por parejas homosexuales¹

Por

Antonia Valle Sala

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Marco jurídico de la adopción en el derecho español. A. Concepto y tipos de adopción. B. Capacidad para adoptar. C. Interés superior del menor. 3. Situación actual de la adopción y las parejas homosexuales en el derecho español. A. Legislación internacional. especial referencia a la resolución del parlamento europeo sobre igualdad de derechos de los homosexuales y de las lesbianas en la unión europea, al tratado por el que se establece una constitución para Europa y al convenio de roma. B. Leyes autonómicas de parejas de hecho. especial referencia a las legislaciones de la comunidad foral de navarra y de la comunidad autónoma del país vasco. C. Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el código civil en materia de derecho a contraer matrimonio. 4. Discriminación de las pare-

jas homosexuales: fundamento constitucional de la adopción de menores por parejas homosexuales.

I. Introducción

La adopción conjunta de menores por parejas homosexuales está permitida hoy en día en el Derecho español en virtud de la reciente aprobación de la Ley 13/2005, del 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio², permitiendo los matrimonios homosexuales y equiparándolos jurídicamente a los matrimonios heterosexuales, incluyendo, por lo tanto, esta capacidad de adopción conjunta en el sentido del artículo 175.4 del Código Civil³. Con anterioridad a esta Ley estatal, la Comu-

¹ El presente trabajo es el resultado de una Tesina defendida en la Universidad de Valladolid y dirigida por Fernando Rey Martínez, Profesor Titular de Derecho Constitucional.

² Ley publicada en BOE núm. 157, de 2 de julio de 2005, que establece en su Disposición final segunda que entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el BOE.

³ Este precepto ha sido modificado en virtud de la Ley 13/2005. Su actual redacción es la siguiente: *"Nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges. El matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permite al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte. En caso de muerte del adoptante, o cuando el adoptante sufra la exclusión prevista en el artículo 179 -y, por lo tanto, cuando hubiere incurrido en causa de privación de la patria potestad- es posible una nueva adopción del adoptado".*

nidad Foral de Navarra y la Comunidad Autónoma del País Vasco ya reconocían esta capacidad para adoptar conjuntamente de las parejas de hecho homosexuales en sendos artículos 8 de sus respectivas Leyes de parejas de hecho, careciendo las demás Comunidades Autónomas de competencia para legislar sobre esta materia⁴.

Es necesario plantearse la coherencia y la legitimidad constitucionales de la capacidad de adopción de menores de las parejas homosexuales y, por lo tanto, determinar si la exclusión de las parejas homosexuales en lo relativo a la adopción conjunta vulneraba la Constitución española⁵, en distintos preceptos en los que se consagran una serie de principios, valores y derechos que justificarían el reconocimiento de la capacidad de adoptar conjuntamente de las parejas homosexuales, encontrándose actualmente el asunto pendiente ante el Tribunal Constitucional, que debe pronunciarse sobre un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 13/2005⁶ y sobre varias cuestiones de inconstitucionalidad.

El gran debate social, político y jurídico que existía ya con anterioridad a la aprobación de la Ley 13/2005 ha incidido sobre todo en lo relativo a esta cuestión de la adopción conjunta y no ha cesado con la aprobación de la Ley, sino que se ha visto impulsado no sólo en el mundo del derecho, sino también en el de la psicología, y en la sociedad. Es que la institución de la adopción ha ido evolucionando y ya no tiene como finalidad dar al padre un hijo heredero que siguiera con su apellido, sino proporcionar al menor desamparado el medio más adecuado (más idóneo) para proteger sus intereses. Además, la concepción de la homosexualidad también ha ido cambiando y ha pasado de ser considerada delito a una libre elección de la persona como manifestación del derecho al libre desarrollo de su personalidad. De tal manera que el objeto de estudio pertenece al campo del Derecho constitucional, pero también al del Derecho civil.

El objeto de estudio lo vamos a delimitar en un triple sentido. En primer lu-

⁴ Hay que resaltar que lo que sí han hecho no pocas Comunidades Autónomas ha sido legislar sobre otra institución muy próxima a la adopción (y sobre la que sí tienen competencia para legislar), que es el acogimiento familiar, permitiendo tal acogimiento a parejas de hecho homosexuales.

⁵ Ver, asimismo, el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (CIG 87/1/04 REV 1), aprobado el 29 de octubre de 2004, en especial la Parte II que lleva por título Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión. En España se ha celebrado el referéndum el 20 de febrero de 2005. El Tribunal Constitucional español venía aplicando la Constitución europea por vía del artículo 10.2 de la Constitución española, que establece que *"las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas"*.

⁶ Recurso presentado por el Partido Popular con fecha de 30 de septiembre de 2005.

gar, nos vamos a fijar en la adopción interna -sólo haciendo referencia en contadas ocasiones a la adopción internacional- pues, lo que nos va a interesar va a ser la regulación de esta institución de protección de menores, aquí y ahora. En segundo lugar, nos vamos a referir única y exclusivamente a la adopción de menores no emancipados, dado que es ésta la que se establece como regla general en el artículo 175.2 del Código Civil y dado que el interés superior del menor es uno de los argumentos más utilizados a la hora de rechazar la capacidad de adoptar de las parejas homosexuales, entendiendo -entre otras cosas- que los menores pueden verse influenciados en su desarrollo por la orientación sexual de quienes los educan, cosa que no se entiende que sucedería con los mayores de edad o menores emancipados. En tercer lugar, nos vamos a centrar

en la capacidad de las parejas homosexuales para adoptar, dado que las parejas heterosexuales, de derecho y de hecho, tenían reconocida esta capacidad⁷ con anterioridad a la Ley 13/2005. En este sentido, nos vamos a referir en todo caso a la "capacidad" para adoptar y no al "derecho" de adopción de las parejas homosexuales, ya que nadie tiene derecho a adoptar, pero sí que podría plantearse una discriminación en cuanto al reconocimiento de esta capacidad de adopción conjunta por parte de las parejas homosexuales, respecto de las parejas heterosexuales⁸.

Este trato discriminatorio que venían sufriendo las personas homosexuales tiene su origen en las calificaciones que se han venido dando de la homosexualidad y de los homosexuales desde diversos sectores a lo largo de la historia⁹. Es a mediados

⁷ Por vía del artículo 175.4 del Código Civil las primeras y por vía de la Disposición Adicional 3ª de la Ley de Adopción, Ley 1/1987, de 11 de noviembre, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción y otras formas de protección de menores, las segundas.

⁸ Ver Talavera Fernández, Pedro A., "Las uniones homosexuales frente a la adopción", en *Sistema*, número 173, marzo 2003, páginas 90 a 93, quien sostiene que "la reivindicación de un derecho subjetivo a la adopción conjunta por parte de las parejas homosexuales que estaría siendo vulnerado carece por completo de sentido. Lo que realmente se reivindica, con un equívoco lenguaje, es que las parejas afectivas formadas por personas del mismo sexo no sean excluidas *a priori*, por el Derecho como posibles sujetos idóneos de cara a la adopción conjunta de menores".

⁹ Ver Pérez Cánovas, N., *Homosexualidad, homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho español*, Ed. Comares, Granada, 1996, especialmente páginas 1 a 20, quien hace un recorrido histórico de la situación de la homosexualidad y de los homosexuales en el Derecho español. Como señala este autor, el rechazo hacia los homosexuales se generó en el momento en el que la Iglesia Católica asigna al sexo una función meramente reproductora, aunque recuerda que no existe acuerdo respecto del origen de este rechazo. Boswell J., *Cristianismo, tolerancia social y homosexualidad*, Ed. Muchnik, Barcelona, 1993, no defiende la idea de que la causa de esta intolerancia hacia la homosexualidad sea la creencia religiosa, cristiana o no. Este autor nos recuerda que Tomás de Aquino habla de la homosexualidad como una "perversión sexual" de lo "natural" como piedra de toque de la ética sexual católica y entiende que cualquier actividad sexual debe tener por finalidad la procreación dentro del matrimonio (*Summa Theologica*, II, 2, q. 154, artículo 12, ad. 4.), identificando la homosexualidad, la bestialidad y la masturbación como pecados "contra natura". Más tarde, con la identificación de Iglesia-Estado, la homosexualidad pasó de ser un pecado grave a convertirse en delito, para pasar a ser considerada, hacia el siglo XIX, una enfermedad y, más concretamente, una enfermedad mental. Ya en el siglo XX Freud hablaba de los homosexuales como víctimas de una ///

del siglo XX cuando se produce un cambio en la concepción de la homosexualidad¹⁰, siendo Alfred Kinsey el artífice del segundo movimiento de liberación homosexual, al identificar la homosexualidad con una elección sexual -tan válida como cualquier otra- y al enmarcar esta elección dentro del "libre arbitrio", en general¹¹.

Estas concepciones que se han ido dando de la homosexualidad y de los homosexuales se han visto reflejadas en diferentes sentencias dictadas por jueces y tribunales españoles¹², en las que aparecen calificativos tales como

"inversión natural", "perversión", "vicio"¹³, o "vicio repugnante en lo social, aberración en lo sexual, perversión en lo psicológico y defecto en lo endocrino"¹⁴, incluyéndose los actos de homosexualidad en el delito de escándalo público¹⁵ del antiguo artículo 431 del Código Penal y llegando a calificarse como grave escándalo público¹⁶ por ser la homosexualidad ofensiva a la "moral sexual pública" y a los "principios morales de honestidad y recato"¹⁷. La jurisprudencia postconstitucional del Tribunal Supremo no va a ser todo lo constitucional que debiera en sus primeros años¹⁸ y las califica-

///interrupción en el transcurso del desarrollo sexual, idea también reflejada en "La revolución sexual" de Wilhelm Reich, *La revolución sexual*, Ed. Planeta-Agostini, Barcelona, 1985. Ver, además, Rey Martínez, F., "Homosexualidad...", páginas 111 a 113; y Tomás y Valiente, F., *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta*, Ed. Tecnos, Madrid, 1992, página 226.

¹⁰ Y ello a pesar de que la homosexualidad aparece en 1952 en la primera clasificación de enfermedades mentales que hizo la Asociación Americana de Psiquiatría (APA), sacándola de esta clasificación en 1974.

¹¹ Ver Pérez Canovas, N., *Homosexualidad...*, páginas 17 y 18, quien se remite a autores como Badinter, E., *XY. La identidad masculina*, Ed. Alianza, Madrid, 1992 y Fernández, D., *El rapto de Ganimedes*, Ed. Tecnos, Madrid, 1992. En palabras de Kinsey, "los psiquiatras y los médicos en general, harán bien en volver a examinar aquellos argumentos sobre cuya base exigen que todo el mundo se ajuste a ciertos tipos de comportamientos", entendiéndolo que "el problema -de la elección de la pareja de uno u otro sexo- forma parte de ese problema más vasto del libre arbitrio en general: la elección de la calle en la que uno vive, de la ropa que uno se pone, de los alimentos que uno come, etc."

¹² Ver Pérez Cánovas, N., *Homosexualidad...*, páginas 19 a 25.

¹³ Ver la Sentencia de la Sala de Apelación de Madrid de 5 de febrero de 1972.

¹⁴ Ver la Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1951, sentencia criticada acertadamente por Pérez Canovas al entender que "nuestra Alta Magistratura no siente el más mínimo pudor intelectual en autoproclamarse depositaria de una sabiduría universal, desafiando todos los avances que en el estudio de la homosexualidad había traído el siglo XX de la mano de prestigiosos especialistas en los más diversos campos de la ciencia y la conducta humana".

¹⁵ Figura que se suprime del Código Penal mediante LO 5/1988, de 9 de junio.

¹⁶ Ver la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1963.

¹⁷ Ver la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1974.

¹⁸ Ver Pérez Cánovas, N., *Homosexualidad...*, páginas 66 a 72. En la Sentencia de 18 de enero de 1978 se habla de la homosexualidad masculina, tanto constitucional como viciosa o ///

ciones sobre la homosexualidad seguirán teniendo connotaciones homofóbicas, al hablar de las relaciones homosexuales como "relaciones aberrantes", "actos de perversión sexual", "práctica obscena", o actos que conducen a "la desviada excitación del instinto sexual", considerándose aún en una sentencia de 1991 como actos "contra natura"¹⁹.

Si nos fijamos en Derecho comparado, no podemos decir que haya una plena equiparación de derechos de las personas (y parejas) homosexuales con las heterosexuales, sino que, más bien al contrario, sigue siendo algo que se debe perseguir y erradicar en multitud de países, ya que, según los datos del Informe de Derecho comparado sobre la situación legislativa mundial en relación con los homosexuales²⁰, de 151 países analizados, en 51 países la ho-

mosexualidad es todavía, a comienzos del siglo XXI, ilegal -en 3 de los cuales los actos homosexuales se castigan con la pena de muerte- en 6 países existe una importante discriminación en las leyes, pero que por poco no llegan a la ilegalidad absoluta y en 27 países o no se menciona, o no está disponible esa información, o no queda claro, o tienen una posición incierta. En Estados Unidos la situación de los homosexuales va a variar dependiendo de la legislación de cada estado, existiendo por una parte estados que cuentan con legislaciones en las que la homosexualidad es ilegal y, por otra parte, estados en los que existe una casi plena equiparación de derechos de los homosexuales con los heterosexuales²¹. Con esta visión global, tenemos únicamente 65 países -entre los que se incluye España- en los que la homo-

///perversa, como nociva y peligrosa para la sociedad, refiriéndose a ella como desviación sexual. Como sostiene Pérez Cánovas, "sentencias como éstas (...) reflejan nítidamente la opinión que los homosexuales le merecían al aparato judicial franquista que iba a heredar intacto la recién nacida democracia, de la que sólo cabía esperar la continuidad, durante todavía un período amplio, de su línea jurisprudencial duramente represiva, a no ser que lo remediara el legislador".

¹⁹ Ver las sentencias del Tribunal Supremo de 9 y 13 de octubre de 1981, de 14 de julio de 1982 y de 15 de noviembre de 1991. Paralelamente, como recuerda Rey Martínez, F., "Homosexualidad...", páginas 119 a 124, el TEDH, desde la Sentencia *Dudgeon v. Reino Unido*, de 22 de octubre de 1981, "no ha desfallecido en sostener que la tipificación penal de la homosexualidad masculina voluntaria y en privado, siempre que no se refiere a prácticas sadomasoquistas, vulnera el derecho a la vida privada" enunciado en el artículo 8.1 del Convenio de Roma, de 4 de noviembre de 1950, para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, ratificado por España el 26 de septiembre de 1979.

²⁰ Informe elaborado en noviembre de 2000 por Hon. Graciela Medina, Juez de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de San Isidro (República Argentina).

²¹ Ver Talavera Fernández, Pedro A., "Las uniones...", páginas 80 y 81, quien se remite a "Adoption by Homosexuals and same sex couples: a legal memorandum", en *Marriage Law Project*, October 31, 2000, al recordar que los tribunales inferiores de Alabama, Alaska, California, Illinois, Indiana, Iowa, Michigan, Minnesota, Nevada, New Mexico, New York, Oregon, Pennsylvania, Rhode Island, Texas y Washington, así como la Corte Suprema de Massachusetts y la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia, han admitido la "second-parent adoption", que consiste en "la adopción en la que el conviviente homosexual adopta al hijo del otro conviviente, pero sin que terminen del todo los derechos del otro progenitor biológico del menor". Además, como consecuencia de la decisión de la Corte Suprema de Vermont en el asunto *Stan Baker v. State of Vermont* (filed 20-december 1999), se aprobó la Ley núm. 91, *Act Relating to Civil Unions*,///

sexualidad es legal, cosa que no conlleva en la mayoría de los casos la plena equiparación de derechos, sino que esta equiparación total se va a dar en contados países²². Holanda ha sido el primer país en permitir la adopción de menores a parejas de hecho homosexuales²³, capacidad actualmente reconocida también en España en virtud de la citada Ley 13 /2005.

II. Marco jurídico de la adopción en el Derecho Español

A. Concepto y tipos de adopción

La adopción es una institución jurídica de protección de menores cuya finalidad institucional "tuitiva" es la inte-

gración total y plena del adoptado en la familia adoptante. Por lo tanto, la adopción reviste del carácter de estabilidad, pues persigue establecer entre dos personas una relación de filiación, creando unos vínculos jurídicos similares a los que existen entre una persona y sus descendientes biológicos²⁴.

La regla general en el Derecho español es la adopción efectuada por una sola persona, la "adopción individual o unipersonal", regla que aparece en el actual artículo 175.4 del Código Civil y que ya aparecía en la redacción anterior a la Ley 13/2005²⁵, que se desprende inclu-

///por la que "se reconoce a las parejas del mismo sexo la posibilidad de obtener los mismos beneficios y protecciones otorgadas por la Ley de Vermont a las parejas casadas de distinto sexo" y, en cuanto a la adopción, se añade a la Sección III del *Vermont Statutes Title, 15: Adoption Act*, un capítulo 23 que aplica a los miembros de la "unión civil" la Ley de Procedimiento de Adopción. Ver, además, Rey Martínez, F., "Homosexualidad...", páginas 117, 118, Nº 23, y 132, quien recuerda la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de Massachusetts *Goodridge and others v. Department of Public Health*, de 18 de noviembre, que ha considerado que las personas homosexuales tienen un derecho constitucional a contraer matrimonio entre sí y la Sentencia del Tribunal Supremo norteamericano *Lawrence v. Texas*, de 26 de junio de 2003, que "ha revocado la doctrina sentada en *Bowers v. Hardwick* de 1986, concluyendo que la libertad protegida por la Constitución -de la XIV Enmienda- incluye la homosexualidad consentida, en privado y entre adultos".

²² Ver Pérez Cánovas, N., *Homosexualidad...*, página 67, quien señala que "es lamentable comprobar que la despenalización de la homosexualidad no ha acarreado su desestigmatización, aunque representa un primer impulso, en absoluto despreciable, en la conquista del pleno reconocimiento de los derechos civiles".

²³ Como recuerda Talavera Fernández, Pedro A., "Las uniones homosexuales...", páginas 79 y 80, en abril de 1999 se incorporó "al Derecho holandés, dentro de la nueva Ley de convivencia registrada, la posibilidad de que el conviviente homosexual pudiera adoptar al hijo del otro conviviente con la aceptación expresa del otro progenitor biológico". Posteriormente le siguió Dinamarca, con la aprobación de la Ley 360, de 2 de junio de 1999, que modifica la antigua Ley 372, de 7 de junio de 1989 en el sentido de permitir que el miembro de una pareja registrada adopte al hijo del otro componente de la pareja, salvo que se trate de un hijo adoptivo de otro país. Con las Leyes holandesas 9 y 10, de 21 de diciembre de 2000, se modifica el Libro I del Código Civil, "en el sentido de abrir el matrimonio a personas del mismo sexo", con la primera y de admitir "la posibilidad de que las parejas homosexuales puedan adoptar conjuntamente con el fin de ofrecer una mejor y más coherente educación a los niños", con la segunda. Ver, además, Rey Martínez, F., "Homosexualidad...", página 149.

²⁴ Ver Talavera Fernández, Pedro A., "Las uniones homosexuales...", páginas 82 a 90.

so, del artículo 177.2.1 del Código Civil²⁶. Asimismo se indica la posibilidad en el artículo 175.4 del Código Civil, de la “adopción individual sucesiva” cuando se produzca la muerte del adoptante o cuando éste sufra la exclusión de sus funciones tuitivas y derechos sobre el adoptado en el sentido del artículo 179 del mismo Código. De esta manera se venía permitiendo la adopción individual sin hacer referencia a la orientación sexual del adoptante. Por ello con independencia de su orientación sexual, sin más requisitos que los que se enumeran en la Ley. No existe (ni existía) impedimento legal alguno para que puedan adoptar personas homosexuales, siempre que lo hagan a título individual. Va a ser en la aplicación de la Ley donde se van a plasmar los prejuicios homofóbicos, sociales o morales, a la hora de la declaración de idoneidad de las personas homosexuales²⁷ y que encontrarían su pretexto en el artículo

176.1 del Código Civil²⁸, que establece una cláusula general por la que el juez resolverá sobre la adopción atendiendo a dos factores, por un lado, el interés del adoptando y, por otro lado, la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad²⁹.

Esta regla general de la “adopción individual” va a tener como única excepción expresamente mencionada en el artículo 175.4 del Código Civil la “adopción dual efectuada por ambos cónyuges”. Esta adopción conjunta puede ser efectuada de forma simultánea, en virtud del mencionado artículo 175.4, o de forma sucesiva, en virtud de dicho precepto al establecer expresamente en su redacción actual que “*el matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permite al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte*”, en virtud también del artículo 176.2.2 del Código Civil³⁰.

²⁵ El antiguo artículo 175.4 del Código Civil decía: “*Fuera de la adopción por ambos cónyuges, nadie puede ser adoptado por más de una persona. En caso de muerte del adoptante, o cuando el adoptante sufra la exclusión prevista en el artículo 179, es posible una nueva adopción del adoptado*”.

²⁶ Precepto que exige el asentimiento a la adopción del cónyuge no separado del adoptante, sin que surjan vínculos adoptivos en relación con aquél, una vez constituida la adopción.

²⁷ Ver Pérez Cánovas, N., *Homosexualidad...*, páginas 255 y 256; Gutiérrez Santiago, P., *Constitución de la adopción: Declaraciones relevantes*, Ed. Aranzadi S.A., 2000, página 54; y Rey Martínez, F., “Homosexualidad...”, páginas 136 y siguientes.

²⁸ Este precepto dice: “*La adopción se constituye por resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad*”.

²⁹ Además de la resolución judicial, en su apartado segundo se requiere que la propuesta previa al expediente de adopción sea formulada al Juez, por la entidad pública competente, a favor del adoptante o adoptantes que ésta haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad.

³⁰ Precepto que, al hablar de la propuesta previa, dice que no se requiere cuando el adoptando sea hijo del consorte del adoptante.

Si bien la regla general es la adopción individual, va a ser la adopción efectuada por ambos cónyuges la más habitual en la práctica³¹. Algunos autores entienden que el medio más adecuado para el correcto desarrollo de un niño es una familia matrimonial³², en la que suponen una estabilidad que no se da de igual forma en las familias no matrimoniales heterosexuales. No existe unanimidad doctrinal sobre esta materia, sino que nos encontramos con posturas doctrinales totalmente contrapuestas³³. Este debate doctrinal no ha cesado con la aprobación de la reciente Ley 13/2005, en virtud de la cual se permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, reconociendo a estos matrimonios homosexuales idénticos efectos que los que se venían reconociendo para los matrimonios heterosexuales, incluida, por lo tanto, la capacidad de adopción conjunta en el sentido del artículo 175.4 del Código Civil.

Esta posibilidad de las parejas unidas por vínculo matrimonial se extiende expresamente y, en lo relativo a la "adopción dual simultánea", también a las parejas unidas por vínculo extramatrimonial siempre que se trate de parejas de hecho heterosexuales, en virtud de lo dispuesto en la Disposición Adicional Tercera de la Ley 21/1987³⁴ y homosexuales, en virtud de la Disposición Adicional Primera de la Ley 13/2005³⁵. De esta forma, se equiparan los derechos de las parejas de hecho a los de los matrimonios en relación con la adopción simultánea de un menor.

La postura del legislador estatal anterior a la Ley 13/2005 era clara al exigir la heterosexualidad de la pareja como requisito *sine qua non* para adoptar simultáneamente a un menor, postura criticada por diversos autores³⁶. Sin embargo, actualmente la mayoría de la doctrina no

³¹ Ver Gutiérrez Santiago, P., *Constitución de la adopción...*, página 50, quien sostiene esta afirmación apoyándose en los datos estadísticos e incluso en "la mera lectura de los hechos que sirven de base a numerosas resoluciones judiciales -entre otras, la Sentencia de la AP de Lugo de 16 de junio de 1999 (AC 1999, 1523) y los Autos de la AP de Badajoz de 4 de julio de 1996 y de la AP de Barcelona de 11 de marzo de 1999 (AC 1999, 781)- siendo además frecuente en la normativa autonómica dar preferencia a los matrimonios a la hora de la selección por la entidad pública entre los solicitantes declarados idóneos".

³² Ver, entre otros, Martínez Fandós, M. T. y Gimeno Ferrer, A. I., "¿Tan difícil resulta adoptar en nuestro país?...", en *La Ley*, 1997-1, página 1924; y Pérez Álvarez, M. A., *La nueva adopción*, Ed. Civitas, Madrid, 1989.

³³ Ver Gutiérrez Santiago, P., *Constitución de la adopción...*, páginas 49 y siguientes y Feliú Rey, M. I., "El art. 179 del Código Civil como manifestación de los principios de protección al menor y 'adoptatio imitatur naturam'", en *La Ley*, 1989-2, páginas 1091 y siguientes.

³⁴ Disposición que establece que "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 afectividad análoga a la conyugal".

³⁵ Disposición que establece que "las disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes".

³⁶ Unos por entender que el matrimonio es el único grupo familiar donde se puede dar la estabilidad que los niños necesitan, como recuerda Gutiérrez Santiago, P., *Constitución de la adopción...*, ///

se cuestiona sobre si la postura adoptada por el legislador de 1987 fue acertada, respondiendo afirmativamente a esta pregunta. Es en la constitucionalidad de la Ley 13/2005 y, en concreto, en la posibilidad de adoptar menores por parejas homosexuales, donde existe mayor discrepancia y donde se ha venido centrando el debate. Es aquí, donde la doctrina se encuentra claramente posicionada³⁷.

Con la Ley 13/2005 se van a evitar situaciones de desamparo por parte de "familias de hecho" que carecían de reconocimiento jurídico. Y ello es así porque si no se reconociese la capacidad de adopción de un conviviente homosexual, que ejerce como padre o madre de los hijos (biológicos o adoptivos) de su pareja homosexual, cuando todos ellos forman una "familia de

hecho", se les estaría negando la posibilidad de formar una "familia de derecho", careciendo esta familia del reconocimiento jurídico que necesita y de la protección jurídica por parte de los poderes públicos a la que tiene derecho en virtud del artículo 39.1 de la Constitución española. En el caso de muerte del padre o madre del menor, el conviviente sobreviviente no tendría ningún derecho, en principio, a continuar viviendo con el menor. Sin embargo, con la Ley 13/2005, al poder plasmarse jurídicamente el vínculo familiar que une de hecho al conviviente homosexual con los hijos de su pareja, se protegen en mayor medida los intereses de los menores³⁸.

B. Capacidad para adoptar

Dos son los aspectos que habrán de te-

///página 50, Nº 59, quien critica la opinión de Martínez Fandós, M^o T. y Gimeno Ferrer, A. I., "¿Tan difícil resulta adoptar en nuestro país?...?", página 1924, diciendo que se trata de posturas "anquilosadas en el pasado", al considerar, estos autores, acertada la postura del legislador de 1958 que establecía que "los adoptantes estuvieran casados y se exigieran cinco años de existencia de matrimonio. Esto puede ser un medio de comprobar si la convivencia funciona entre los cónyuges, porque aunque esto no augura ciertamente que el niño que se va a adoptar sea feliz y reciba la educación y cariño de los adoptantes, sí que es más probable que si no se requiere un tiempo de duración del matrimonio pueda actuarse precipitadamente y acarrear perjuicios sobre todo de tipo moral al adoptado". Y otros por considerar que "el legislador crea la extraña figura de la filiación adoptiva no matrimonial", como sostiene Pérez Álvarez, M. A., *La nueva...* Sin embargo, lo que hizo el legislador a la hora de extender la posibilidad de adoptar conjuntamente a las parejas de hecho heterosexuales fue "asumir el cambio de condiciones producidas en lo social y en lo jurídico a partir de la Constitución española", al considerar que "en nuestra sociedad, los intereses de un menor adoptado podían quedar igualmente garantizados en el seno de cualquier pareja estable de hombre y mujer, tanto si ésta era matrimonial como si era de hecho", como afirma Talavera Fernández, Pedro A., "Las uniones homosexuales...", página 94.

³⁷ Ver Gutiérrez Santiago, P., *Constitución de la adopción...*, páginas 53 y 54.

³⁸ Ver Talavera Fernández, Pedro A., "Las uniones homosexuales...", página 82, quien recuerda que "la Ley danesa responde a la intención de regularizar la custodia compartida de los menores que ya están viviendo en hogares homosexuales porque son hijos de uno de los convivientes y a éstos se limita" y que "esa misma fue la justificación más esgrimida en el Parlamento holandés, en el que se manejaron cifras de 5.000 niños en tales condiciones".

nerse en cuenta para entender que una persona es capaz para adoptar: por un lado, los requisitos y prohibiciones para ser adoptante y, por otro lado, los criterios de valoración de la idoneidad del adoptante para el ejercicio de la patria potestad.

En cuanto a los requisitos para ser adoptante, únicamente se imponen requisitos de edad en el artículo 175.1 del Código Civil³⁹. Asimismo, se establecen una serie de prohibiciones en el artículo 175.3 del Código Civil⁴⁰. No se establece, por tanto, el requisito de la heterosexualidad del posible adoptante en la adopción individual, por lo que podemos concluir que la homosexualidad no constituye en Derecho español un factor excluyente para la adopción individual. De tal manera que el ordenamiento jurídico español entiende que una persona homosexual está capacitada para ejercer la patria potestad, por lo tanto, para adoptar un niño, siempre que lo haga a título individual. Otra cosa es que se trate de una pareja homosexual la que desee

adoptar a un menor. Hasta la vigencia de la Ley 13/2005, el matrimonio homosexual no era posible, por lo que las parejas homosexuales no podían adoptar conjuntamente en calidad de cónyuges, pero tampoco les estaba permitida la adopción conjunta en calidad de convivientes, como pareja de hecho. Estas situaciones eran ilegales, al exigirse, en la adopción conjunta, un requisito añadido referido a los adoptantes, el requisito de la heterosexualidad de la pareja, bien por tratarse de matrimonios, en virtud del artículo 175.1 del Código Civil, o bien de parejas de hecho heterosexuales, en virtud de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 21/1987. Tal Disposición Adicional, a la hora de extender la capacidad de adoptar conjuntamente a las parejas de hecho, exigía la heterosexualidad de la pareja, al hablar del *"hombre y la mujer integrantes de una pareja"*⁴¹. Esta redacción nos recuerda un precepto constitucional, el artículo 32, referido al matrimonio y, en concreto, tal y como se venía entendiendo antes de la Ley 13/2005,

³⁹ Este precepto dice: *"La adopción requiere que el adoptante sea mayor de veinticinco años. En la adopción por ambos cónyuges basta que uno de ellos haya alcanzado dicha edad. En todo caso, el adoptante habrá de tener, por lo menos, catorce años más que el adoptado"*. Nada se dice en la Ley 1/1996 -y tampoco se decía en la Ley 21/1987- sobre la exigencia de que el adoptante se halle en el pleno ejercicio de todos sus derechos civiles. Sin embargo, esta exigencia se ha retomado en algunas normativas autonómicas. Este es el caso de la ya derogada Ley de Adopción de Cataluña de 1991, en su artículo 18.1 a) y el vigente Código de Familia de Cataluña de 1998, en cuyo artículo 115.1 a) se dice que *"para poder adoptar se requiere estar en pleno ejercicio de los derechos civiles"*.

⁴⁰ En virtud de este precepto no se puede adoptar a un descendiente, a un pariente en segundo grado de línea colateral por consanguinidad o afinidad, ni a un pupilo por su tutor hasta que haya sido aprobada definitivamente la cuenta general justificada de la tutela.

⁴¹ Limitaba la capacidad en un triple sentido, al exigir, además, la estabilidad de la pareja, al hablar de *"una pareja unida de forma permanente"*; y la *affectio maritalis*, al hablar de *"relación de afectividad análoga a la conyugal"*.

al matrimonio heterosexual. Este precepto establece, en su apartado primero, que *"el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica"*. De tal manera que, aunque no se dice expresamente que este derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio lo es sólo "entre sí" -un hombre con una mujer, o viceversa- la doctrina mayoritaria venía entendiendo que este precepto constitucional se refería al matrimonio exclusivamente heterosexual. Sin embargo, el legislador estatal ha interpretado de manera extensiva este precepto, al añadir, en virtud de la Ley 13/2005, un segundo párrafo al artículo 44 del Código Civil, permitiendo el matrimonio entre personas del mismo sexo. No es éste un trabajo dirigido a analizar la institución del matrimonio civil de parejas homosexuales -que ya es un hecho en Derecho español- pues requeriría de un estudio más pormenorizado. Sin embargo, no debemos olvidar que la figura de la

adopción va a desarrollarse en el seno de una familia y hay sectores doctrinales, voces con mayor o menor fuerza en la doctrina, que identifican las instituciones de "matrimonio-heterosexual" y "familia". De tal manera que habrá de definirse lo que debe entenderse por "familia" en el marco de la Constitución para acallar tales voces⁴².

La Ley 13/2005 ha dotado de coherencia a la capacidad de adoptar de las personas homosexuales, formen o no pareja con otra persona, ya que con anterioridad a esta Ley se permitía que una persona homosexual adoptara a título individual, considerándola capaz para adoptar, pero no de forma conjunta con su pareja, por la exigencia añadida del requisito de la heterosexualidad de la pareja, considerando incapaz para adoptar a la pareja formada por dos personas homosexuales.

En cuanto a los criterios de valoración de la idoneidad para ser adoptante,

⁴² Ver, a favor de la equiparación jurídica de las parejas homosexuales con las heterosexuales, Gutiérrez Santiago, P., *Constitución de la adopción...*, páginas 53 y siguientes; Romero Coloma, A. M., *Las uniones homosexuales en España: evolución histórica y situación jurídica actual*, La Ley, 1997-2, páginas 1862 y siguientes; Pérez Cánovas, N., *Homosexualidad...*, páginas 253 y siguientes. En contra de dicha equiparación encontramos, entre otros, a Núñez Muñiz, C., *Algunas consideraciones sobre la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor*, La Ley, 1996, página 1487, quien sostiene incluso que la homosexualidad de los padres puede considerarse un factor de "riesgo" para el menor; Hualde Sánchez, J. J., *Comentarios ...* (coord. por Bercovitz, R.), 1993, página 150; Feliú Rey, M. I., *Comentarios a la Ley de Adopción*, Ed. Tecnos, Madrid, 1989, páginas 130 y 131; López Burniol, J. J., *La Ley catalana de Uniones Estables de Pareja*, RJC, 1999-3, página 672; Camarero Suárez, V., *Estudio de las iniciativas parlamentarias sobre uniones no matrimoniales*, RGD, núm. 655, abril 1999, páginas 3564 y siguientes; Hernández Ibáñez, C., *Una aproximación a la Ley 10/1998, de 15 de julio, de Uniones Estables de Pareja de Cataluña*, Act. Civ., núm. 22, 1999, página 613; Martín Casals, M., *Aproximación a la Ley Catalana 10/1998, de 15 de julio, de Uniones Estables de Pareja*, Derecho Privado y Constitución, núm. 12, enero-diciembre, 1998, páginas 143 y siguientes; Magro Servet, V., *¿Parejas de hecho o de derecho? (Sobre la proposición de Ley Orgánica de contrato de unión civil que se está tramitando en el Parlamento)*, La Ley, página 2066; Trías Sagnier, J., *El contrato de unión civil y modificaciones legislativas que introduce*, AJA, año VII, núm. 315, 30 de octubre 1997; León-Castro Alonso, J., *Primera lectura de la Proposición de Ley 133/000098: Contratos de unión civil*, Derecho y Opinión, núm. 5, 1997, páginas 305 y siguientes.

para determinar la idoneidad o no idoneidad de una persona (o de una pareja), debemos definir en primer término lo que deba entenderse por "idoneidad" del adoptante. En este sentido, del artículo 176.1 del Código Civil se desprende que las ideas de "idoneidad del adoptante" y de "ejercicio de la patria potestad" están estrechamente vinculadas a partir de la modificación introducida por la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor⁴³. De tal manera que, para determinar si una persona es idónea para adoptar, tenemos que determinar lo que comporta ese "ejercicio de la patria potestad". Y es en el artículo 154 del Código Civil en el que se establece lo que conlleva este ejercicio. En el citado precepto se dice que *"la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y comprende los siguientes deberes y facultades:*

1º. Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

2º. Representarlos y administrar sus bienes.

Esta definición de "idoneidad para adoptar" como "idoneidad para el ejercicio de la patria potestad" no supone la exclusión de las personas ni de las parejas homosexuales en la capacidad de adopción, pues no se entiende que su orientación sexual vaya a influir sobre su capacidad para el ejercicio de la patria potestad, para el correcto desempeño de los deberes y facultades que comporta dicha patria potestad. Si entendemos que una persona no puede ser declarada no idónea para adoptar por razón de su orientación homosexual, tendríamos que concluir que una pareja homosexual no va a poder ser declarada no idónea para adoptar por razón de su homosexualidad. La orientación sexual no puede ser un factor a tener en cuenta en la declaración de idoneidad o no idoneidad, sino que habrá que fijarse en otros factores, como así se desprende de la normativa relativa a esta materia.

⁴³ Como se afirma en el Auto de la AP de Guipúzcoa de 13 de noviembre de 1998 (AC 1998, 1908), *"es una persona idónea para adoptar aquella que se encuentra en condiciones de cumplir con los deberes y obligaciones que a todo padre impone dicha condición, dado que la adopción consiste en la constitución de una relación paterno-filial entre unas personas entre las que previamente dicha relación no existía"*. Asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 7 de octubre de 1996 (RGD, núm. 628-629, enero-febrero, 1997, página 948) confirma la decisión del Juzgado constitutiva de la adopción a favor de la familia formada por una pareja estable que, *"según el informe psicosocial del Ayuntamiento que se acompaña a la propuesta de adopción, reúne las condiciones idóneas para la adopción de dicha niña quien, a su vez, se ha adaptado perfectamente al nuevo ambiente familiar: dicha familia, en cuyo seno no ha estado acogida la menor, ha procedido desde el primer momento -según acredita dicho informe- a considerarla y tratarla como hija propia, ejercitando los deberes de velar por ella, alimentarla, educarla y proporcionarle una formación integral y está en condiciones de continuar prestándole la atención y cuidados necesarios"*.

De hecho, en la ley no se establece, ni se establecía con anterioridad a la Ley 13/2005, que la homosexualidad deba ser considerada un factor excluyente en la capacidad de adopción.

Este requisito de la idoneidad se introduce a partir de la Ley 1/1996⁴⁴. Es, por lo tanto, a partir de esta Ley que el requisito de idoneidad de los adoptantes se establece expresamente en nuestro Derecho positivo y es en concreto en su Disposición Final 10^a, al modificar el artículo 176.1 del Código Civil, incluyéndolo como factor que siempre debe tener en cuenta el juez al resolver

sobre la adopción⁴⁵. Sin embargo, son las legislaciones autonómicas sobre protección de menores, las encargadas de fijar los criterios de valoración de la idoneidad del adoptante. En este sentido, hay que resaltar lo que establece el artículo 28 de la Ley 7/1994, de 5 de diciembre, de la Infancia de la Comunidad Valenciana, que parece querer permitir la adopción por parte de parejas homosexuales⁴⁶ al establecer expresamente la prohibición de considerar *“medida discriminatoria para conceder una adopción, el tipo de núcleo de convivencia familiar por el que hayan optado libremente aquellos o aquellas*

⁴⁴ En su Exposición de Motivos dice introducir *“la exigencia del requisito de idoneidad de los adoptantes, que habrá de ser apreciado por la entidad pública, si es ésta la que formula la propuesta, o directamente por el Juez, en otro caso”*. Además se recuerda que la exigencia de este requisito aparece explícitamente en la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, que habla de la adopción en su artículo 21 y en el Convenio de La Haya Número XXXIII, de 29 de mayo de 1993, relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, ratificado por España el 30 de junio de 1995. Asimismo, se tenía en cuenta en la práctica en los procedimientos de selección de familias adoptantes.

⁴⁵ Tal es el interés del legislador en tomar en consideración la idoneidad de los adoptantes que incluso la menciona expresamente en materia de adopción internacional, modificando la Disposición Final 2^a de la Ley el artículo 9.5 del Código Civil, al establecer la necesidad de la idoneidad de los adoptantes para la eficacia en nuestro país de las adopciones constituidas en el extranjero y, dando así, cumplimiento al compromiso adquirido con la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, cuyo artículo 21 c) obliga a los Estados Partes a velar *“por que el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de los mismos derechos- salvaguardas y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen”*.

⁴⁶ Como señala Gutiérrez Santiago, P., *Constitución de la adopción...*, página 57, N^o 73, que se refiere además al artículo 32.1 a) de la Ley de la Familia, la Infancia y la Adolescencia de Galicia, que habla de *“solicitudes conjuntas por cónyuges o parejas con relación estable análoga a la conyugal”*, no exigiendo, al menos de manera explícita, la heterosexualidad de la pareja.

⁴⁷ Ver, en especial, el artículo 74.1 de la Ley 4/1998, de 18 de marzo, del Menor de La Rioja, que regula con extraordinario detalle los criterios a seguir en la declaración de idoneidad y los artículos 76 a 78; los artículos 16.3 y 18.1 y 3 de la Ley 10/1989, de 14 de diciembre, de Protección de Menores de Aragón, donde se utilizan indistintamente los términos de *“idoneidad”* y de *“viabilidad”* de los adoptantes; el artículo 120.1 a) de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia//

que soliciten la adopción”.

Estos criterios de valoración de la idoneidad de los adoptantes, fijados por las Comunidades Autónomas en sus respectivas normativas sobre protección de menores⁴⁷, son los criterios y circunstancias sociofamiliares a tomar en consideración para la declaración de idoneidad de los adoptantes. La normativa autonómica de Castilla y León va a ser bastante exhaustiva a la hora de fijar tales criterios. Así, el artículo 28 b) del Decreto 57/1988, de 7 de abril, sobre normas reguladoras en materia de Protección de Menores, exige que “los posibles adoptantes de menores” posean “condiciones psicológicas y socioeconómicas idóneas”, entre otros requisitos y “sin perjuicio de los que exige el Código Civil”.

Además, el artículo 15 del Decreto 184/1990, de 20 de septiembre, que aprueba el Reglamento de Expedientes Administrativos de Adopción, dice que “la valoración se realizará en función del interés del menor” y que “se considerarán como no idóneos para la adopción a los solicitantes cuyas circunstancias no ofrezcan la suficiente garantía para la adecuada atención del adoptando”, estableciendo los siguientes criterios indicativos que se tendrán en cuenta en el proceso de valoración⁴⁸:

a) Que la diferencia de edad entre el adoptado y el adoptante no sea superior a cuarenta años, salvo cuando los solicitantes manifiesten su disponibilidad a aceptar menores con características especiales o grupos de hermanos,

///de Cataluña; el artículo 31 de la Ley 4/1994, de 24 de noviembre, de Protección de Menores de Extremadura; los artículos 57 a) y 58 de la Ley 1/1995, de 27 de enero, de Protección de Menores del Principado de Asturias; los artículos 58.1 y 60 de la Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad de Madrid; el artículo 73 de la Ley 1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral a los Menores de Canarias; los artículos 32.1 a) y d), y 33 de la Ley 3/1997, de 9 de junio, de Protección Jurídica, Económica y Social de la Familia, la Infancia y la Adolescencia de Galicia; el artículo 33 de la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor de Andalucía; el artículo 72 en relación con el artículo 51 de la Ley 7/1999, de 28 de abril, de Protección de la Infancia y la Adolescencia de Cantabria, y el artículo 37 del Decreto 66/1992, de 7 de septiembre, que aprueba el Reglamento de Expedientes Administrativos de Adopción, Tutela, Guarda y Acogimiento de Menores; los artículos 23 y 24 de la Ley 7/1995, de 21 de marzo, de Protección de Menores de las Islas Baleares, y el artículo 3.13 y 14 de la Ley 8/1997, de 18 de diciembre, de Atribución de Competencias a los Consejos Insulares en materia de Tutela, Acogimiento y Adopción de Menores de las Islas Baleares; el artículo 58 de la Ley 3/1999, de 31 de marzo, del Menor de Castilla-La Mancha, y el artículo 26 del Decreto 143/1990, de 18 de diciembre, sobre normas de procedimiento en materia de menores; el artículo 12 del Decreto Foral 90/1986, de 25 de marzo, por el que se establecen normas sobre adopciones, acogimiento familiar y atención a menores (Decreto Foral que sigue formalmente vigente, al no haber sido derogado expresamente, pero rige en su casi totalidad lo establecido en el Código Civil y en la Ley Orgánica 1/1996), y las Leyes 73 y 74 de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por las que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra; etc.

⁴⁸ Ver, además, el artículo 31.3 y 4 del Decreto 57/1988; la Disposición Adicional 3ª del Decreto 184/1990, que dice: “El Decreto 57/1988, de 7 de abril, por el que se dictan normas sobre protección de menores tiene un carácter subsidiario respecto al presente Reglamento” y el Decreto 276/2000, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Plan Regional Sectorial de Protección y Atención a la Infancia.

en que la diferencia de edad podrá ser superior, si bien esta circunstancia deberá reflejarse suficientemente en el informe-propuesta.

b) Se procurará que el medio familiar reúna las condiciones adecuadas para la atención del menor respecto de la salud física y psíquica de los solicitantes y miembros que convivan con los mismos, la integración social de los adoptantes, situación socioeconómica, la habitualidad de la vivienda, la infraestructura de la zona de residencia, disponibilidad de un tiempo mínimo para su educación y en el caso de cónyuges o personas que convivan maritalmente de hecho, una relación estable y positiva.

c) Se valorará la existencia de motivaciones y actitudes adecuadas para la adopción, la voluntad compartida por parte de ambos en el caso de ser cónyuges o personas que convivan maritalmente de hecho y la aptitud básica para la educación de un niño.

d) Será signo negativo en la valoración el que los solicitantes condicionen la adopción a las características físicas, el sexo, o a la procedencia socio-

familiar de los menores.

e) La ocultación o falseamiento de los solicitantes de datos relevantes para la valoración, serán signos negativos en la misma, sin perjuicio de las responsabilidades legales en que pudieran incurrir".

De toda esta normativa autonómica se desprende que la orientación sexual del adoptante no puede ser en ningún caso tenida en cuenta como criterio de valoración de su idoneidad.

C. Interés superior del menor

Este principio de "favor minoris" es el que va a regir frente a cualquier otro principio que pudiera concurrir en la adopción de un menor. De tal manera que vamos a encontrarnos con preceptos que establecen la vigencia de este principio tanto en la legislación internacional como en la nacional y autonómica⁴⁹.

Con la Ley 21/1987 la adopción dejó de ser un instrumento para proporcionar al menor desamparado un padre y una madre, para pasar a configurarse como "un instrumento de integración

⁴⁹ Ver los artículos 3 y 28 de la Ley de la Infancia de la Comunidad Valenciana; el artículo 2 f) de Protección de Menores de Aragón; el artículo 3 de la Ley de Protección de Menores de Extremadura; el artículo 4 b) de la Ley de Protección de Menores de las Islas Baleares; el artículo 4 de la Ley de la Infancia de la Región de Murcia; los artículos 6.2 b) y 58 a) de la Ley de Protección de Menores de Asturias; los artículos 3 a) y 4 de la Ley de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad de Madrid; el artículo 3.3 de la Ley de Protección Jurídica, Económica y Social de la Familia, la Infancia y la Adolescencia de Galicia; el artículo 4.2 a) de la Ley 1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral a los Menores de Canarias; los artículos 3.1 y 31 a) de la Ley de los Derechos y la Atención al Menor de Andalucía; el artículo 4 a) de la Ley del Menor de Castilla-La Mancha; los artículos 4.1, 72.1 y 73 a) de la Ley de Protección de la Infancia y la Adolescencia de Cantabria; etc.

familiar referido esencialmente a quienes más la necesitan⁵⁰ y teniendo, por lo tanto, la finalidad de integrar al menor desamparado en una familia. Sin embargo, es la Ley Orgánica 1/1996 la que consagra expresamente el "interés superior del menor" como principio rector que debe impregnar toda la normativa sobre protección de menores, supeditándose, la adopción del menor desamparado, a su integración en el medio "más adecuado" para proteger sus intereses⁵¹. Ya en su Exposición de Motivos se refiere expresamente a la obligación constitucional de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y dentro de ésta, con carácter singular, la de los menores⁵².

Esta Ley descansa sobre una nueva concepción del sujeto, subrayando en tal sentido "las necesidades de los menores como eje de sus derechos y de su protección". Y es en su artículo 2 donde se establece como principio general la primacía del "interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir", además, en el artículo 11 a) que coloca en primer lugar, dentro de los principios que han de regir la actuación de los poderes públicos, "la supremacía del interés del menor".

Por otra parte, el artículo 3, al hablar de los derechos de que gozan los menores, se remite a la Constitución española⁵³, además de determinados instrumentos internacionales⁵⁴ y el artículo

⁵⁰ Antes de esta Ley, la Ley de 4 de julio de 1970 (RCL 1970, 1121) y la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de reforma de la filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial (RCL 1981, 1151) acogían ya el principio de *favor minoris*, consagrando esta última además la equiparación entre la filiación adoptiva y la natural.

⁵¹ Ver Talavera Fernández, Pedro A., "Las uniones homosexuales...", páginas 82 a 90.

⁵² Y es en concreto en el artículo 39 de la Constitución española donde se plasma, en su apartado primero, esta protección de la familia, para referirse posteriormente, en sus apartados segundo, tercero y cuarto, a la protección de los niños en particular.

⁵³ Cuyo artículo 39.4 establece expresamente que "los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos". Ver, entre otros, el Tratado por el que se establece una Constitución Europea, en especial sus artículos I-3 y II-84; la Resolución del Parlamento Europeo A4-0392/96, de 12 de diciembre de 1996, sobre la mejora del derecho y de la cooperación entre los Estados miembros en materia de adopción de menores y el Convenio de La Haya número XXXIII, de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional (Instrumento de ratificación de 30 de junio de 1995), en especial sus artículos 1.a), 4.b), 16.1.d), 21.1 y 24.

⁵⁴ Ver la Resolución A3-0172/92, de 8 de julio de 1992, del Parlamento Europeo, sobre una Carta Europea de los Derechos del Niño [DOCE N° C241, de 21 de septiembre de 1992], en especial su punto 8.16 y la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (Instrumento de ratificación de 30 de noviembre de 1990), en especial sus artículos 3.1 y 21, relativo este último a la adopción, imponiendo a los Estados Partes que reconocen o permiten este sistema la obligación de cuidar "de que el interés superior del niño sea la consideración primordial". Esta Convención se remite de manera bastante exhaustiva a otros instrumentos internacionales, como son la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño; la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea ///

lo 24 -único precepto que se refiere a la adopción de menores- se remite en su regulación “a lo establecido por la legislación civil aplicable”. En este sentido, hay que destacar diferentes preceptos del Código Civil⁵⁵, como son el artículo 154, que establece que “la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad”⁵⁶; el artículo 172.4⁵⁷, que establece: “se buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a ese interés, su reinserción en la propia familia y que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona” y, en especial el artículo 176.1⁵⁸, que establece que “la adopción se constituye por resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad”.

El interés del menor adoptando va a ser, por lo tanto, la consideración primordial en toda decisión judicial relativa a su adopción y, en este principio de *favor minoris*, se basan multitud de resoluciones judiciales relativas a la adopción, pero también a otros aspectos en los que el interés del menor debe prevalecer sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera entrar en conflicto⁵⁹. Se tra-

///General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959 [Resolución 1386 (XIV)], en especial sus principios 6 y 7; la Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada y proclamada por la 183ª Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 [R/217 (III) A], en especial su artículo 25.2; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966 (Instrumento de ratificación de 13 de abril de 1977), en especial sus artículos 23.1 y 4, y 24.1; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 19 de diciembre de 1966 (Instrumento de ratificación de 13 de abril de 1977), en especial su artículo 10.1 y 3 y la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 3 de diciembre de 1986 (Resolución 41/86 XL), en especial sus principios A.5, y C.13 y 14.

⁵⁵ También la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, que se refiere a la adopción en el Título II (Del acogimiento de menores y de la adopción) de la Primera Parte del Libro III (Jurisdicción voluntaria), recoge en su articulado el principio de *favor minoris* y es en concreto en los artículos 1826.1, 1828.2 y 1832.2. Este Libro quedó en vigor, según la Disposición Derogatoria Única de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, Ley 1/2000, de 7 de enero, hasta la vigencia de la Ley sobre Jurisdicción Voluntaria.

⁵⁶ Patria potestad que “se acaba por la adopción del hijo”, según se establece en el artículo 169.3 del mismo Código. Además, el artículo 108 establece que “la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código”.

⁵⁷ Precepto redactado conforme a la Disposición Final 5ª de la Ley Orgánica 1/1996.

⁵⁸ Precepto redactado conforme a la Disposición Final 10ª de la Ley Orgánica 1/1996.

⁵⁹ Ver las sentencias de la AP de Logroño de 21 de febrero de 1997 (en RGD, núm. 639, diciembre, 1997, página 15372); de la AP de Barcelona de 28 de febrero de 1997 (AC 1997, 317); de la AP de Zamora de 8 de junio de 1998 (AC 1998, 6984); de la AP de Córdoba de 24 de marzo de 1995 (AC 1995, 402), y de 1 de abril de 1998 (AC 1998, 4227); de la AP de Guipúzcoa de 14 de mayo de 1999 (AC 1999, 897); de la AP de Cuenca de 18 de septiembre de 1997 (AC 1997, ///

ta de un interés prioritario que ha de respetarse siempre⁶⁰ y que prevalece sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir en el curso de la adopción, como las preferencias o el deseo de los propios progenitores. De ahí que en aquellos supuestos en que existan intereses contrapuestos en pugna, la búsqueda y concreción práctica del interés del menor se impone como más digno de protección sobre los derechos de la familia biológica⁶¹.

Hay unanimidad doctrinal en sostener que el principio de "favor minoris" es el principio rector en materia de adop-

ción⁶², considerándose la adopción una institución cuya finalidad es encontrar una familia para el menor, pero no cualquier familia sino la mejor familia de las que soliciten la adopción. Las discrepancias en la doctrina vienen a la hora de considerar qué entendemos por "familia", ya que, por una parte, hay autores que defienden una noción restrictiva de lo que debemos entender por "familia", sosteniendo que ésta sólo existe cuando nos encontramos con un matrimonio heterosexual con hijos y por otra parte, hay autores que entienden que una sola persona puede ser considerada "fami-

///1428); de la AP de Madrid de 13 de enero de 1998 (AC 1998, 7), de 4 de mayo de 1998 (AC 1998, 732), y de 26 de junio de 1998 (AC 1998, 1192); de la AP de Palencia de 6 de octubre de 1998 (26, *Act. Civ., Audiencias*, núm. 1, enero 1999); de la AP de Barcelona de 9 de febrero de 1998, y de 11 de marzo de 1999 (AC 1999, 781); de la AP de Badajoz de 30 de junio de 1994 (AC 1994, 969), de 7 de junio de 1996 (AC 1996, 1046) y de 4 de julio de 1996 (AC 1996, 136 y de la AP de Asturias de 22 de junio de 1992 (AC 1992, 969). Ver Gutiérrez Santiago, P., *Constitución de la adopción:...*, quien recoge en el Anexo III diversos fallos.

⁶⁰ Ver las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1998 [RJ 1998, 5063] y también, antes de la LO 1/1996, de 18 de marzo y de 20 de abril de 1987 (RJ 1987, 1515 y 2717), de 12 de noviembre de 1988 (RJ 1988, 8442) y de 30 de abril de 1991 (RJ 1991, 3108).

⁶¹ La solución de coordinar el principio de prioridad de la familia de origen con el principio de primacía del interés del menor, en función de las circunstancias que concurren en cada caso es la que tras la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional en sus sentencias 143/1990, de 26 de septiembre (RTC 1990, 143), y 298/1993, de 18 de octubre (RTC 1993, 298), siguieron, entre otras, las sentencias de la AP de Sevilla de 11 de enero de 1994 y de la AP de Valencia de 7 de octubre de 1996.

⁶² Ver, entre otros, Gutiérrez Santiago, P., *Constitución de la adopción:...*, páginas 23 y siguientes; Miralles Sangro, P. P., *La ratificación por España de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño*, en *Act. Civ.*, 1991-3, páginas 529 y siguientes; Moreno Quesada, B., "La composición de intereses en la adopción durante la vigencia del Código Civil", en *Centenario del Código Civil*, t. II, Madrid, 1990, páginas 1513 y siguientes; Tena Piazuelo, I., *Instrumentos de la protección de menores en la Ley aragonesa de 14 de diciembre de 1989*, Derecho Privado y Constitución, julio-agosto, 1993, páginas 685 y siguientes; Marín García De Leonardo, T., "La protección de los menores en la Comunidad autónoma valenciana", en *Instituciones de Derecho Civil Valenciano*, Valencia, 1996, página 175; Ferrer Fiba, J.: "Derechos del menor, relaciones familiares y potestades públicas para la protección de la infancia y la adolescencia en Cataluña", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 7, 1995, páginas 76 y siguientes; Iglesias Redondo, J. I.: "Los principios informadores de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor: el Estatuto Constitucional del Menor", en *La protección jurídica del menor* (coord. por Serrano García, I.), 1997, páginas 125 y siguientes; Martínez de Aguirre, C. "La adopción, entre los derechos del adoptado y los deseos de los adoptantes", en *Adopción. Aspectos psicopedagógicos y marco jurídico*, Ariel Educación, Madrid, 2001, páginas 176 y siguientes; Díaz-Ambrona y Hernández Gil, *Lecciones de Derecho de familia*, CERASA, Madrid, 1999, páginas 371 y 372.

lia”⁶³. Entre una postura y otra hay diferentes nociones de “familia”: matrimonio heterosexual sin hijos, pareja de hecho heterosexual con o sin hijos, pareja de hecho homosexual con o sin hijos y, actualmente, tras la aprobación de la Ley 13/2005, matrimonio homosexual con o sin hijos. El problema con el que nos encontramos es que la ley no define de forma expresa lo que deba entenderse por “familia”⁶⁴.

Lo más importante a la hora de elegir al adoptante o adoptantes es el interés superior del menor y no “la relación afectiva o jurídica que se tenga (o no)

con otra persona”⁶⁵. Y es este interés lo que se tiene que tener en cuenta a la hora de determinar qué personas pueden ser adoptantes y cuáles no, haciéndose necesario realizar una valoración crítica de los argumentos esgrimidos contra la posibilidad de adopción conjunta por parte de las parejas homosexuales, en especial cuando se entiende que esta posibilidad entraría en conflicto con el interés superior del menor, dado que existen numerosos estudios⁶⁶ que demuestran que las parejas homosexuales son tan capaces como las heterosexuales para ejercer como padres, concluyéndose que esta

⁶³ Ver, entre otros, Talavera Fernández, Pedro A., *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, Ed. Comares, Granada, 2001, páginas 254 y siguientes; “Las uniones homosexuales...”, páginas 86 y siguientes; Gómez, Y., *Familia y matrimonio en la Constitución española de 1978*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1990; Roca i Trias, E., “Familia, familias y Derecho de familia”, en *ADC*, tomo 43, 1990-4, páginas 1055 y siguientes; Moliner, R., “Reagrupación familiar y modelo de familia en la Ley Orgánica 8/2000, de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España”, en *Actualidad Civil*, número 14, abril 2001, páginas 504 y siguientes; Gavidia, J., “¿Es la unión libre una situación análoga al matrimonio?”, en *Revista Jurídica del Notariado*, número 32, 1999, páginas 260 y siguientes.

⁶⁴ En este sentido, el Tribunal Constitucional ha entendido, en su Sentencia 222/1992 (fundamento jurídico 4º), que también existen “relaciones familiares” entre las personas del mismo sexo que conviven establemente como pareja afectiva.

⁶⁵ Como señala Talavera Fernández, Pedro A., “Las uniones homosexuales...”, páginas 90 y siguientes. Este autor afirma acertadamente que “dado que la idoneidad para adoptar conjuntamente viene determinada por el interés del menor, 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 adopción de la posibilidad de cumplir adecuadamente su finalidad”, apreciando que la prohibición legal de adoptar conjuntamente por parte de las parejas homosexuales es “una posible vulneración del derecho de muchos menores desamparados a ser adoptados, en su caso, por la pareja que ofrezca el entorno más adecuado a sus intereses” y tomando como ejemplo los casos de menores maltratados en Estados Unidos por su orientación sexual, en “Adoption by Homosexuals...”, página 612. Además, este autor concluye que “la exclusión *a priori* de la pareja homosexual no respeta en toda su amplitud el criterio único y último que debe jugar en este campo: el interés del menor”.

⁶⁶ Ver, especialmente, el “Estudio sobre paternidad *gay/lésbica*”, realizado por el Departamento de Psicología Evolutiva y de la Educación de la Universidad de Sevilla y el Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid y promovido por la Consejería Andaluza de Relaciones Institucionales y la Oficina del Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid, cuyos resultados se presentaban el 6 de julio de 2002 (sacados de la página web de Fundación Triángulo en diciembre de 2002), sobre el que se ha basado la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio y Rey Martínez, F., “Homosexualidad...”, páginas 126 a 128, quien nos recuerda que el TEDH, en la Sentencia *Fretté v. Francia*, de 26 de febrero de 2002 (número 36515/97), relativa ///

capacidad no debe relacionarse con la orientación sexual de las personas, ni de las parejas⁶⁷. Estos argumentos se pueden resumir en los siguientes⁶⁸: inestabilidad de las parejas homosexuales debido a su promiscuidad; estigma social de los menores debido al prejuicio homofóbico existente en la sociedad; confusión de roles de género de los menores debido al hecho de tener dos padres o dos madres; abuso, acoso sexual de los menores y reclutamiento homosexual⁶⁹. Existe, además,

otro argumento por el que se considera a la adopción realizada por una pareja homosexual como una "adopción artificial", que se apoya en el principio nacido en el Derecho Romano de que "la adopción imita a la naturaleza; entendiéndose que "la adopción consiste en crear entre dos personas una relación semejante, desde el punto de vista jurídico y social, a la que hay entre una persona y sus hijos biológicos"⁷⁰, en el sentido de que el vínculo de filiación adoptiva debe

///a la denegación de la solicitud de adopción de un menor por una persona homosexual, "concluye que las decisiones estatales sobre adopción por parte de una persona homosexual, gozan de un amplio margen de apreciación", ya que, recordando que no hay común acuerdo en la comunidad científica especializada y en las sociedades democráticas sobre el impacto potencial sobre el desarrollo psicológico del menor en el caso de las adopciones por personas homosexuales, entiende que las autoridades internacionales "están mejor situadas" que el Tribunal para "evaluar las necesidades locales y las condiciones".

⁶⁷ Ver el estudio de la Asociación Americana de Psicología, titulado *Paternidad lésbica y gay: un recurso para los psicólogos* [*Lesbian and Gay Parenting: A Resource for Psychologists*], en <http://www.apa.org/pi/parent.html>, en el que se concluye que "las investigaciones existentes no proporcionan ninguna base para creer que el interés superior del niño entre en conflicto con la identidad homosexual del padre o de la madre". Ver, en sentido contrario, el estudio del Marriage Law Project y del Ethics and Public Policy Center titulado *Sin fundamento: lo que los estudios no nos dicen sobre los padres del mismo sexo*, en Talavera Fernández, Pedro A., "Las uniones homosexuales...", páginas 99 y 100; el artículo titulado *Homosexualidad y entorno familiar*, relativo a las consecuencias que se producirían sobre un niño criado por una pareja homosexual, publicado en el diario ABC con fecha de 28 de octubre de 1994; Martínez de Aguirre, C., "La adopción, entre los derechos del adoptado...", páginas 180 y siguientes; 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", en *Aranzadi Civil*, número 8, julio de 2001, páginas 29 y siguientes y Lasarte Álvarez, C., *Principios de Derecho civil*, Tomo VI, Madrid, 1997, página 362.

⁶⁸ Ver, especialmente, Lin, Timothy E., "Narratives and same-sex adoption", en *Columbia Law Review*, Vol. 99:739, 1999, páginas 771 y siguientes.

⁶⁹ Recordemos que la homosexualidad dejó de ser considerada enfermedad mental en 1974 por la Organización Mundial de la Salud. Ver Rey Martínez, F., "Homosexualidad...", páginas 114, N°11, 138 y 153, quien no comparte las objeciones del Consejo General del Poder Judicial al reconocimiento legal del matrimonio entre personas del mismo sexo, como la "inestabilidad" de las parejas homosexuales, entendiéndose que son consecuencia de "prejuicios homofóbicos"; Pérez Cánovas, N., *Homosexualidad...*, páginas 29 y siguientes y 94; Koppelman, A., "Three arguments for gay rights", en *Michigan Law Review*, 1997, páginas 1661 y siguientes y Talavera Fernández, Pedro A., "Las uniones homosexuales...", páginas 98 a 100. Ver, además, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1978 y la STEDH L.V. v. *Austria*, de 9 de enero de 2003.

⁷⁰ Como señala Martínez de Aguirre, C., "La adopción, entre los derechos del adoptado...", página 179. Ver además Nanclares Valle, J., "La adopción por parejas homosexuales en derecho navarro...", página 34 y Méndez Pérez, J., *La adopción*, Ed. Bosch, Barcelona, 2000, páginas 73 y siguientes.

construirse a imagen del vínculo de filiación biológica (un padre, una madre y un hijo), no pudiendo adoptar de forma conjunta dos personas homosexuales que formen una pareja porque la naturaleza no lo permite, en primer lugar, por la imposibilidad de que un niño tenga dos padres o dos madres -argumentando que la adopción conjunta por homosexuales pretende crear unos vínculos artificiales de filiación entre dos padres o dos madres y un hijo- en segundo lugar, por la imposibilidad de que dos homosexuales tengan un hijo biológico. De tal manera que, si entendemos que los vínculos artificiales de filiación adoptiva deben seguir el modelo de la filiación biológica⁷¹, sólo podría crearse un vínculo de filiación adoptiva entre personas entre las que podría haber un vínculo biológico. Esto supone entender que la finalidad de la adopción es proporcionar al menor desamparado un padre y una madre, por lo que dos personas del mismo sexo, al no poder "recrear" las relaciones de filiación de base biológica, no podrían ser sujetos aptos para realizar conjuntamente la adopción, ya que, conjuntamente, no podrían nunca procrear a ese menor. Sin embargo, "el

establecimiento del vínculo adoptivo por un solo individuo resulta tan plenamente coherente con el sentido último de la adopción como su establecimiento por una pareja"⁷², sin que se pueda afirmar que en la adopción individual los intereses del menor no se ven protegidos, o se ven protegidos en menor medida que en la adopción conjunta, al establecerse, además, como regla general en el artículo 175.4 del Código Civil. Por lo tanto, este argumento no puede servir de justificación a la exigencia del requisito de la heterosexualidad de la pareja adoptante, con el fin de dar al menor un padre y una madre, ya que ésta no es la finalidad de la adopción⁷³. Tenemos que fijarnos si los posibles adoptantes son capaces de asegurar al menor desamparado el entorno más idóneo para su desarrollo y sus intereses (ya que es ésta la finalidad de la adopción), sin que se pueda entender que la educación y custodia de un menor por una pareja homosexual sea "necesariamente y en sí misma" dañina o perjudicial para su desarrollo psicológico, afectivo o sexual y debiendo aplicarse la misma presunción a las parejas homosexuales y a las parejas heterosexuales⁷⁴, pues no todas

⁷¹ Ver Martínez de Aguirre, C., "La adopción, entre los derechos del adoptado...", página 179, quien aclara que "para crear una relación semejante jurídicamente a la natural, la relación creada debe ser asemejable a la natural"; y Feliú Rey, M. I.: "El art. 179 del Código Civil como manifestación..." y *Comentarios...*, página 123.

⁷² Ver Talavera Fernández, Pedro A., "Las uniones homosexuales...", páginas 84 a 86.

⁷³ Este argumento se basa en la creencia errónea que la homosexualidad es una práctica "contra natura" y por tanto en "la falsa creencia de que los animales están exentos de tales inclinaciones y que sólo se aparean para la reproducción". Ver Pérez Cánovas, N., *Homosexualidad...*, páginas 33 a 35.

⁷⁴ Ver Rey Martínez, F., "Homosexualidad...", página 154, quien sostiene que "dado que la homosexualidad está protegida constitucionalmente frente a todo tipo de discriminación, se invierte la carga de la prueba de quien debe justificar las diferencias jurídicas de trato con las parejas heterosexuales, ///

las parejas heterosexuales son capaces de proporcionar al menor el entorno más idóneo para proteger sus intereses. Además, el que la sociedad valore como preferente la integración del menor en un núcleo convivencial heterosexual no supone que se deba excluir, *a priori* y de modo absoluto, a la pareja homosexual como posible sujeto idóneo en la adopción conjunta⁷⁵. El interés del menor va a primar, recordemos, sobre cualquier otra circunstancia, incluso, la orientación sexual de la pareja adoptante.

III. Situación actual de la adopción y las parejas homosexuales en el Derecho Español

A. Legislación internacional. Especial

referencia a la Resolución del Parlamento Europeo sobre igualdad de derechos de los homosexuales y de las lesbianas en la Unión Europea, al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa y al Convenio de Roma.

El tema de la discriminación por razón de orientación homosexual se ha tratado en diferentes instrumentos internacionales⁷⁶. La Unión Europea ha tratado este tema en distinta normativa en relación con los diferentes ámbitos en los que se produce dicha discriminación. De toda esta normativa conviene destacar la Resolución del Parlamento Europeo de 8 de febrero de 1994, sobre igualdad de derechos de los homo-

///debiendo demostrar que existen causas de peso justificativas de la diferenciación de trato quien excluya a las parejas del mismo sexo de los beneficios que sí gozan las de sexo opuesto”, como es el caso de la adopción conjunta. Este autor concluye que las parejas homosexuales no deberían tener acceso a la adopción conjunta, pues “subsiste la duda razonable, a falta de datos fiables y de consenso científico mínimo, sobre los efectos de la educación de los niños” por estas parejas.

⁷⁵ Ver Talavera Fernández, Pedro A., “Las uniones homosexuales...”, páginas 96 y 97, quien afirma que no cabe establecer un principio general excluyente de la pareja homosexual como posible sujeto idóneo en la adopción conjunta, pues el centro de gravedad, como ya hemos visto, está en el interés del menor y no en los adoptantes. Este autor se remite además a la encuesta realizada por Alberdi, I. y Alberdi, C., *Informe sobre la situación social de la familia en España*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1995, páginas 5 y 6, que “revela que España es uno de los países europeos en los que la unión homosexual es bien aceptada en lo privado y socialmente tolerada”.

⁷⁶ Algunas leyes autonómicas de parejas de hecho promulgadas en los últimos años en España se remiten a diversos instrumentos internacionales. Este es el caso de la Ley vasca, que se refiere a la Resolución de 1º de octubre de 1981 aprobada por la Asamblea de Parlamentarios del Consejo de Europa relativa a los derechos de los homosexuales (Resolución que el Parlamento vasco hizo suya mediante la aprobación de una proposición de ley el 28 de mayo de 1982); la Resolución adoptada por el Parlamento Europeo en 1984; la Resolución del Consejo de Europa de 7 de mayo de 1988, que postula el reconocimiento de la eficacia de los contratos y pactos matrimoniales entre convivientes de hecho; el artículo 13 del Tratado de Amsterdam, por el que se revisan los Tratados Fundacionales de la Unión Europea y la Recomendación de 26 de septiembre de 2000 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de adoptar medidas para poner fin a la discriminación de las personas homosexuales. Ver, asimismo, las leyes aragonesa y extremeña, que hablan del primer y único Congreso sobre parejas no casadas, realizado en 1982 y auspiciado por el Consejo de Europa, que abrió la puerta a que muchos Estados miembros de la Unión Europea vengyan adaptando sus respectivas legislaciones al fenómeno de las parejas de hecho, “*tendiendo a equiparar, total o parcialmente, ///*

sexuales y de las lesbianas en la Unión Europea⁷⁷, en la que el Parlamento Europeo insta a la Comisión para que elabore una Recomendación sobre la igualdad de derechos de las lesbianas y de los homosexuales⁷⁸, por lo tanto sobre la igualdad de trato de todos los ciudadanos comunitarios, con independencia de su orientación sexual, eliminando toda forma de discriminación jurídica basada en la orientación sexual en el campo del derecho civil, entre otros⁷⁹. Es-

ta Recomendación debería de tratar de poner fin *“a la prohibición de contraer matrimonio o de acceder a regímenes jurídicos equivalentes a las parejas de lesbianas o de homosexuales”*, permitiendo la inscripción de la convivencia para garantizar los plenos derechos y beneficios del matrimonio y *“a toda restricción de los derechos de las lesbianas y de los homosexuales a ser padres, a adoptar o a criar niños”* (punto 14). Y ello en base al principio de *“igualdad de trato de todos los ciu-*

///a estas parejas con los matrimonios” y la Ley extremeña, que habla de la Recomendación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo Europeo a los Consejos de Ministros de los Estados miembros sobre no discriminación a los homosexuales (Recomendación ratificada el 11 de junio de 1985 por el Congreso de los Diputados español). Además, la mayoría de estas leyes autonómicas se remiten a la Resolución adoptada por el Pleno del Parlamento Europeo sobre igualdad de derechos de los homosexuales y de las lesbianas en la Unión Europea, de 8 de febrero de 1994. Es el caso de las leyes valenciana (que se remite también a la Resolución de 19 de mayo de 1994 de las Cortes Valencianas -que recogía el mismo espíritu que esta Resolución del Parlamento Europeo- por la que éstas asumen la necesidad de regular las uniones de hecho), madrileña, balear, asturiana, canaria, extremeña y vasca (Resolución que el Parlamento vasco hizo suya mediante la aprobación de una proposición no de ley el 23 de junio de 1995).

⁷⁷ Resolución A-0028/94, de 8 de febrero de 1994 (DOC 28.02.94), elaborada tras analizar diferente normativa, entre la que cabe destacar, en primer lugar, las propuestas de Resolución presentadas por los diputados Bettini y otros, sobre el reconocimiento de las uniones civiles para las parejas formadas por individuos del mismo sexo (B3-1079/92) y Lomas, sobre derechos civiles de los homosexuales y de las lesbianas (B-1186/93); en segundo lugar, la Resolución del Parlamento Europeo de 8 de julio de 1992, sobre una Carta Europea de Derechos del Niño (DOC 21.09.92). Ver Rey Martínez, F., *“Homosexualidad...”*, página 129, quien recuerda que el Informe de la Comisión de Libertades Públicas y de Asuntos Interiores sobre la igualdad jurídica de los homosexuales en la Comunidad Europea (A3-0028/94), de 26 de enero de 1994, *“muestra, aún reconociendo progresos, la preocupante situación de los homosexuales en los Estados miembros de la Comunidad”*.

⁷⁸ Al tratarse de una Recomendación, no tiene carácter obligatorio en su cumplimiento por parte de los países comunitarios. La eficacia de la citada Resolución habría sido otra si la Comisión hubiese optado por una Directiva, ya que, como subraya Pérez Canovas, N., *Homosexuales...*, páginas 42 a 44, *“hubiera supuesto el mandato obligatorio de que se armonice la legislación de la Unión en esta materia, tal y como se pretendía en la propuesta inicial de Resolución”*.

⁷⁹ Ver Talavera Fernández, Pedro A., *“Las uniones homosexuales...”*, páginas 78 y 79, quien subraya la importancia de esta Resolución, pues marcó el inicio de la *“evolución en la sensibilidad social respecto de las relaciones afectivas homosexuales”*, impulsando la necesidad de *“un profundo debate jurídico que revisara, en función de valores como la libertad, la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad, los presupuestos que hasta ese momento habían sustentado el tradicional derecho de familia”*. El Parlamento Europeo reitera esta doctrina en su Informe Anual sobre los Derechos Humanos en la Unión Europea (1995) de 21 de marzo de 1997, en el que *“reitera su solicitud de que con arreglo a su Resolución de 8 de febrero de 1994 (...) se prohíba cualquier tipo de discriminación y desigualdad de trato de los homosexuales, en particular, en lo que se refiere a la ///*

dadanos comunitarios, con independencia de su orientación sexual" (punto 13)⁸⁰. De tal manera que el Parlamento Europeo sostiene la vigencia del principio de igualdad de trato con independencia de la orientación sexual de las personas y la responsabilidad específica de la Comunidad Europea de velar por que en las disposiciones jurídicas ya adoptadas o por adoptar este principio se cumpla, siendo ésta la justificación de la citada Resolución y, pidiendo por ello, "a la Comisión y al Consejo que, como primer paso para reformar la protección de los derechos humanos, hagan efectiva la adhesión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos"⁸¹.

En la interpretación del Convenio de Roma el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido que la orientación sexual está comprendida entre los rasgos de discriminación prohibidos en su artículo 14. Esta doctrina se reitera en su Sentencia *Fretté v. Francia*⁸²,

relativa a la denegación de la solicitud de adopción de un menor por parte de una persona homosexual. A pesar de que el TEDH recuerda que el derecho a adoptar no está incluido en el Convenio de Roma y que el "derecho al respeto de la vida familiar -del artículo 8 del Convenio de Roma- presupone la existencia de una familia y no protege el simple deseo de fundar una", es aplicable el artículo 14 en relación con el artículo 8, pues la decisión de las autoridades francesas se fundó en la orientación sexual del señor Fretté, decisión que habían encubierto bajo las fórmulas "ausencia de un rol maternal estable" y "estilo de vida elegido"⁸³.

El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa va a introducir luz en esta materia de la discriminación por razón de orientación sexual, ya que, además de reconocer el principio de igualdad y la prohibición de discriminación en dos preceptos di-

// mayoría de edad sexual, así como a las desventajas en lo que se refiere a sus derechos laborales, civiles, contractuales, sociales, económicos, penales y de adopción" (número 142) y en su Resolución sobre el Respeto a los Derechos Humanos en la Unión Europea de 16 de marzo de 2000, en la que se habla del "reconocimiento de la idoneidad a priori como adoptante" (parágrafos 56 a 59)". Ver, asimismo, Rey Martínez, F., "Homosexualidad...", página 129, N° 47, quien recuerda que en la Resolución de 15 de enero de 2003 se sigue recomendando a los Estados que reconozcan el matrimonio entre personas del mismo sexo.

⁸⁰ Este principio de igualdad ante la ley y prohibición de discriminación no es desconocido en el Derecho español, pues se haya reflejado constitucionalmente como derecho fundamental en el artículo 14 de la Constitución española.

⁸¹ Convenio de Roma, de 4 de noviembre de 1950, para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, ratificado por España el 26 de septiembre de 1979. Ver Talavera Fernández, Pedro A., "Las uniones homosexuales...", página 92, N° 30.

⁸² STEDH de 26 de febrero de 2002 (número 36515/97).

⁸³ Ver Rey Martínez, F., "Homosexualidad...", páginas 118 y siguientes, quien recuerda que se reitera además "la exigencia de justificación estricta de todo trato distinto y perjudicial" por razón de orientación sexual, sin olvidar que "las decisiones estatales sobre adopción por parte de una ///

ferenciados, establece expresamente la prohibición de toda discriminación y en particular la ejercida por razón de orientación sexual⁸⁴. La postura del constituyente europeo ha sido acertada al incluir este tipo de discriminación de manera expresa⁸⁵, ya que la discriminación por razón de la orientación sexual es una de las formas más habituales de discriminación y no sólo actualmente, sino que ya en el momento de la promulgación de la

Constitución española de 1978, por lo que no se entiende que el constituyente español no la incluyera expresamente a la hora de desglosar algunas formas de discriminación en su artículo 14⁸⁶, no haciendo referencia a aquélla por razón de la orientación sexual, sino que ésta estaría incluida en esa discriminación general por razón de *"cualquiera otra condición o circunstancia personal o social"*, esto debe interpretarse así por vía del ar-

///persona homosexual gozan de un amplio margen de apreciación". Este autor, además, analiza la jurisprudencia del TEDH en el marco del Derecho de familia, entre otros aspectos, refiriéndose, en concreto, a "la privación de un derecho de custodia filial o la relación de la prohibición de la discriminación por razón de su orientación sexual con el derecho de subrogación arrendaticia del supérstite de una pareja homosexual y con la posibilidad de adoptar por parte de una persona homosexual". En concreto, en *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, Sentencia de 21 de marzo de 2000, el TEDH falló que se había violado "el derecho al respeto a la vida privada del demandante por parte de la autoridad judicial portuguesa que, en un caso de divorcio, otorgó la custodia de una hija a la madre y no al padre exclusivamente sobre la base de la homosexualidad de éste". La importancia de la Sentencia radica en que es la primera vez que el TEDH "halla la orientación sexual entre los rasgos de discriminación prohibida que la lista abierta del artículo 14 del Convenio de Roma contiene sin enumerarlos expresamente". Ver, además, la Sentencia *Kerner v. Austria*, de 24 de julio de 2003.

⁸⁴ El artículo II-80 establece que *"todas las personas son iguales ante la ley"*. Y el artículo II-81.1 establece que *"se prohíbe toda discriminación y, en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual"*. Ver, además, el artículo I-2, que fundamenta la Unión en el valor del respeto de los derechos de las personas pertenecientes a minorías y la no discriminación, entre otros valores; el artículo I-3.3, que identifica como objetivo de la Unión el combate contra la exclusión social y la discriminación; y el artículo III-118, que establece que en la definición y ejecución de las políticas y acciones de la Unión, ésta tratará de luchar contra toda discriminación por razón de orientación sexual, entre otras.

⁸⁵ Ver Rey Martínez, F., "Homosexualidad...", páginas 128 y siguientes, quien subraya el hecho de que se reconozca "en el Derecho comunitario originario la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual, en la línea apuntada ya por el artículo 13 del Tratado de la Comunidad Europea, introducido por el Tratado de Amsterdam, de 2 de octubre de 1997, que concedía poderes específicos a la Comunidad para combatir la discriminación por este motivo, entre otros".

⁸⁶ Este precepto establece que *"los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquiera otra condición o circunstancia personal o social"*. En relación al proceso constituyente del artículo 14, el PSOE establecía en el artículo 30 de su Anteproyecto Constitucional que *"toda persona tiene derecho al desarrollo y a la libre disponibilidad de su afectividad y su sexualidad"*, redacción que no se mencionó en los debates sobre lo que sería finalmente el artículo 14 de la Constitución. Ver Pérez Cánovas, N., *Homosexualidad...*, página 67, quien se remite a Prieto Sanchís, L., "Las relaciones Iglesia-Estado a la luz de la nueva Constitución: problemas fundamentales", en *La Constitución española de 1978*, dirigido por Predieri y García de Enterría, Ed. Civitas, Madrid, 1981, al sostener, este autor, que se trataba de un reconocimiento implícito del derecho a la homosexualidad.

artículo 10.2 de la Constitución española⁸⁷.

B. Leyes autonómicas de Parejas de Hecho. Especial referencia a las legislaciones de la Comunidad Foral de Navarra y de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Con anterioridad a la Ley 13/ 2005, por la que se permiten los matrimonios homosexuales, equiparándolos a los

matrimonios heterosexuales incluso en la adopción, las parejas de hecho homosexuales ya tenían un régimen jurídico al que adherirse en la práctica totalidad del territorio español, por la vía de diversas leyes autonómicas de parejas de hecho, limitadas en el alcance de su aplicación a su respectivo territorio⁸⁸ y encontrándonos en la mayoría de los casos con un problema de competencias en materia de adopción.

⁸⁷ Ver Rey Martínez, F., "Homosexualidad...", páginas 131 y siguientes, quien sostiene que "la tutela constitucional de la homosexualidad puede encontrarse en la penumbra de dos derechos, el de la libertad/intimidad -del artículo 18.1 de la Constitución española- y el de la igualdad/prohibición constitucional de discriminación -del artículo 14 de la Constitución española"- entendiendo que "ambas fuentes reaccionan contra tipos distintos de agresión a la dignidad de las personas homosexuales y conducen, lógicamente, a resultados interpretativos parcialmente diferentes pero complementarios". Y continúa diciendo que "la igualdad/prohibición de discriminación tiene un ámbito normativo más amplio porque protege la homosexualidad en los espacios privados (impidiendo que sea tratada por el derecho de un modo irrazonablemente distinto al de la heterosexualidad) pero también en los públicos, en ese mismo sentido"; de manera que "los poderes públicos tendrán que aportar una razón especialmente convincente o persuasiva para tratar jurídicamente de modo distinto y peor a los homosexuales que a los heterosexuales". En este sentido, la igualdad/prohibición de discriminación va a jugar un papel trascendental en lo relativo a la adopción de menores por parejas homosexuales.

⁸⁸ Actualmente no existe todavía una Ley estatal sobre Parejas de Hecho, a pesar de que se han venido presentando en los últimos años varias proposiciones de ley que regulaban esta materia. En 1993 se presentó por primera vez en el Parlamento español una propuesta de ley de Parejas de Hecho, que aunque finalmente no fue aprobada abrió la puerta a una serie de propuestas en este sentido. Estas proposiciones han venido de diferentes partidos políticos y, es por ello, que han sido muy dispares en cuanto a su contenido. Ver Gutiérrez Santiago, P., Constitución de la adopción:..., páginas 55 y 56, n.70. La primera Ley en nuestro país que regula las parejas de hecho es la Ley 10/1998, de 15 de julio, de Uniones Estables de Pareja de la Comunidad Autónoma de Cataluña. A esta Ley le siguieron la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a Parejas Estables no casadas de la Comunidad Autónoma de Aragón; la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la Igualdad Jurídica de las Parejas Estables de la Comunidad Foral de Navarra; la Ley 2/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las Uniones de Hecho de la Comunidad Autónoma Valenciana; la Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad Autónoma de Madrid; la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares; la Ley 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias; la Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Andalucía; la Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Canarias; la Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura; y la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma del País Vasco. Las Comunidades Autónomas de Castilla y León, Castilla-La Mancha, Cantabria, La Rioja, Galicia, La Región de Murcia y las ciudades de Ceuta y Melilla no cuentan todavía con una Ley de Parejas de Hecho, pero, teniendo en cuenta que la promulgación de este tipo de leyes obedecía sobre todo a la necesidad de que las parejas homosexuales tuvieran un régimen jurídico al que someterse, con la entrada en vigor de la Ley 13/2005 ya no resulta tan necesaria la aprobación de estas leyes autonómicas para el reconocimiento de los derechos de las parejas homosexuales.

Estas leyes establecen el régimen jurídico al que se van a someter las parejas que respondan a las notas de "unión de dos personas" con independencia de su orientación sexual⁸⁹, "*affectio maritalis*"⁹⁰ y "convivencia y estabilidad"⁹¹, además de cumplir los requisitos personales o de capacidad (vecindad civil y residencia), siempre que no incurran en ninguna de las prohibiciones para constituir una pareja de hecho⁹².

"el acogimiento familiar de menores", hay diferente criterio a la hora de regularlas, en caso de que se regulen⁹³. La Ley Foral navarra fue la primera Ley que se promulgó en España en permitir la adopción conjunta por parejas homosexuales⁹⁴, aunque limitada en su ámbito de aplicación, como es obvio, al territorio de la Comunidad Foral de Navarra. Esta Ley se refiere a la adopción en su artículo 8, reconociendo, en su apartado primero, a los miembros de la pareja estable, con independencia de su orientación sexual, la posibilidad de adop-

En cuanto a las figuras de "la adopción" y

⁸⁹ La Ley catalana regula de forma diferenciada según se trate de uniones heterosexuales y de uniones homosexuales. Las demás Leyes van dirigidas indistintamente a ambos tipos de uniones (salvo cuando se especifica lo contrario), estableciéndolo expresamente algunas leyes al añadir a esta definición las coletillas de "*con independencia de su orientación sexual*", "*con independencia de su sexo*", "*con independencia de su opción sexual*" y "*sean del mismo o distinto sexo*". Ver las leyes navarra, asturiana, andaluza, canaria, extremeña y vasca.

⁹⁰ Las leyes aragonesa, navarra, balear, asturiana, andaluza y extremeña exigen la existencia de una "*relación de afectividad análoga a la conyugal*"; y las leyes valenciana, madrileña y canaria aluden simplemente a una "*relación de afectividad*". La Ley vasca precisa que ese tipo de relación debe tener un carácter "*afectivo-sexual*".

⁹¹ Estas dos notas suelen ir unidas, de tal forma que se exige en general la convivencia de forma estable. Sin embargo, en las leyes balear, andaluza y vasca la noción de "estabilidad" de la pareja no se condiciona a "la convivencia" de la misma durante un determinado período de tiempo; de tal manera que la "estabilidad" no es un hecho a constatar sino que va a ser un objetivo a alcanzar, así como la "*affectio maritalis*", según el tenor literal de la Ley andaluza cuando dice "*a fin de convivir de forma estable, en una relación de afectividad análoga a la conyugal*".

⁹² Estas prohibiciones no son las mismas en todas las leyes autonómicas, pero las diferencias son mínimas y en líneas generales podemos concluir que su fundamento es el mismo que el de los impedimentos para contraer matrimonio de los artículos 46 y 47 del Código Civil.

⁹³ Las leyes valenciana, madrileña y balear no se refieren a estas figuras. La adopción conjunta por parejas de hecho heterosexuales se permite expresamente en el artículo 6 de la Ley catalana y en el artículo 10 de la Ley aragonesa. Esta última Ley establece, en su artículo 14, al hablar de las relaciones de parentesco que se podrían crear entre uno de los miembros de la pareja y los parientes del otro, la inexistencia de tales relaciones de parentesco. Esta norma supone una discriminación de este tipo de familia que surge, la pareja estable no casada, respecto de la familia tradicional, la surgida del matrimonio, pues cuando existan hijos (biológicos o adoptivos) de uno de los miembros de la pareja, el otro va a seguir siendo un "extraño" jurídicamente en cuanto a lazos familiares, aún cuando en la realidad nos encontremos con una "familia", la cual se va a ver desamparada y desprotegida jurídicamente.

⁹⁴ Ver Gutiérrez Santiago, P., *Constitución de la adopción...*, página 50, quien al hablar de esta Ley recuerda que "fue apoyada por todos los partidos parlamentarios de la Comunidad a excepción de Unión del Pueblo Navarro (UPN) 'y que' en su tramitación la portavoz de UPN expuso la oposición de su grupo advirtiendo de los presuntos 'daños psicosociales' que podría generar en un menor su adopción por una pareja de homosexuales".

tar conjuntamente. En concreto, el artículo 8.1 dice que *“los miembros de la pareja estable podrán adoptar de forma conjunta con iguales derechos y deberes que las parejas unidas por matrimonio”*. En este precepto no se hace referencia alguna a la orientación sexual de la pareja, al igual que en el resto del articulado, por lo que los derechos reconocidos en esta Ley Foral lo van a ser para todas las parejas estables, con independencia de su orientación sexual. Esta es la gran novedad de la Ley Foral respecto de otras leyes que se habían venido aprobando en este sentido en las diferentes Comunidades Autónomas, en las que no se reconoce el derecho a adoptar conjuntamente de las parejas homosexuales,

debido en la mayoría de los casos a un problema de competencias en la materia⁹⁵. A esta Ley le siguió la Ley vasca, permitiendo la adopción conjunta por parejas de hecho homosexuales en su artículo 8. La gran novedad es que se permite expresamente la adopción del hijo (adoptivo o biológico) de uno de los miembros de la pareja por parte del otro miembro. La finalidad de este precepto -al igual que la del artículo 7, relativo al acogimiento- es eliminar la discriminación de que venían siendo objeto las parejas de hecho homosexuales, que eran las únicas parejas excluidas de la posibilidad de adoptar o acoger conjuntamente en el estado español con anterioridad a la promulgación de la citada Ley de matrimonio

⁹⁵ Sin embargo, bastantes leyes permiten el acogimiento por parejas homosexuales, figura muy próxima a la adopción. Las modalidades de esta institución de protección de menores se recogen en el artículo 173 bis del Código Civil. Sólo la Ley vasca va a permitir, en su artículo 7, de forma expresa, el acogimiento preadoptivo, además del simple o permanente, ya que la adopción también se encuentra reconocida para este tipo de parejas. En las demás Leyes, cuando se permite el acogimiento, se va a limitar al acogimiento simple o permanente, excluyéndose el preadoptivo. Como afirma Talavera Fernández, Pedro A., *“Las uniones homosexuales...”*, páginas 81 y 82, cuando habla del artículo 8 de la Ley asturiana, *“resulta significativa su intención de llegar hasta el máximo en el techo competencial para evitar la exclusión de las uniones homosexuales en relación con la custodia de menores”*. Esta misma intención la encontramos en el resto de las leyes que posibilitan este acogimiento por parejas homosexuales. Hay que destacar la intención del legislador autonómico andaluz de eliminar toda forma de discriminación por razón de la orientación sexual de quien inicia un procedimiento de acogimiento, ya que establece expresamente en su artículo 9 que *“a efectos de lo dispuesto por el artículo 33 de la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor, en relación con los criterios de valoración de idoneidad aplicados en dichos procedimientos -para la constitución de acogimientos familiares simples o permanentes- en ningún caso podrá ser utilizado como factor discriminatorio la opción o la identidad sexual de los solicitantes”* y por consiguiente, los criterios de valoración de idoneidad van a ser los estrictamente *“biológicos y psicosociales”* que se establezcan reglamentariamente, en ningún caso la orientación sexual va a servir como criterio para valorar la idoneidad del solicitante. Podemos deducir que si hubiera tenido competencia en la materia, habría legislado también sobre el acogimiento preadoptivo, y sobre la adopción. Este precepto ha de ser puesto en relación con el artículo 8, en el sentido de que *“las Administraciones Públicas de Andalucía velarán por que 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”*. Se trata de proteger, en todo caso, el interés del menor. En este sentido, el artículo 4.4 establece como principio general la *“autonomía de los integrantes de la pareja de hecho en la configuración de los derechos y obligaciones derivados de su unión, respecto de cualquier caso de los intereses de los menores a su cargo”*. Ver, además, el artículo 8 de la Ley extremeña.

homosexual. El artículo 8 se refiere a dos supuestos. Por un lado, en su apartado primero, se dice que *“los miembros de las 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 las parejas unidas por matrimonio y, por tanto, se reconoce la capacidad de adoptar conjuntamente a las parejas homosexuales, con iguales derechos y deberes que las parejas que ya poseían dicha capacidad con anterioridad a su promulgación. Por otro lado, en su apartado segundo, se dice que “la hija o hijo adoptivo o biológico de una de las partes de la pareja tendrá derecho a ser adoptado por la otra parte”*. De este enunciado conviene destacar la terminología utilizada por el legislador autonómico que, en vez de hablar de *“capacidad para adoptar”*, se refiere al *“derecho a ser adoptado”*. No estamos aquí ante el supuesto de la *“adopción conjunta”*, sino ante un supuesto de

“adopción sucesiva”; de tal manera que nos encontramos con una *“familia de hecho”* en la que convive una pareja homosexual -o heterosexual- y el o los hijos de alguno de los miembros de la misma y que necesita de una protección jurídica -un reconocimiento legal- que se le ha venido negando en el caso de tratarse de una pareja homosexual, a pesar de la obligación constitucional de los poderes públicos de asegurar la protección jurídica de la familia del artículo 39.1.

Tanto la Ley navarra como la Ley vasca hablan de la competencia adelantándose al posible recurso de inconstitucionalidad por razón de competencia a la hora de regular determinadas materias, en concreto, la adopción⁹⁶. Ambas leyes de parejas fueron objeto de recurso de inconstitucionalidad⁹⁷, alegando contra la primera que las competencias normativas forales en materia de adopción no pueden contradecir la legislación estatal, y siendo este tipo de normas relativas a

⁹⁶ La Ley Foral navarra se remite, en su Exposición de Motivos, al artículo 48 del Amejoramiento del Fuero, en virtud del cual Navarra tiene competencia exclusiva en materia de Derecho Civil Foral, añadiendo además que Navarra tiene competencia en otras materias que afectan a la situación de las parejas de hecho estables. La Ley vasca sostiene, también en su Exposición de Motivos, que la Comunidad Autónoma del País Vasco ostenta competencias exclusivas, *“recogidas en el Título I del Estatuto de Autonomía, en diversas materias que afectan a la situación de las parejas de hecho, tales como la conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil foral y especial, escrito o consuetudinario propio de los territorios históricos que integran el País Vasco y la fijación del ámbito territorial de su vigencia (artículo 10.5); organización, régimen y funcionamiento de las instituciones y establecimientos de protección y tutela de menores (artículo 10.14); sanidad interior (artículo 18.1) y, especialmente, asistencia social (artículo 10.12)”*.

⁹⁷ En concreto, la vigencia y la aplicación del artículo 8 de Ley vasca fue suspendida como consecuencia del recurso de inconstitucionalidad número 5174-2003, promovido por el anterior Presidente del Gobierno, invocando el artículo 161.2 de la Constitución, que dice que *“el Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas”*, añadiendo que dicha impugnación *“producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal, en su caso, deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses”*. Esta suspensión produce efectos desde la fecha de interposición del recurso (04-08-2003) para las partes y desde la publicación en el BOE (20-08-2003) para terceros.

la adopción competencia exclusiva del Congreso⁹⁸.

Los principios constitucionales que han inspirado estas leyes de parejas son, en primer lugar, la libertad⁹⁹ y la igualdad, en un triple sentido: como “valores superiores del ordenamiento jurídico” según el artículo 1.1, como “principios de actuación” según el artículo 9.2¹⁰⁰ y como “derechos fundamentales” según los artículos 14 y siguientes. El artículo 14 consagra no sólo el principio de igualdad sino, también, el principio de no discriminación¹⁰¹. Este principio de no discriminación¹⁰² se recoge de forma expresa en el artículo 1 de las leyes navarra, asturiana, andaluza, extremeña y vasca, reconociendo la vigencia, a la hora de

interpretar y aplicar su respectivo ordenamiento jurídico, del principio de no discriminación por razón del grupo familiar del que forme parte una persona, tenga éste su origen en la filiación, en el matrimonio, o en la unión afectiva y sexual de dos personas, sean del mismo o distinto sexo. Se prohíbe, por lo tanto, toda discriminación por razón del grupo familiar en el que se integre el individuo o por razón de su orientación sexual. Estas leyes se refieren al principio de no discriminación “basada en cualquier condición o circunstancia personal o social” del individuo del artículo 14 de la Constitución española. Este principio constitucional, a pesar de ser el principio que inspira todo el articulado de la mayoría de estos textos legislativos, no

98 El Auto del Juzgado de Familia de Pamplona de 22 de enero de 2004 acordó la adopción por una lesbiana de las hijas de su compañera sentimental, no acogiendo el argumento del Ministerio fiscal por el que éste se oponía a tal adopción. Como recuerda Rey Martínez, F., “Homosexualidad...”, página 116, N° 21, el Ministerio Fiscal sostenía que “el artículo 154 del Código civil reconoce únicamente la paternidad y la maternidad, pero no la posibilidad de dos maternidades”. Sin embargo, el Auto entiende que el superior interés del menor “se ve satisfecho ya que la solicitante de la adopción era pareja de la madre biológica desde hacía siete años y juntas habían acudido a las técnicas de reproducción asistida para tener a las niñas, habiendo sido bien valorada la pareja por el Centro de Planificación Familiar al que acudieron a tal fin”.

99 En la Ley aragonesa se hace referencia, en concreto, a las parejas de hecho homosexuales, sosteniéndose que “el principio de libertad individual que fundamenta la propia Constitución y que tradicionalmente ha constituido la esencia y base del Derecho civil aragonés, obliga al legislador a aceptar que toda persona tiene derecho a establecer la relación de convivencia afectiva más acorde con su propia sexualidad”.

100 Este precepto constitucional tiene su correlativo en el artículo 9.2 d) del Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias; en el artículo 6.2 b) del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura; en el artículo 9 del Estatuto de Autonomía del País Vasco; en el artículo 12 del Estatuto de Autonomía de Andalucía; en el artículo 5 del Estatuto de Autonomía de Canarias.

101 Estos dos principios están garantizados además en los artículos 2 y 7 de los Estatutos de Autonomía de la Comunidad Valenciana y de la Comunidad de Madrid respectivamente; en el artículo 4.b) de la Ley andaluza, al establecer, entre sus principios generales, la “igualdad y no discriminación de los individuos por razón del modelo de unidad de convivencia de que formen parte”.

102 La justificación última de la promulgación de la Ley balear es “la creación de un régimen jurídico específico para las parejas estables, en el cual se ha eliminado cualquier discriminación por razón de la orientación sexual de éstas y que descansa en un evidente consenso social”.

es el único que fundamenta estas leyes, sino que se habla igualmente del “libre desarrollo de la personalidad” del artículo 10.1¹⁰³, consagrado como “*fundamento del orden político y de la paz social*”, y de “*la protección, económica y jurídica de la familia*” del artículo 39.1, como principio rector que vincula la actuación de los poderes públicos¹⁰⁴.

El concepto de “familia” y la consecuente protección a la que tiene derecho, se relaciona, en algunas leyes, con el derecho a contraer matrimonio del artículo 32, entendiéndose que sólo merecen la protección del artículo 39.1 las “familias matrimoniales”. Este artículo 32 ha adquirido una nueva interpretación legislativa en virtud de la reciente aprobación de la Ley de matrimonio homosexual, no limitándose este derecho a contraer matrimonio a las parejas heterosexuales, e incluyendo, por lo tanto, a las parejas homose-

xuales¹⁰⁵. Al no definirse en la Constitución lo que se entiende por “familia” y, al no existir referencia a un modelo de familia determinado ni predominante ni en el artículo 39 ni en el resto del articulado constitucional, ello obliga a dar una interpretación amplia del mismo, interpretación que, según la Ley balear, debe realizarse “*en consonancia con la realidad social, el resto del articulado y el espíritu de la Constitución*”¹⁰⁶, de tal forma que no puedan derivarse consecuencias discriminatorias del modelo de familia que un individuo adopte de manera libre y legítima, para que el individuo pueda optar por cualquier medio para formar una familia que le permita “*el libre desarrollo de su personalidad*”. Es más, el legislador autonómico asturiano afirma que el concepto de “familia” se encuentra determinado socialmente “*por las notas de convivencia y afectividad*”. Los nuevos modelos de familia¹⁰⁷ mere-

¹⁰³ Además, el artículo 4 a) y c) de la Ley andaluza establece entre sus principios generales el “*respeto a cada persona en la libre elección de su opción sexual*” y el “*respeto a la identidad sexual de cada persona*”. Según las leyes valenciana y madrileña, “*la convivencia, estable y duradera, debe considerarse una realidad a la que los poderes públicos con capacidad normativa deben dar una respuesta convincente*”, siendo necesario que la regulación normativa sea “*el mecanismo equilibrador e igualitario para aquellas personas que por el libre ejercicio de sus opciones, sean éstas cuales fueren, pudieran sentirse discriminadas*”.

¹⁰⁴ La Ley asturiana, la Ley extremeña y la Ley vasca.

¹⁰⁵ Ya con anterioridad a la Ley 13/2005, la Ley vasca recordaba que “*a pesar de que el texto constitucional no prohíbe o limita el derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo -y por lo tanto, a pesar de que la exclusión de tal derecho de las personas homosexuales no figura en el texto constitucional- en la práctica, sin embargo, se impide el ejercicio -se excluye- de este derecho a todas las parejas formadas por dos mujeres o dos hombres*”.

¹⁰⁶ En las leyes extremeña y navarra se dice simplemente que esta interpretación debe ser “*consonante con la realidad social actual -según la Ley asturiana- y con el resto del articulado constitucional referido a la persona*”.

¹⁰⁷ La Ley balear entiende que actualmente se presentan además del “matrimonio”, que tradicionalmente ha sido la forma de manifestar la unión estable de un hombre y una mujer, otras ///

cen también la protección constitucional del artículo 39.1.

Se debe dar una interpretación amplia de lo que debe entenderse por "familia" y ello en base a lo establecido en los artículos 9.2 y 14 de la Constitución, en relación con los artículos 1.1 y 10.1. De tal manera que la Ley balear se refiere a los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad ante la Ley como "piedras angulares de nuestro ordenamiento jurídico", que "demandan de los poderes públicos la promoción de las condiciones para que sean reales y efectivos para todos los ciudadanos y los grupos en los que se integran".

Como ya hemos visto, los artículos 1 de algunas leyes de pareja reconocen expresamente la vigencia, a la hora de interpretar y aplicar su respectivo ordenamiento jurídico, del principio de no discriminación por razón del "grupo familiar" del que forme parte una persona, tenga éste su origen en la filiación, en el matrimonio, o en la unión afectiva y sexual de dos

personas, sean del mismo o distinto sexo. Se prohíbe toda discriminación por razón del "grupo familiar" en el que se integre el individuo o por razón de su orientación sexual. Estas leyes se refieren al principio de no discriminación "basada en cualquier condición o circunstancia personal o social" del individuo, de los miembros de la familia, "entendida -como se dice en la Ley vasca- en la diversidad de formas de expresar la afectividad y la sexualidad admitidas culturalmente en nuestro entorno social".

En concreto, el artículo 4, puntos 2 y 5, de la Ley andaluza habla de "modelo de unidad de convivencia" al establecer sus principios generales, entendiendo que dentro de estos principios están la "igualdad y no discriminación de los individuos por razón del modelo de unidad de convivencia de que formen parte" y la "información en medios educativos y protección social sobre la coexistencia de diversos modelos de unidad de convivencia". En este sentido, el legislador autonómico no hace más que seguir las indicaciones del legislador constitucional -al es-

/// "fórmulas familiares", en constante aumento y cada vez más aceptadas por la sociedad. De tal manera que se dice que "el hecho de que dos personas, con independencia de la orientación sexual de su relación, compartan su vida en una relación afectiva análoga a la conyugal, lo que marca la diferencia con otros tipos de convivencia, produce una serie de derechos y deberes entre sus componentes, en relación con terceros y hacia la sociedad en general, cuestiones que también merecen una protección por parte de los poderes públicos y que no pueden quedar al margen del derecho positivo", puesto que "la falta de legislación en esta materia ha provocado injusticias en el campo civil, administrativo, fiscal, social y penal, que han provocado situaciones de desamparo que no encuentran suficiente respuesta en la aplicación analógica por parte de los órganos jurisdiccionales". Por su parte, la Ley canaria habla de "pareja de hecho" como una "unidad familiar", un nuevo modelo de familia, cuyos miembros mantienen "un vínculo afectivo y un proyecto común". Y, en virtud del artículo 39.1 de la Constitución, "si consideramos a las parejas de hecho como un nuevo modelo social de familia, ésta debe ser también amparada y protegida". Por otro lado, y al hilo de lo dicho, en la regulación normativa de las parejas de hecho debe regir "el principio de igualdad de trato para aquellas personas que integren la pareja, con independencia de su modelo familiar y de su orientación afectiva-sexual".

tablecer la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia- dando una interpretación amplia del concepto de "familia".

La Ley Foral trata de eliminar aquellas disposiciones legales que aún hoy discriminan negativamente los modelos de familia distintos del matrimonial, en base a que el artículo 32 de la Constitución, al reconocer el derecho a contraer matrimonio, lo que también hace es reconocer el derecho a no contraerlo, sin que el ejercicio de ese derecho deba comportar obtener un trato más desfavorable por la ley¹⁰⁸. Además, de su Exposición de Motivos se deduce la pretensión de perfeccionar el desarrollo normativo del principio constitucional de protección social, económica y jurídica de la familia, adecuando la normativa a la realidad social de este momento histórico.

C. Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio

Con la aprobación de la Ley 13/2005, también llamada Ley de matri-

monio homosexual, el panorama ha cambiado sustancialmente, ya que hemos pasado de una situación en la que no existía una Ley estatal sobre Parejas de Hecho a una situación en la que se permite la adopción conjunta por parejas homosexuales por la vía del matrimonio, ya que con esta Ley se modifica el Código Civil en lo que concierne al matrimonio, permitiendo los matrimonios homosexuales y equiparándolos jurídicamente a los matrimonios heterosexuales. Y ello en virtud del punto 1 de su artículo único, por el que se añade al artículo 44 del Código Civil un segundo párrafo, con la siguiente redacción: *"El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo"*¹⁰⁹.

El legislador estatal justifica la promulgación de la Ley considerando que *"la relación y convivencia de pareja, basada en el afecto, es expresión genuina de la naturaleza humana"* y que *"constituye cauce destacado para el desarrollo de la personalidad"*, siendo el matrimonio *"una manifestación señalada de esta relación"*¹¹⁰. Y es la ley la que debe desarrollar este derecho constitucional en virtud del artículo

¹⁰⁸ Fundamento también recogido en la Ley balear (que sostiene que este precepto constitucional, *"al prever el derecho a contraer matrimonio, también prevé el derecho a no contraerlo, lo que no afecta al derecho que todo hombre y toda mujer tienen de constituir, mediante una unión efectiva y estable, una comunidad de vida que, con o sin hijos, suponga la creación de una familia"*) y en la Ley vasca.

¹⁰⁹ Además, la Disposición adicional primera de esta Ley se refiere a su aplicación en el ordenamiento, estableciendo que *"las disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes"*.

¹¹⁰ Asimismo, se recuerda que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional considera el matrimonio como *"una institución jurídica de relevancia social que permite realizar la vida en común de la pareja"*.

32.2 de la Constitución española, no pudiendo, el legislador estatal, desconocer la realidad social española¹¹¹ a la hora de regular la institución del matrimonio¹¹². En este sentido, el legislador ha dejado a un lado la interpretación restrictiva del derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica del hombre y de la mujer del artículo 32.1 de la Constitución española¹¹³ para pasar a una interpretación amplia en la que se da cabida a los matrimonios entre personas del mismo sexo. Y este derecho ya no se refiere únicamente y en virtud de esta Ley 13/2005, al hombre y a la mujer "entre sí", sino que es un derecho que tiene todo hombre y toda mujer, con independencia de con quién elija ejercerlo. Y es que el derecho a contraer matrimonio como "derecho de la persona" debe reconocerse a la persona por sí misma, a todo hombre y a toda mujer, con independencia de con quién elija compartir el ejercicio de es-

te derecho y con más motivo si atendemos a la realidad social actual, en la que existen *nuevas formas de relación afectiva*.

Asimismo, los fundamentos constitucionales de la Ley 13/2005 serían *la promoción de la igualdad efectiva de los ciudadanos* -consagrada en el artículo 9.2 como principio de actuación de los poderes públicos- *en el libre desarrollo de su personalidad* -consagrado en el artículo 10.1 como fundamento del orden político y de la paz social- *la preservación de la libertad en lo que a las formas de convivencia se refiere* -consagrada en el artículo 1.1 como valor superior del ordenamiento jurídico español- *y la instauración de un marco de igualdad real en el disfrute de los derechos sin discriminación alguna por razón de sexo, opinión o cualquier otra condición personal o social* -consagrada en el artículo 14¹¹⁴ como derecho

¹¹¹ Y en relación con esta realidad, la Ley 13/2005 recuerda que actualmente la sociedad española es "mucho más rica, plural y dinámica que la sociedad en que surge el Código Civil de 1889" y sostiene que "la Constitución, al encomendar al legislador la configuración normativa del matrimonio, no excluye en forma alguna una regulación que delimite las relaciones de pareja de una forma diferente a la que haya existido hasta el momento, regulación que de cabida a las nuevas formas de relación afectiva".

¹¹² Ver Rey Martínez, F., "Homosexualidad...", página 156. Este autor sostiene que "las parejas de hecho homosexuales son una realidad sociológica nueva que requiere un tratamiento por el Derecho también nuevo y específico", coincidiendo con el Dictamen del Consejo de Estado en admitir el reconocimiento legal de las uniones homosexuales, pero no del matrimonio homosexual.

¹¹³ Precepto que tiene su correlativo en el artículo II-69 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, que, por una parte, se reconocen conjuntamente el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia y, por otra parte, se omite la expresión "el hombre y la mujer".

¹¹⁴ Ver Rey Martínez, F., "Homosexualidad...", página 154, quien responde afirmativamente a la pregunta de si hay alguna razón suficiente, según un escrutinio estricto, para excluir a las parejas del mismo sexo del matrimonio, pero coincide con el Dictamen del Consejo de Estado cuando dice que "el artículo 10.1 y 14 de la Constitución española respaldan el reconocimiento y efectos de la unión estable de parejas del mismo sexo. Otro problema es el alcance de este reconocimiento". ///

fundamental-. La plasmación de todos estos valores *"debe reflejarse en la regulación de las normas que delimitan el estatus del ciudadano, en una sociedad libre, pluralista y abierta"*¹¹⁵.

IV. Discriminación de las parejas homosexuales: fundamento constitucional de la adopción de menores por parejas homosexuales

La capacidad de adoptar conjuntamente de las parejas homosexuales, actualmente reconocida en el ordenamiento jurídico español -como ya hemos visto- en virtud de la Ley 13/2005, de matrimonio homosexual, que equipara jurídicamente los matrimonios homosexuales a los heterosexuales, incluso en el tema de la adopción, tiene un fundamento constitucional desde un doble punto de vista, el de los sujetos adoptantes y el del

menor adoptando.

1- Desde el punto de vista de los sujetos adoptantes, pues el principio de exclusión, a priori, de las parejas homosexuales como sujetos idóneos para la adopción de un menor vulnera una serie de valores, principios y derechos constitucionales, como son:

- *La libertad y la igualdad*, que aparecen consagrados en el artículo 1.1 como valores superiores del ordenamiento jurídico español y en el artículo 9.2 como principios de actuación, en el sentido de que *"corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra -uno de los cuales sería la familia- sean reales y efectivas, y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud"*.

///Este autor entiende, por tanto, que "de la prohibición de discriminación y del principio de libre desarrollo de la personalidad -de los artículos 14 y 10.1 de la Constitución española, respectivamente- se deriva la obligación de regular las uniones estables homosexuales porque en caso contrario habría una *discriminación indirecta* (una diferenciación jurídica de trato basada en un rasgo aparentemente neutro, la identidad sexual, pero que, de hecho, impacta negativamente sobre un colectivo de personas, las homosexuales, que se ven impedidos de acceder a los beneficios individuales y colectivos ligados a la situación matrimonial)".

¹¹⁵ Recordemos que se ha presentado un recurso de inconstitucionalidad contra esta Ley por el Partido Popular con fecha de 30 de septiembre de 2005. Entre las objeciones jurídicas alegadas se encuentra la vulneración de los siguientes preceptos constitucionales: el artículo 32, por no respetar la definición constitucional del matrimonio como unión de un hombre y una mujer, por no respetar la garantía institucional del matrimonio; el artículo 10.2, relativo a la interpretación de los derechos fundamentales y de las libertades públicas de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España; el artículo 14, en relación con los artículos 1.1 y 9.2, relativos al principio de igualdad y a la prohibición de toda discriminación por razón de orientación sexual y su interpretación por el Tribunal Constitucional; el artículo 39, en sus apartados 1, 2 y 4, relativos a la protección de la familia, de los hijos y de los niños; el artículo 53.1, por no respetar el contenido esencial del derecho a contraer matrimonio; el artículo 9.3, por no respetar el principio de jerarquía normativa y el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos; y el artículo 167, relativo a la reforma constitucional. También han sido presentadas varias cuestiones de inconstitucional sobre las que el Tribunal Constitucional debe pronunciarse.

- Estos dos principios de libertad e igualdad deben ser puestos en relación con la dignidad de la persona, los derechos inviolables inherentes a la misma y el libre desarrollo de su personalidad, consagrados todos ellos en el artículo 10.1 como fundamentos del orden político y de la paz social.

La homosexualidad se identifica actualmente como una elección sexual tan válida como cualquier otra considerándose una manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad del individuo, entendido como el respeto a cada persona en la libre elección de su opción sexual y el respeto a la identidad sexual de cada persona. Y es que, por una parte, la homosexualidad forma parte de la libertad de autodeterminación sexual de la persona, con la que conforma una condición propia y diferente, sin la cual quedaría seriamente afectado el derecho al libre desarrollo de su personalidad y su dignidad como persona¹¹⁶; por otra parte, el principio de libertad individual que fundamenta la propia Constitución obliga al legislador a aceptar que toda persona tiene derecho a establecer la relación de convivencia afectiva más acorde con su propia sexualidad, para hacer efectivo el derecho que tiene toda persona al libre desarrollo de su personalidad.

De tal manera que, entre los fundamentos constitucionales, estarían la promoción de la libertad y de la igualdad efectivas del individuo y de los grupos en que se integra, en el libre desarrollo de su personalidad, de los artículos 9.2 y 10.1 de la Constitución española¹¹⁷ y la preservación de la libertad y la igualdad en lo que a las formas de convivencia se refiere, del artículo 1.1 de la Constitución española en relación con el artículo 9.2.

- Además, el principio constitucional de igualdad ante la ley aparece en el artículo 14 como derecho fundamental, junto con la prohibición de discriminación por razón de cualquier condición o circunstancia personal o social, en la que se incluiría la orientación sexual de la persona. Este precepto garantiza el derecho fundamental a la igualdad y proclama el principio de no discriminación y, a la hora de desglosar algunas formas de discriminación, no hace especial referencia a aquella por razón de orientación sexual, sino que ésta estaría incluida en esa discriminación general por razón de cualquiera otra condición o circunstancia personal o social y esto debe interpretarse así por vía del artículo 10.2 de la Constitución española¹¹⁸.

¹¹⁶ Ver Pérez Canovas, N., *Homosexualidad...*, páginas 92 y 93.

¹¹⁷ Ver Rey Martínez, F., "Homosexualidad...", página 117.

¹¹⁸ En este sentido, recordemos que el artículo 13 del Tratado de la Comunidad Europea, introducido por el Tratado de Amsterdam, de 2 de octubre de 1997 (precepto encuadrado en la parte del Tratado denominada Principios), facultaba al Consejo a luchar contra la discriminación por razón de orientación sexual. Sin embargo, es el artículo II-81.1 del Tratado por el que se establece una ///

De los principios constitucionales de no discriminación y de libre desarrollo de la personalidad se deriva la obligación de los poderes públicos con capacidad normativa de regular las uniones estables homosexuales porque, en caso contrario, habría una discriminación indirecta (o de impacto). Y al regular estas uniones hay que tener en cuenta que todo trato jurídico diferente y perjudicial basado en la orientación sexual de la pareja supondría una discriminación directa¹¹⁹.

De tal manera que, entre los fundamentos estarían, además de la promoción de la libertad y de la igualdad efectiva del individuo y de los grupos en que se integra, en el libre desarrollo de su personalidad, de los artículos 9.2 y 10.1 de la Constitución española y la preservación de la libertad y la igualdad en lo que a las formas de

convivencia se refiere, del artículo 1.1 de la Constitución española, un tercer fundamento, teniendo en cuenta la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual, que es la instauración de un marco de igualdad real en el disfrute de los derechos sin discriminación alguna por razón de orientación sexual, del artículo 14 de la Constitución española.

Todos estos valores se encuentran, por tanto, consagrados constitucionalmente y, su plasmación, debe reflejarse en la regulación de las normas que delimitan el estatus del ciudadano, en una sociedad libre, pluralista y abierta¹²⁰.

Por último y, no menos importante, hay que destacar la obligación de los poderes públicos de protección social, económica y jurídica de la familia, que aparece consagrada en el artículo 39.1 de la Constitución española¹²¹

///Constitución para Europa el que establece expresamente la prohibición de toda discriminación y, en particular, la ejercida por razón de la orientación sexual.

¹¹⁹ Ver Rey Martínez, F., "Homosexualidad...", páginas 139 y 140. Este autor nos recuerda que "el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de orientación sexual tendría (...) el típico efecto con sus dos corolarios, la prohibición de discriminaciones directas, es decir, de tratamientos jurídicos diferentes y peores en atención a la homosexualidad y de discriminaciones indirectas o de impacto, esto es, de diferenciaciones jurídicas que se pudieran establecer formalmente no en razón de la orientación sexual, pero que, de hecho, impactaran negativamente sobre la minoría homosexual". Además, este autor se cuestiona sobre si de esta "prohibición constitucional de discriminación se deriva un mandato de acciones positivas a favor de la igualdad de oportunidades de los homosexuales respecto de los heterosexuales", como sucede con la discriminación por razón de sexo, raza, etc., concluyendo que "los poderes públicos (...) deberán aportar medidas de igualdad de oportunidades, sobre todo en el campo de los medios de comunicación y la educación".

¹²⁰ Ver la Ley 13/2005. En este sentido, el artículo I-2 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, al referirse a los valores de la Unión, habla de "la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías", valores "comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres".

¹²¹ Este precepto tiene su correlativo en el artículo II-93 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, destacando, en este sentido, lo que se establece en el artículo II-69 del ///

como principio rector que vincula la actuación de los poderes públicos.

Si ponemos en relación este principio de actuación de los poderes públicos con los ya mencionados, entendemos que *corresponde a los poderes públicos*:

- asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia;
- promover la libertad y la igualdad efectivas del individuo como miembro de un grupo familiar en el libre desarrollo de su personalidad;
- remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud;
- preservar la libertad y la igualdad en lo que a las formas de convivencia se refiere;
- instaurar un marco de igualdad real en el disfrute de los derechos sin discriminación alguna, basada en la orientación sexual de las personas y de las parejas que integren una familia.

Se debe reconocer la vigencia, a la hora de interpretar y aplicar el ordenamiento jurídico español, del *principio de igualdad y de no discriminación de los individuos por razón del modelo de unidad de convivencia o grupo familiar de que formen parte*, tenga éste su origen en la filiación, en el matrimonio, o en la unión afectiva y sexual de dos personas, sean del mismo o distinto sexo. Se prohíbe, por lo tanto, toda discriminación por razón del grupo familiar en el que se integre el individuo,

o por razón de la orientación sexual de los componentes de la familia.

La falta de regulación de las parejas homosexuales ha venido provocando situaciones de desamparo e injusticia para los miembros de la pareja y para los hijos de éstos, naturales o adoptivos, que no encontrarían suficiente respuesta en la aplicación analógica por parte de los órganos jurisdiccionales, estando atribuida la facultad normativa al legislador y siendo éste quien debe resolver estas cuestiones. El Derecho debe ajustarse a las nuevas realidades sociales, ya que en la sociedad española actual se incluyen cada vez más parejas estables homosexuales (fenómeno que se entiende generalmente aceptado y asumido por la sociedad en un sistema político, social y democrático) que necesitaban de una regulación legal, demandada por la sociedad, que evite cualquier tipo de discriminación para la persona.

Al no definirse en la Constitución lo que deba entenderse por familia y, por lo tanto, al no existir referencia a un modelo de familia determinado ni predominante, tanto en el artículo 39 cuanto en el resto del articulado constitucional, ello obliga a dar una interpretación amplia del mismo, interpretación que debe realizarse en consonancia con la realidad social, el resto del articulado y el espíritu de la Constitución, ello en base con lo establecido

/// mismo Tratado, en el que "se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio".

do en los artículos 9.2 y 14, en relación con los artículos 1.1 y 10.1 de la Constitución española¹²², de tal forma que no puedan derivarse consecuencias discriminatorias del modelo de familia que un individuo adopte de manera libre y legítima, para que el individuo pueda optar por cualquier medio para formar una familia que le permita el libre desarrollo de su personalidad.

En este sentido, no hay que olvidar que *los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad ante la ley demandan de los poderes públicos la promoción de las condiciones para que sean reales y efectivos para todos los ciudadanos y los grupos en los que se integran*, uno de los cuales sería la familia.

Los nuevos modelos de familia merecen también la protección constitucional del artículo 39.1. Con anterioridad a la Ley 13/2005, no se protegía a la familia en el sentido del artículo 39.1, no se daba un concepto amplio de familia, sino que, muy al contrario, las parejas homosexuales no constituían una familia, aunque uno de los miembros de la pareja tuviera hijos, naturales o adoptivos y éstos fueran educados por los dos miembros de la pareja, en el ejercicio real de la patria potestad. De tal manera que nos encontramos con el supuesto de familias de hecho formadas por una pareja ho-

mosexual y el hijo o hijos de uno de los convivientes, hijos biológicos o adoptivos, familias que carecían de un reconocimiento jurídico que necesitaban de la protección jurídica por parte de los poderes públicos a la que tienen derecho en virtud del artículo 39.1 de la Constitución española.

Este reconocimiento puede manifestarse de dos maneras, bien porque en el ordenamiento jurídico estatal se permitiese que el conviviente homosexual pueda adoptar al hijo de su pareja de hecho, o bien porque se permitiese el matrimonio homosexual con idénticos efectos que los reconocidos para el matrimonio heterosexual como, efectivamente se ha llevado a cabo en virtud de la Ley 13/2005. En caso contrario tal y como venía sucediendo -al no permitir la ley la adopción conjunta, ni simultánea ni sucesiva, por parejas de hecho homosexuales- en el supuesto de muerte del padre o madre del menor, el compañero sobreviviente no tenía ningún derecho, en principio, a continuar viviendo con el menor. Por mucho tiempo que hubieran estado formando una familia de hecho, nunca podían formar una familia de derecho.

Asimismo, este reconocimiento jurídico que se ha dado en virtud de la Ley 13/2005 es la consecuencia lógica de un hecho que ya se estaba dando en la realidad de esa familia: si el conviviente ejerce como padre o madre, ejer-

¹²² En este sentido, el Tribunal Constitucional ha entendido, en su Sentencia 222/1992, que existen "relaciones familiares" entre las personas del mismo sexo que conviven de forma estable como pareja afectiva.

ciendo la patria potestad en el sentido del artículo 154 del Código Civil, velando por los hijos, teniéndolos en su compañía, alimentándolos, educándolos y procurándoles una formación integral, ¿no sería lo más razonable y lo más conveniente para el niño, que se pudiese plasmar jurídicamente ese "vínculo familiar" que ya existe en la realidad? Esto repercutiría en *el interés superior del menor*. Si nos atenemos a esta definición de *idoneidad para adoptar* como *idoneidad para el ejercicio de la patria potestad*, que parece la más acertada, no encontramos motivo alguno para considerar que la heterosexualidad de una persona o de una pareja pueda influir o determinar en cierto modo su capacidad para el ejercicio de la patria potestad y, por consiguiente, su capacidad para el correcto desempeño de los deberes y facultades que comporta dicha patria potestad.

Una persona homosexual no puede ser declarada no idónea para adoptar por razón de su orientación sexual, ya que la homosexualidad no constituye -ni constituía con anterioridad a la Ley 13/2005- un factor excluyente en la adopción individual, sin que se pueda afirmar, tal como está actualmente configurada la adopción en Derecho español (ya que la adopción individual aparece como regla general en el artículo 175.4 del Código Civil), que en la adopción individual se protegen en menor medida los intereses del menor que en la adopción conjunta. Y con igual motivo, una pareja homosexual no va a ser menos idónea para adop-

tar que una pareja heterosexual por la sola razón de su homosexualidad. Si se permite la adopción individual con independencia de la orientación sexual del adoptante, ¿qué razón justificaría, en el caso de la adopción conjunta, la discriminación por razón de la orientación homosexual de las parejas adoptantes?

Al no ser la finalidad de la adopción proporcionar al menor desamparado un padre y una madre, sino proporcionarle *el medio más adecuado (más idóneo) para proteger sus intereses*, no cabe exigir el requisito de la heterosexualidad de la pareja adoptante. Hay que atender a otros factores totalmente ajenos a la orientación sexual de una persona o de una pareja para determinar su idoneidad o su no idoneidad, como así se desprende de la normativa relativa a esta materia.

Con anterioridad a la Ley 13/2005 nos encontrábamos con la situación paradójica siguiente: por una parte, la ley entendía que una persona homosexual era capaz (y estaba capacitada) para adoptar a un menor, al no exigirse la heterosexualidad del adoptante en la adopción individual; por otra parte, entendía que una pareja de homosexuales no era capaz para adoptar, ya que, aunque la homosexualidad no se encontraba incluida entre las prohibiciones para adoptar, la adopción conjunta por parejas homosexuales no estaba expresamente admitida, no así como la adopción conjunta por matrimonios y por parejas de hecho heterosexuales y, por consi-

guiente, estaba prohibida. De hecho, no encontrábamos en la ley ninguna referencia a la homosexualidad como factor excluyente ni antes ni después de la Ley 13/2005, existiendo únicamente un vacío, un silencio al respecto previo a la aprobación de la citada Ley. No se excluía pero tampoco se incluía y su no inclusión comportaba su exclusión, sin que esta exclusión estuviera razonada o justificada, sin que se hubiera motivado la discriminación que suponía que, unas parejas pudieran adoptar y otras no, en atención a su orientación sexual.

Lo que ha hecho la Ley 13/2005 ha sido dotar de coherencia a la capacidad de adoptar de una persona homosexual, forme o no pareja con otra persona y pueda adoptar no sólo a título individual sino, también, de forma conjunta con su pareja.

En cuanto a la adopción del hijo o hijos de una persona por parte de su pareja homosexual, es decir, en los supuestos de adopción sucesiva, si esta adopción no se permitiese, supondría una discriminación de este tipo de familia pues, respecto de los hijos (biológicos o adoptivos) de uno de los miembros de la pareja, el otro seguiría siendo un "extraño" jurídicamente en cuanto a lazos familiares, aun cuando en la realidad nos encontremos con una familia, la cual se vería desamparada y desprotegida jurídicamente y que necesita de un reconoci-

miento legal, la protección jurídica a la que tiene derecho en virtud del artículo 39.1 de la Constitución española. Además, el artículo 39.2 de la Constitución española impone a los poderes públicos *la obligación de asegurar la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación.*

2- Es en estos supuestos de adopción sucesiva donde se ve más claramente que la capacidad de adopción conjunta de las parejas homosexuales también tiene un fundamento constitucional desde el punto de vista del menor adoptando.

En este sentido, *el interés superior del menor* es el principio que va a regir en materia de adopción; este interés es el criterio que se ha de tener en cuenta frente a cualquier otra circunstancia, incluso, la orientación sexual de la pareja adoptante.

No debemos olvidar que la adopción es una figura que se crea en beneficio del menor. De tal manera que, *el principio de favor minoris* va a regir frente a cualquier otro principio que pudiera concurrir en la adopción de un menor; este principio se deriva de *la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación* del artículo 39.2 de la Constitución española¹²³.

¹²³ Precepto que tiene su correlativo en el artículo II-84 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, cuyo apartado 1º se refiere a *la protección* y cuyo apartado 2º se refiere al *interés superior del menor*.

Actualmente, la finalidad de la adopción -como institución de protección de menores- es proporcionar al niño *el medio más adecuado (más idóneo) para proteger sus intereses y, sobre todo, a partir de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que consagra expresamente el interés superior del menor como principio rector que impregna la normativa sobre protección de menores. De tal manera que, en todo proceso de adopción, se ha de tener en cuenta sobre todo qué es lo mejor para el desarrollo integral del menor, analizando y valorando el conjunto de las circunstancias que concurren en cada caso. La adopción es una institución cuya finalidad es encontrar una familia para el menor, pero no cualquier familia sino la mejor familia de las que soliciten la adopción.*

En este sentido, adquiere especial importancia *la obligación constitucional de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y dentro de ésta, con carácter singular, la de los menores*—como principios rectores que vinculan la actuación de los poderes públicos— del artículo 39 de la Constitución española.

Lo más importante a la hora de elegir al adoptante o adoptantes es *el interés superior del menor* y no la relación afectiva de la pareja adoptante. De tal manera que la idoneidad del adoptante o adoptantes viene determinada por *el interés del menor*. No cabe, por tanto, establecer un principio discrimina-

torio de un modelo de pareja por razón de su orientación homosexual, privándoles de la valoración de su idoneidad como adoptante, ya que puede ser la pareja más idónea para responder a ese interés, en cuyo caso estaría impidiendo que la adopción cumpliera su finalidad. La prohibición legal de adoptar conjuntamente por parte de las parejas homosexuales vulneraría el derecho del menor desamparado a ser adoptado por la pareja más idónea, aquella que le pudiera proporcionar el medio más adecuado para proteger sus intereses.

Y es *este interés del menor* lo que se tiene que tener en cuenta a la hora de determinar qué personas pueden ser adoptantes y cuáles no. Tenemos que fijarnos, por tanto, en si los posibles adoptantes son capaces de asegurar al menor desamparado *el entorno más idóneo para su desarrollo y sus intereses* (ya que es ésta la finalidad de la adopción), sin que se pueda excluir, a priori, a las parejas homosexuales como posibles sujetos que ofrezcan al menor desamparado *el entorno más idóneo para proteger sus intereses*. En este sentido, tenemos que aplicar a las parejas homosexuales la misma presunción que a las heterosexuales y decidir sobre su idoneidad o su no idoneidad en el proceso de selección de los adoptantes, no antes, sin que se pueda establecer un *principio de exclusión, a priori, de las parejas homosexuales como posibles sujetos idóneos en la adopción conjunta de un menor,*

incluso aunque considerásemos que la sociedad valora como preferente la integración del menor en un núcleo convivencial heterosexual. Hay que examinar, por lo tanto, el caso específico para valorar la idoneidad o no idoneidad de la pareja adoptante, con independencia de su orientación sexual.