

## **ARTÍCULOS E INFORMES**



# EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA ADOPCIÓN EN UNIONES HOMOSEXUALES CON APLICABILIDAD AL DERECHO ESPAÑOL

**Boria Cebrián Mateo**

Departamento de Derecho Eclesiástico del Estado  
Universidad Complutense de Madrid

**Resumen.** La adopción por parejas del mismo sexo está regulada en la Ley 13/2005 de 1 de julio y en las Leyes sobre Parejas de Hecho de Cataluña, Navarra, Aragón, País Vasco y Cantabria. Algunos agentes sociales se han alzado en contra de la legalización de esta realidad social, afirmando que la influencia que tiene en el niño el hecho de ser educado por una pareja homosexual, puede ser perjudicial para el menor por el hecho de no tener un padre y una madre, como ocurre en el modelo clásico de familia. Bajo estas premisas, el objetivo de este trabajo consiste en intentar demostrar cómo la adopción de un menor por parte de un matrimonio homosexual, puede ser perfectamente legal, y no es contraria a la Constitución española de 1978.

**Abstract.** Adoption by same-sex couples is regulated in Law 13/2005 of 1 July and Laws on unmarried couples of Catalonia, Navarra, Aragon, País Vasco, and Cantabria. Some social institutions have risen up against the legalization of this social reality, arguing that the influence it has in the child being raised by a homosexual couple, can be detrimental to the child by not having a father and a mother as in the classical model of family. Under these premises, this research will intend to show how the adoption of a child by a same-sex couple is not contrary to the Spanish Constitution of 1978.

**Palabras clave.** Adopción, parejas del mismo sexo, libre desarrollo de la personalidad, protección del menor, Derecho estatal, Derecho autonómico.

**Key words.** Adoption, same sex couples, personal autonomy, child protection, State Law, Regional Law.

**Sumario.** 1. Introducción. 2. La figura jurídica de la adopción. 2.1. Concepto y evolución histórica. 2.2. Régimen jurídico vigente. 2.2. A) Presupuesto previo: la legitimidad constitucional de la adopción por matrimonio homosexual. 2.2. B) La Ley 13/ 2005, de 1 de julio. 2.2. C) El problema del artículo 176.1 del Código civil. 2.2. D) Procedimiento de la adopción: especial referencia de las circunstancias personales del adoptante a tenor del artículo 1829.1 de la ley de enjuiciamiento civil de 1881. a) Proceso de selección de adoptantes. b) Proceso de adopción propiamente dicho. 2.3. Derechos surgidos a partir de la adopción

homosexual. 2.3. A) Derechos en materia civil. 2.3. B) Derechos en materia laboral y Seguridad Social. 2.3. C) Beneficios fiscales. 2.4. Legislación de las Comunidades Autónomas en materia de adopción. 2.4. A) Regulación autonómica permisiva de adopción por uniones de hecho homosexuales. 2.4. B) Regulación autonómica de la figura del acogimiento. 2.4. C) Jurisprudencia de las Comunidades Autónomas en materia de adopción homosexual. 3. Conclusiones.

## 1. INTRODUCCIÓN.

*La dignidad de la persona humana, los derechos que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad son fundamento del orden político y la paz social, según señala el artículo 10.1 de la Constitución española de 1978. El desarrollo de este personalismo constitucional en materia matrimonial, ha culminado con la Ley 13/2005 de 1 de julio<sup>1</sup>, que establece el derecho a contraer matrimonio homosexual.*

La adopción constituye uno de los puntos clave en la discusión sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo. Uno de los objetivos que se pretende conseguir con la denominada Ley de Matrimonio Homosexual es que los dos miembros de la pareja del mismo sexo puedan adoptar conjuntamente. Recordemos que hasta el 1 julio de 2005 esto no era posible.

Sin embargo, en la realidad social española, existen niños educados por parejas homosexuales, ya sea porque han sido concebidos por inseminación artificial por una pareja de lesbianas, ya sea porque han sido adoptados por un miembro de la pareja. Esta realidad social, integrada en un sistema personalista, como ya hemos señalado, hacia necesaria la toma en consideración por nuestro Derecho de este problema.

Son muchos los interrogantes que plantea la posibilidad de que una pareja homosexual pueda adoptar a un menor. Se han alzado algunas voces señalando que la influencia que tiene en el niño el hecho de ser educado por una persona homosexual o por

---

<sup>1</sup> Por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio (BOE de 2 de julio de 2005).

una pareja homosexual, puede ser perjudicial para el, por el hecho de no tener un padre y una madre como ocurre en el modelo clásico de familia. No obstante, se han realizado por parte de los profesionales en psicología, numerosos estudios para saber hasta que punto afecta al desarrollo del niño el ser criado por una pareja homosexual, con resultados bastante alentadores.

Como suele ser habitual, la sociedad ha ido un paso por delante de las leyes. Son varias las razones por las que un hombre o una mujer homosexual pueden estar a cargo de un niño: por ser su padre o madre natural, por tenerlo ya, antes o al margen de sus relaciones con personas del mismo sexo, mediante inseminación artificial en el caso de las mujeres, por adopción, etc.

La persona homosexual a cargo del niño puede no vivir con una pareja (entonces será un padre o madre “solo” y formará con el niño una familia monoparental), o puede convivir con una pareja del mismo sexo, lo que se denomina familia homoparental. Con la ley anterior, se daba el caso de que se reconociera legalmente esa condición sólo a uno de los miembros de la pareja y no a los dos, aunque el menor hubiese convivido con ambos durante todo el tiempo. La prohibición de la adopción conjunta del menor por la pareja homosexual, producía, entonces, una discriminación, no solamente para la propia pareja, sino también hacia el propio menor. Pensemos, por ejemplo, los efectos perjudiciales que tendría para el menor la denegación de la adopción conjunta a nivel de sus derechos sucesorios.

Aunque a nivel estatal, la adopción por una pareja homosexual no ha sido posible hasta la Ley 13/2005, algunas Comunidades Autónomas como Cataluña, Navarra, Aragón, País Vasco y Cantabria, si permitían con anterioridad dicha posibilidad, regulándola en sus respectivas Leyes sobre Parejas de Hecho.

Sobre estas bases, intentaremos demostrar, como la adopción de un menor por parte de un matrimonio homosexual (aunque a nuestro entender también debería ser por parejas homosexuales, como ocurre con las parejas de hecho

heterosexuales, gracias a la Ley 21/1987) puede ser perfectamente legal, y no es contraria a nuestra Constitución. También se intentarían determinar los efectos jurídicos que conlleva la adopción de un menor por parte de una pareja homosexual.

## **2. LA FIGURA JURÍDICA DE LA ADOPCIÓN.**

### **2.1. CONCEPTO Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA.**

La adopción se puede definir como la acción de recibir como hijo, con los requisitos y solemnidades que establecen las leyes, al que no lo es naturalmente. Pero hasta hace unos meses, no todas las uniones tenían el derecho a solicitar la adopción. Solamente las uniones heterosexuales podían disponer de ese derecho, creando una situación de discriminación sobre las uniones que tienen una orientación sexual distinta a la de la mayoría, aunque este tipo de uniones eran cada vez más frecuentes, encontrándose en una situación discriminatoria.

Las leyes que regulan la institución de la adopción, como ocurre con otras muchas figuras de nuestro Ordenamiento Jurídico, han evolucionado a lo largo de la historia, en consonancia con los cambios de la sociedad. Por ello, me parece necesario hacer un repaso histórico y ver como se ha desarrollado esta figura jurídica hasta nuestros días, en que la Ley 13/2005 de 1 de julio aprobó los matrimonios homosexuales, abriendo la posibilidad de la adopción a estas uniones.

Hasta el Código civil, promulgado en 1889, no se produjo una regulación de la adopción. Solo se señalaban los requisitos que habían de cumplir adoptante y adoptado, pero no sus derechos y obligaciones. El adoptado podía usar los apellidos de su adoptante junto a los suyos propios, si así se establecía en escritura pública. Adoptante y adoptado se debían recíprocamente alimentos, y no había derechos hereditarios, salvo pacto

## EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA ADOPCIÓN EN UNIONES HOMOSEXUALES CON APLICABILIDAD AL DERECHO ESPAÑOL

sucesorio. Se puede decir que más que una adopción, la figura se asemejaba a un acogimiento o custodia de menores.

El Código civil de 1889, sometió la adopción a condiciones muy rigurosas y reguló sus efectos de modo tal que la adopción se presentaba como una institución establecida en beneficio del adoptante, más que del hijo adoptado. No se creaba una relación de paternidad y filiación puramente civil, ya que el derecho a los alimentos, salvando el preferente a los hijos naturales reconocidos y de los ascendientes del adoptante, y el uso del apellido de este último, no eran los únicos efectos civiles de la paternidad legítima. Pero tampoco era una institución de protección de menores de edad, pues, como señalaba el profesor Valverde y Valverde<sup>2</sup>, *los mayores pueden ser también adoptados, ni está encaminada a favorecer a los huérfanos, porque pueden ser adoptados según el propio código los sometidos a la potestad de otros.*

Los caracteres de la adopción eran: 1. Acto jurídico de forma determinada y de naturaleza irrevocable. 2. Modo de entrar en la patria potestad, aunque el adoptado no se desliga de su familia natural, puesto que conservaba íntegros sus derechos sobre ella. 3. Acto civil, condicionado por el consentimiento de los adoptados y la intervención judicial, y 4. Estaba regulada por el principio de unidad de personas, ya que ninguno podía ser adoptado simultáneamente por más de una persona, a excepción de cuando los adoptantes fueran cónyuges<sup>3</sup>.

Un Decreto de 10 de abril de 1937 del Gobierno Republicano, trato de imprimir a la institución la adecuada flexibilidad, reduciendo prohibiciones, simplificando el procedimiento y fortalecimiento la posición del adoptado. También el Preámbulo de la Ley de 17 de octubre de 1941, “*Sobre la adopción de los acogidos en Casas de Expósitos*”,

---

<sup>3</sup> VALVERDE y VALVERDE, C. Tratado de derecho civil español. Tomo IV, Parte especial, Derecho de Familia. Valladolid 1926, pág. 473.

<sup>4</sup> Artículo 175.4 de Código civil de 1889.

reconoció que las normas del código no habían satisfecho, en la práctica, el propósito de suplir los vínculos paterno-filiales.

La primera ley que provocó un cambio significativo en la materia que nos ocupa fue la Ley de 24 de abril de 1958. En dicha ley, podíamos diferenciar dos tipos de adopciones: a) La adopción plena y, b) La adopción simple. Los derechos sucesorios del adoptado se regulaban en los artículos 174, 179 y 180 del Código civil. El primero de dichos artículos en su párrafo tercero, de aplicación general a las dos clases de adopción por estar ubicado en la Sección de Disposiciones Generales, señalaba la irrevocabilidad de los derechos del adoptado en la herencia del adoptante, cuando estos derechos eran establecidos en la escritura de adopción. Pero también reconocía efectos a los mismos, incluso aunque el adoptante hubiese muerto intestado, salvo que el adoptado incurriera en indignidad para suceder, que era causa de desheredación, o fuese declarada extinguida la adopción.

En la adopción plena se seguía manteniendo la posibilidad del pacto sucesorio en escritura pública. Este pacto sucesorio no podía exceder de dos tercios de la herencia del adoptante, sin perjuicio de los derechos legitimarios reservados por la ley a favor de otras personas. El adoptado conservaba los derechos sucesorios que le corresponderían de la familia por naturaleza, tanto en los supuestos de adopción plena como en la simple, al establecer el artículo 179.2 del Código civil que *el adoptado esta exento de deberes por razón de parentesco con sus ascendientes o colaterales por naturaleza, pero conservará los derechos sucesorios.*

En la adopción simple no se tenían derechos sucesorios. Lo que sí señalaba el artículo 180 del Código civil, era que el adoptado en forma simple tenía en la herencia del adoptante los derechos pactados expresamente en la escritura de adopción, sin perjuicio de los derechos legitimarios a favor de otras personas. Así mismo, el adoptado podía usar el apellido de su familia, o el apellido del adoptante, si así se expresaba en la escritura de adopción, en cuyo caso se establecería el orden en que habría de



## EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA ADOPCIÓN EN UNIONES HOMOSEXUALES CON APLICABILIDAD AL DERECHO ESPAÑOL

usarlos. Si nada se pactaba al respecto, el adoptado usaría los apellidos de la familia de origen. En lo referente a otra cuestión importante como es la prestación de alimentos, la Ley de 24 de abril 1958 establecía en su artículo 171.2 que existía una obligación mutua entre adoptante y adoptado, siempre y cuando tuvieran preferencia los hijos legítimos, legitimados o naturales reconocidos.

Doce años más tarde, se produce una nueva reforma en la figura jurídica de la adopción. La Ley 7/1970 constituye un espaldarazo en vía de intensificación de los efectos de la adopción, para lo que habrá venido bien la experiencia generada tras la reforma de 1958 y la detección de las carencias observadas en la misma. En la Ley 7/1970, se produce en cambio en la denominación de la adopción. Recordemos que antes distinguíamos entre adopción plena y adopción simple. Ahora pasan a denominarse adopción plena y adopción menos plena, siendo esta última el equivalente a la adopción simple en la reforma de 1958. El Profesor García Alba<sup>4</sup> afirma que *son ostensibles algunas manifestaciones de la Exposición de Motivos de la Ley 7/1970 en tal sentido, al señalar, que en la adopción plena, además de permitir la adopción de los menores de 14 años, así como de los mayores en algunos supuestos, se confieren al adoptado y al adoptante las posiciones jurídicas correspondientes al hijo y al padre legítimo.*

Se podría decir que la adopción concede al adoptante la patria potestad respecto del adoptado menor de edad. Un claro ejemplo de lo anteriormente señalado, queda expuesto en lo redactado en el artículo 176.1 del Código Civil, al establecer que en todo lo no regulado de modo distinto por la ley, al hijo adoptivo le corresponden los mismos derechos y obligaciones que al hijo legítimo.

Es el artículo 179 del Código civil el que distingue entre hijos por naturaleza y adoptivos en la herencia del adoptante. En

---

<sup>4</sup> GARCÍA ALBA, J. La adopción, situación y desafíos de futuro. Madrid 2005, pág. 14.

la sucesión testamentaria, concurriendo sólo con hijos legítimos, no podrá el hijo adoptivo percibir por mejora más que el hijo legítimo menos favorecido. Si concurren a la sucesión del adoptante con hijos naturales de reconocidos, cada uno de estos no podrá percibir menos porción que el adoptivo. Un dato significativo a tener en cuenta era la imposibilidad por parte de los hijos legítimos del adoptado de participar en la representación de la herencia del adoptante. Tampoco los ascendientes del adoptante tenían derecho a la herencia del adoptado. Solamente podían concurrir a la herencia el adoptado o el adoptante, dependiendo quien fuese el fallecido.

En cuanto a los apellidos, no existe en la adopción plena diferencia entre la regulación de 1958 y la de 1970. Era el artículo 178.3 del Código civil de 1889 el que hacía referencia a tal asunto, al señalar que el adoptado, aunque constare su filiación, ostentaría como únicos apellidos los de su adoptante o adoptantes. En la adopción menos plena (anteriormente simple), desaparece la obligatoriedad de mantener el adoptado el apellido de su familia.

Finalmente, por lo que se refiere al deber de la prestación de alimentos, existe una obligación recíproca de darse alimentos los ascendientes y descendientes legítimos, a tenor de lo dispuesto en el artículo 143.2 del Código civil. El padre (y si no lo hubiera, la madre) tenía, respecto de los hijos no emancipados el deber de alimentarlos, según se desprendía del artículo 155 del Código civil.

Siguiendo con la evolución de la figura, en la Ley 11/1981, de 13 de mayo, "*De modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio*", sí que realmente encontramos un progreso significativo con respecto a la Ley 7/1970. Con la promulgación de la Constitución de 1978, el legislador se vio en la necesidad de adaptar al principio de igualdad los derechos de los hijos, con independencia de cual sea su filiación, para no vulnerar el artículo 14 ni el artículo 39.2 de la Carta Magna. Así, el artículo

108 del Código civil redactado conforme a esta reforma, establecía que la filiación podía tener lugar por naturaleza o por adopción. La filiación por naturaleza podía ser matrimonial o extramatrimonial. Ambas, así como la filiación adoptiva plena, surtían los mismos efectos conforme a las disposiciones del Código civil.

Sufren modificaciones los artículos comprendidos entre el 172 al 180, exceptuando el 176, si bien la reforma de algunos de estos preceptos no tenía más alcance que la adaptación gramatical y semántica. Tiene relevancia la modificación que se pretendió del artículo 176 del Código civil, en el sentido de que en la adopción plena, le corresponde al hijo adoptivo los mismos derechos y obligaciones que a los hijos por naturaleza, causando la adopción parentesco entre el adoptante, el adoptado, sus descendientes y la familia del adoptante. Así, en materia sucesoria, el adoptado y sus descendientes serían herederos intestados o legitimarios respecto a los padres del adoptante y viceversa. Además, la adopción confería al adoptante la patria potestad sobre el adoptado menor de edad y en el caso de que un cónyuge adoptara al hijo del otro, la patria potestad se atribuía a ambos. En conclusión, se establecía la correspondencia al hijo adoptivo de los mismos derechos y obligaciones que a los hijos por naturaleza. Se produce el parentesco entre adoptante y adoptado. La adopción confiere al adoptante la patria potestad sobre el adoptado, y una vez extinguida se aplicaban las normas de la tutela. Esta redacción constituía un paso importante en la adopción. Pero dicho artículo fue suprimido temporalmente por el artículo segundo de la Ley 30/1981, de 7 de julio, *“Por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio”*, quedando restablecido el mismo con idéntico texto por la ley 13/1983, de 24 de octubre, *“De modificación del Código Civil en materia de tutela”*, al establecer en su artículo quinto que *“el artículo 176 del Código Civil quedará redactado conforme al texto del mismo que fue aprobando por la Ley 11/1981, de 13 de mayo”*.

También, como he dicho antes, existe una mejora en la adopción menos plena, ya que a falta de descendientes y ascendientes, el adoptado tenía derecho a la sucesión intestada.

La Ley 21/1987 de 11 de noviembre, “*Por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción*”, trajo consigo una verdadera revolución en lo referente a la institución de la adopción. Su propia Exposición de Motivos ya señalaba que no se había llegado a satisfacer plenamente la función social que debía cumplir esta institución. Se alude, pues, a una falta casi absoluta de control de las actuaciones que preceden a la adopción. De nuevo, señala el Profesor García Alba<sup>5</sup>, que *el legislador advirtió que el sistema precedente no estaba suficientemente fundado en la necesaria primacía del interés del adoptado, que debe prevalecer sobre los demás intereses en juego en el curso de la adopción.*

La adopción está configurada en la Ley como un instrumento de integración familiar, que produce la total ruptura del vínculo jurídico del adoptado con su familia anterior y crea una nueva relación de filiación. Por ello, salvo supuestos excepcionales, sólo cabe la adopción de menores de edad.

Se basa la adopción en dos conceptos fundamentales: la configuración de la misma como un instrumento de integración familiar, como ya hemos dicho, y el beneficio del adoptado que se sobrepone, con el necesario equilibrio, a cualquier otro interés legítimo subyacente en el proceso de constitución. Esto se consigue mediante la completa ruptura del vínculo jurídico que el adoptado tenía con su familia anterior y la creación de una relación de filiación, a la que resultan aplicables las normas generales de filiación contenidas en los artículos 108 y siguientes del Código civil modificado por la nueva ley.

---

<sup>5</sup> GARCÍA ALBA, J. *La adopción...*, ob. cit., pág. 22.

## EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA ADOPCIÓN EN UNIONES HOMOSEXUALES CON APLICABILIDAD AL DERECHO ESPAÑOL

La Constitución española afirma en su artículo 39.1 que *los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia*, para señalar inmediatamente después (en su apartado segundo) que *los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley, con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil*. Se reconoce, así pues, la primacía del interés del menor. También se realiza la equiparación total y absoluta entre hijos naturales e hijos adoptivos, con la desaparición de la distinción entre dos tipos de adopciones (la plena y la menos plena).

La adopción pasa, con esta reforma, de ser un negocio jurídico de Derecho de familia, a un acto de autoridad, propio del Derecho Público. Díez-Picazo<sup>6</sup> señala que la adopción ya no es un negocio de Derecho de Familia, formado por los consentimientos del adoptado (o sus padres, o tutores) y el adoptante o adoptantes, homologado simplemente por la autoridad judicial. Se introduce el acogimiento familiar, que deja establecida una relación entre el menor y la persona o personas a quienes se confía, como medio para llegar a la adopción. Se formaliza en el plano administrativo, pero queda sometido al control del Ministerio Fiscal y al control judicial.

Otra novedad importante de esta ley, lo constituye la intervención de las Entidades Públicas en los procedimientos de adopción, con unas facultades muy amplias en la tramitación del expediente, facultades que se extienden, salvo algunas excepciones, a la preceptiva propuesta ante el Juez a favor del adoptante o adoptantes a quienes la Entidad Pública considere más idóneos para el interés del menor adoptado. La Ley 21/1987 establece, también, unas reglas en el orden procesal respecto del acogimiento de menores desamparados y de la adopción. Es significativa la que hace referencia a la idoneidad de los adoptantes.

---

<sup>6</sup> DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. Instituciones de derecho civil. Vol.II/2, Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones. Madrid 1998, págs. 207 y ss.

La disposición adicional tercera de la Ley 21/1987 permite la adopción conjunta de dos personas, sin la necesidad de que estén casadas. Solo se exige la heterosexualidad de la pareja. En concreto, señala 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 efectividad análoga a la conyugal.*

En cuanto al orden sucesorio, no existe ninguna referencia especial en la reforma de 1987. Surgen con carácter recíproco los derechos sucesorios establecidos en el Código civil (artículos 930 y siguientes) dentro del orden de suceder, para la sucesión intestada. Para la sucesión testamentaria, al hijo adoptivo le asisten los derechos sucesorios en su condición de legitimario en la forma que establecen los artículos 807 y 808 del Código civil. Al padre adoptante le corresponden, en la misma condición, los derechos a la sucesión del adoptado en la forma regulada en los artículos 809 y 810 del mismo código.

La Ley 21/1987, a diferencia de las leyes señaladas anteriormente en materia de adopción, no hace mención alguna a los apellidos del adoptado, por lo que se habrá de estar a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil y su Reglamento, a cuya normativa hace remisión implícita el artículo 109 Código civil. En la actualidad, si existe común acuerdo entre padre y madre, éstos podrán establecer el orden de los apellidos, siempre y cuando, el orden de apellidos inscrito para el mayor de los hijos se exija en las inscripciones de nacimiento posteriores de sus hermanos del mismo vínculo. El adoptado por una sola persona tendrá por su orden los apellidos del adoptante, a excepción de cuando uno de los cónyuges adopta al hijo de su consorte, aunque haya fallecido, y del caso en que la única adoptante sea mujer, en que, podría invertirse el orden con el consentimiento de la adoptante y del adoptado si es mayor de edad. Otro ejemplo del orden sucesorio de los apellidos se desprende del Auto de la Constitución de la Adopción, y del artículo 178.2 del Código

civil, al establecerse que si subsisten vínculos jurídicos con la madre biológica, el primer apellido de la persona adoptada ha de ser el primero del padre adoptivo y ésta ha de tener como segundo apellido el primero de la madre biológica.

Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, "*De protección jurídica al menor y de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil*", ha modificado los artículos 176 y 177 del Código civil en la redacción dada por la Ley 21/1987. Enfatiza en la 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. El artículo 176 del Código regula la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad. La declaración de idoneidad hecha por la Entidad Pública, se realiza antes de que el Juez dicte auto concediendo la adopción. Pantoja García<sup>7</sup> advierte que se trata de una decisión de carácter puramente administrativo, formada en virtud de los criterios técnicos apreciados por la Entidad Pública para el ejercicio de la patria potestad y que debe ser emitida, bien previamente, al proponer la adopción ante el juez, o en el curso del procedimiento para dicha declaración. Dicha decisión, es susceptible de impugnación por parte de los particulares afectados, conforme a lo que autorizan la disposición adicional primera y segunda, en un procedimiento de jurisdicción voluntaria que, para el caso de que se produzca una vez efectuada la propuesta, dará lugar a un incidente con suspensión de los autos principales de la adopción. La ley señala que debe constar una declaración de idoneidad y en el caso en que el particular no esté de acuerdo con la declaración, cabe el recurso a la jurisdicción. La ley no prevé que un juez se aparte de la declaración de idoneidad y si la declaración de idoneidad no es impugnada por ninguna de las partes en el expediente, deberá tomarla como un requisito más de los exigidos para decidir sobre lo solicitado. El Ministerio Fiscal puede impugnar la declaración

---

<sup>7</sup> PANTOJA GARCÍA, F. Algunas Notas y Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor y su aplicación práctica. Madrid 1997, pág. 66.

de idoneidad efectuada, tramitándose entonces por el procedimiento de la jurisdicción voluntaria conforme a la disposición adicional segunda.

Se producen también modificaciones parciales en el Código civil en los artículos 172 al 177. La Ley Orgánica 1/1996 contiene un mosaico de preceptos que trascienden de lo estrictamente civil para entrar de lleno en el ámbito del Derecho público. Proclama los derechos constitucionales que asisten al menor y establece los principios rectores en el orden administrativo tendentes a la preservación de aquellos derechos.

La ley también aborda la regulación de la adopción internacional. En el momento de la elaboración de la Ley 21/1987, la adopción internacional no era un fenómeno tan extendido como ahora, y no había suficiente perspectiva para abordarlo en dicha reforma. Sin embargo, la Ley Orgánica de 1996 diferenciaba ya, a este respecto, las funciones que habían de ejercer directamente las entidades públicas de aquellas funciones de mediación que podían delegar en agencias privadas que gozaran de la correspondiente acreditación. Asimismo, se establecían las condiciones y requisitos para la acreditación de estas agencias, entre los que se debía destacar la ausencia de fin de lucro por parte de las mismas.

En 1999 se aprueba la Ley 18/1999, de 18 de mayo, "*De modificación del artículo 9 apartado 5, del Código civil*", en la que se hace referencia a la adopción en el extranjero. La atribución por la ley extranjera de un derecho de revocación de la adopción no impedirá el reconocimiento de ésta si se renuncia a tal derecho en documento público o por comparecencia ante el encargado del Registro civil. Finalmente, la Ley 54/2007 de 28 de diciembre, "*De adopción internacional*", adapta definitivamente a la nueva realidad social la fuerte demanda de adopciones internacionales.



## 2.2. RÉGIMEN JURÍDICO VIGENTE.

### 2.2. A) PRESUPUESTO PREVIO: LA LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL DE LA ADOPCIÓN POR MATRIMONIO HOMOSEXUAL.

La legitimidad constitucional de la adopción homosexual, se encuentra dentro del término *familia* del artículo 39. Nos parece interesante hacer un breve repaso histórico de cómo ha ido evolucionando durante el siglo XX dicho término.

La Constitución de 1931, en su artículo 43 señalaba que la familia está bajo la salvaguarda especial del Estado. Además, continúa diciendo el artículo, el matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos y podrá disolverse por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges, con alegación en este caso de justa causa. Los padres están obligados a alimentar, asistir, educar e instruir a sus hijos y el Estado velará por el cumplimiento de estos deberes y se obliga subsidiariamente a su ejecución. Además, los padres tienen para con los hijos habidos fuera del matrimonio los mismos deberes de respeto que para los nacidos en él. Las leyes civiles regularán la investigación de la paternidad y no podía consignarse declaración alguna sobre la legitimidad o ilegitimidad de los nacimientos, ni sobre el estado civil de los padres, en las actas de inscripción, ni en filiación alguna. Finalmente, el Estado se obligaba a prestar asistencia a los enfermos y ancianos, y protección a la maternidad y a la infancia, haciendo suya la *Declaración de Ginebra* o tabla de los derechos del niño.

Durante la Dictadura franquista, se promulgaron una serie de Leyes Fundamentales que constituyeron una especie de pseudo constitución. Así, el Fuero del Trabajo de 1938 establecía en la Declaración III.1 que la retribución del trabajo sería, como mínimo, suficiente para proporcionar al trabajador y su familia una vida moral y digna. El Fuero de los Españoles de 1945 en el artículo 22 señalaba que *El Estado reconoce y ampara a la familia como institución natural y fundamento de la sociedad,*

*con derechos y deberes anteriores y superiores a toda ley humana positiva. El matrimonio es uno e indisoluble. El Estado protege especialmente a las familias numerosas.* El artículo 23 por su parte, regulaba que *Los padres están obligados a alimentar, educar e instruir a sus hijos. El Estado suspenderá el ejercicio de la patria potestad o privará de ella a los que no la ejerzan dignamente, y transferirá la guarda y protección de los menores a quiénes la ley corresponda.* La Ley de Principios del Movimiento Nacional de 1958, en su principio V decía que *La comunidad nacional se funda en el hombre, como portador de valores eternos, y en la familia, como base de la vida social....* Por último, la Ley Orgánica del Estado de 1967 señala en su artículo 3 que un fin fundamental del Estado, es el amparo de los derechos de la persona y de la familia.

Como hemos podido comprobar en los precedentes históricos más recientes, siempre se pone al Estado como salvaguarda de la familia. Pero en ningún momento se alude a una definición concreta del término *familia*. El problema, entonces, llega vivo a la Constitución española de 1978.

El punto de partida, para el análisis del Derecho vigente podría formularse del siguiente modo: ¿Por quienes se compone una familia? ¿La orientación sexual influye a la hora de determinar si se puede crear o no una familia?

Se ha señalado por algún autor<sup>8</sup> que nuestro legislador constituyente mantiene una expresiva neutralidad conceptual y valorativa de la institución familiar. En la regulación de la materia no se parte de una definición o modalidad específica de familia, ni de un planteamiento sobre la significación de la misma en la sociedad.

En la Constitución actual, la ausencia de un concepto explícito de *matrimonio* y de *familia* en la referencia recogida

---

<sup>8</sup> GÁLVEZ MONTES, F.J. De los principios rectores de la política social y económica En GARRIDO FALLA, F. Comentarios a la Constitución. Madrid 2001, págs. 847-857.

## EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA ADOPCIÓN EN UNIONES HOMOSEXUALES CON APLICABILIDAD AL DERECHO ESPAÑOL

respectivamente, en los artículos 32 y 39, requiere que tales conceptos sean obtenidos a través de una interpretación integradora y finalista, en el que una batería de valores, principios y derechos fundamentales consagrados en la Carta Magna, y especialmente los contenidos en los artículos 1.1, 9.2, 10.1, 14, están llamados a jugar un papel trascendental.

Recordemos que nuestra Constitución promulga en su artículo primero que la igualdad y la justicia son los valores superiores de su ordenamiento jurídico. El artículo 10.1 promueve el libre desarrollo de la personalidad, y en este libre desarrollo esta comprendida la orientación sexual que cada uno decida tener. Por último el artículo 14 dice textualmente *Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*. Lógicamente, la orientación sexual es un derecho inherente a la persona. Si denegásemos la posibilidad de solicitud de adopción a un matrimonio homosexual, entraríamos ante un acto inconstitucional, ya que la igualdad que promueve el artículo 14 habría sido quebrantada por el mero hecho de tratarse de dos personas con una orientación sexual igual.

Ciertamente, el precipitado de todos los valores, principios y derechos fundamentales contenidos en los preceptos citados, ha dado como resultado inmediato una notable ampliación respecto a los conceptos y sus correspondientes modelos uniformadores del matrimonio y de la familia merecedores de tutela en el ordenamiento jurídico precedente.

La Constitución se ha convertido entonces, en el principal valedor de las reivindicaciones igualitarias de los homosexuales en una apuesta de futuro y, al tiempo, en un obstáculo insalvable para los que aún se resisten a elaborar discursos coherentes con las proclamas de libertad, igualdad, pluralismo y justicia, presupuestos de la dignidad y del derecho al libre desarrollo de la personalidad que, sin embargo, proclama nuestra Norma Suprema.

La Constitución ha impuesto la elaboración de un Derecho de Familia desvinculado del matrimonio, pero, también, de las funciones políticas que en el anterior régimen se le asignaba dentro de la controvertida fórmula de la "Democracia Orgánica". Estrada Alonso<sup>9</sup> señala que queda superada la concepción "iuspublicista" de la familia y se destaca el carácter individualista y a la vez pluralista de nuestro sistema político-familiar. Individualista porque no considera la familia como institución interpuesta entre el individuo y el Estado, sino como centro de desarrollo de la personalidad de los ciudadanos, de satisfacción de las necesidades más elementales del individuo y de la asistencia y educación de los hijos. Sólo en cuanto cumpla estos fines debe ser reconocida por el Derecho. Pluralista, porque no se impone un modelo familiar exclusivo, limitándose el ordenamiento a establecer simplemente unas pautas generales.

La exigencia establecida por el legislador ordinario de que los adoptantes fuesen una pareja heterosexual, sin distinción entre la matrimonial y la extramatrimonial, en los antiguos artículos 175 del Código civil y en la disposición adicional tercera de la Ley 21/1987 de 11 de noviembre, constituía el único armamento de carácter *jurídico*, sin reparar suficientemente en su carácter infraconstitucional y por tanto de mera legalidad, con el que se pretendía excluir del concepto de familia al núcleo constituido por personas del mismo sexo.

En consecuencia, la familia resulta protegida constitucionalmente al margen de que haya nacido de una relación matrimonial o extramatrimonial. En definitiva, según expone Serrano Moreno<sup>10</sup>, *la constitución no prejuzga en ningún momento, cuál sea el efecto jurídico de matrimonio y, por tanto y a contrario, no prejuzga cuáles sean las fuentes o las formas de constitución de la familia.*

<sup>9</sup> ESTRADA ALONSO, E. Las uniones extramatrimoniales en el derecho civil español. Madrid 1986, pág. 93 y ss.

<sup>10</sup> SERRANO MORENO, J.L. El efecto familia. Veinticuatro tesis sobre derecho constitucional de la familia. Granada 1987, pág. 68.

Admitido que la Constitución de 1978 ha configurado el matrimonio y la familia como situaciones jurídicas diferentes, las cuestiones que se plantean en relación a las personas con orientación homosexual, hay también que analizarlas dentro de cada uno de los respectivos ámbitos, tal y como han quedado constitucionalizados. En primer lugar, hay que preguntarse si el artículo 32.1 de la Constitución autoriza a contraer matrimonio a personas del mismo sexo y, en segundo lugar, si la familia que protege la Constitución incluye, también, la posibilidad de que se pueda constituir mediante una unión homosexual.

El primer problema que plantea la autorización de la adopción por parejas del mismo sexo es el de su admisibilidad al amparo de la Constitución española. Los artículos 32 y 39 del texto constitucional no establecen un modelo de familia determinado ni predominante, por lo que es necesaria una interpretación amplia de lo que deba entenderse por familia, acorde y consecuente con la realidad social actual. De la consideración global de los artículos 32, 39 y 50 de la Constitución puede llegarse a la conclusión de que el modelo inspirador ha sido precisamente el de la familia nuclear; es decir, la constituida esencialmente por los esposos e hijos menores y, sólo con carácter excepcional, por otros parientes.

Pero merece la pena detenerse un momento en algunos aspectos del artículo 39, pues nos permitirá entender mejor la constitucionalidad de la adopción en matrimonios homosexuales. El artículo 39.2 señala que los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. Y el artículo 39.4 matiza: *Los niños gozaran de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos*. Parte de la doctrina considera que el permitir la adopción por parejas del mismo sexo da preferencia al interés de los adoptantes sobre el interés del menor, lo cual implicaría también la vulneración del artículo 176.1 del Código civil, la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y el

Convenio de La Haya sobre protección del niño y la cooperación en materia de adopción internacional.

Pero nos parece excesivo señalar que la adopción por cualquier pareja del mismo sexo suponga inevitablemente un perjuicio para el menor, cuando se admite la adopción individual por uno de los miembros de esa pareja, resultando el núcleo familiar el mismo en uno y otro caso. No todos los matrimonios homosexuales serán aptos para concederle la adopción de un menor (como tampoco lo son todos los matrimonios heterosexuales). Corresponde a los poderes públicos y al juez, valorar la capacidad de los adoptantes en interés del menor. ¿Y cuales son esos intereses?. A nuestro juicio, parece que lo correcto sería que el menor sea puesto en una familia (con independencia de su sexualidad) donde sea querido, le proporcionen una buena educación, y una estabilidad económica que cubra sus necesidades hasta que alcance la mayoría de edad.

Con todo esto, creemos que, la Constitución presenta una fórmula que resulta ser lo suficientemente amplia para comprender cualquier género de transformación que pueda experimentar la familia y, en consecuencia, que la adopción homosexual encaja perfectamente en el término *familia* que establece la Constitución española.

¿Qué estructura requiere la Norma Suprema para considerar existente una familia? Nuestra Constitución ha venido a sostener en su texto definitivo el más amplio criterio sobre este punto. La familia existirá donde quiera que exista un previo vínculo conyugal o de filiación, aún cuando éste no tenga relación con el estado matrimonial o tenga su origen en un hecho ilícito. El grupo así constituido ha de estimarse como familia a todos los efectos, incluido el de la protección.

La familia no es sólo uno tejido de vidas individuales y, por consiguiente, cuando los individuos actúan como miembros de una familia, lo que viven no es su auténtica existencia individual y original, sino una especial forma de vida objetivada, es decir,

## EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA ADOPCIÓN EN UNIONES HOMOSEXUALES CON APLICABILIDAD AL DERECHO ESPAÑOL

una forma de vida colectiva. Los derechos de protección que asisten al individuo en cuanto miembro de una familia habrán de atemperarse a los intereses de los otros individuos integrantes de la colectividad, pero esto es una cuestión que vincula más al legislador que al ciudadano. El texto constitucional establece el principio de equiparación, al prevenir la igualdad de los hijos ante la ley, con independencia de su filiación y, en cuanto impone el deber de asistencia a los hijos habidos del matrimonio actual.

El matrimonio, hoy, es una relación jurídica formalmente igualitaria al que voluntariamente se adhieren dos personas. En la familia no se dan, en cambio, estos elementos, ya que la relación ni es voluntaria ni es igualitaria. No es voluntaria, por lo menos en su origen, para los que pertenecen a ella por filiación o parentesco. Tampoco es igualitaria de forma absoluta, por lo menos para los miembros dependientes mientras se encuentren en situación de minoría de edad, o superada esta, cuando hayan sido previamente declarados incapaces.

Del matrimonio *strictu sensu* no nace un grupo familiar, ya que para que esto suceda, es imprescindible que los cónyuges tengan a su cargo personas dependientes, frecuentemente descendientes; y es la existencia de éstos lo que determina la aparición de la familia, no la existencia de una pareja legalmente casada. En base a lo anterior, el matrimonio, como derecho reconocido en el artículo 32 de la Constitución, puede coexistir con otras relaciones afectivas más o menos similares a esta figura jurídica que no poseen reconocimiento legal expreso, de la misma manera que es posible aceptar la existencia de relaciones familiares no nacidas del vínculo matrimonial.

Según Pérez Cánovas<sup>11</sup>, partiendo de este mismo presupuesto de entender que la familia a la que se refiere el artículo 39.1 de la Constitución no es exclusivamente la basada en el matrimonio, un sector de la doctrina ha entendido, sin embargo, que la expresa referencia constitucional al matrimonio

---

<sup>11</sup> PÉREZ CÁNOVAS, N. Homosexualidad, homosexuales y uniones homosexuales en el derecho español. Granada 1996, pág. 152.

en el artículo 32 confiere un estatuto jurídico familiar a los casados del que, en cambio, carecen los unidos extramatrimonialmente.

La Constitución permite distinguir entre las relaciones de familia verticales de las relaciones de familia horizontales: 1. A las primeras responden las relaciones de filiación, donde ha de regir el principio de igualdad absoluta en el tratamiento jurídico de los hijos, con independencia de su condición matrimonial o extramatrimonial. 2. A las segundas responden las relaciones entre los miembros de la pareja casada, pero no necesariamente las de los no casados, porque, en esta opción cabe la posibilidad de que el Estado otorgue un diferente nivel de protección a las parejas casadas que a las no casadas. La Constitución autoriza este margen de maniobra del legislador, siempre en detrimento de las uniones extramatrimoniales, porque de ella no se deduce la imposición de un tratamiento igualitario entre una y otra.

Se insiste de forma reiterada en que actualmente existe una pluralidad de modelos o formas familiares. La familia actual ya no está fundada exclusivamente en el vínculo matrimonial, sino en otro tipo de valores y principios, tales como: en el consentimiento y la solidaridad libremente aceptados con la finalidad de llevar a efecto una plena comunidad de vida material y espiritual; en la comunidad de vida estable y duradera; en la agrupación determinada socialmente por las notas de convivencia y afectividad; en la filiación, en el matrimonio o en la unión de dos personas que convivan unidas por análoga relación de afectividad, con independencia de su orientación sexual etc....En definitiva, los nuevos modelos de familia no se fundan exclusivamente en el vínculo matrimonial, sino en la afectividad, el consentimiento y la solidaridad libremente aceptados, con la finalidad de llevar a cabo una convivencia estable, notas que también parece que determinan la esencia del consentimiento matrimonial a partir de la Ley 13/2005 de 1 de julio<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> Exposición de Motivos de la Ley 13/2005, de 1 de julio.



## EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA ADOPCIÓN EN UNIONES HOMOSEXUALES CON APLICABILIDAD AL DERECHO ESPAÑOL

Para Valladares Rascón<sup>13</sup>, el matrimonio es una institución cambiante, muy ligada a la dignidad de la persona, y al igual que un ordenamiento jurídico puede prohibir por razones racistas, que dos personas de diferente sexo y raza contraigan matrimonio, no se puede excluir que un ordenamiento llame *matrimonio* a la unión de dos personas del mismo sexo, en reconocimiento del derecho a la igualdad y a la dignidad de la persona de los homosexuales.

Las diferentes formas familiares, es decir, la familia tradicional, la familia reconstituida después de un divorcio, la familia monoparental, la familia basada en la convivencia homosexual o heterosexuales, son todas opciones morales válidas frente a las cuales el Estado aconfesional debe ser neutral. Más aún, el juicio moral del legislador sobre tales situaciones se ha modificado favorablemente, por la transformación social operada y aceptada en el concepto de familia. Pantoja García aseguró que la adopción por personas del mismo sexo *es posible, si lo quiere la sociedad*, ya que la Constitución española no lo impide. El artículo 39 de la Carta Magna, regula la protección de la familia por parte de los poderes públicos, y *no hace referencia a ningún tipo de familia predominante* y abre la puerta a un posible *cambio de la legislación civil*. Adoptar es una *decisión de paternidad responsable* que se puede plantear cualquier persona con independencia de su opción sexual. Siempre debe prevalecer es el interés del menor basado *en el cariño y la entrega que debemos" a los hijos, "algo que no es privativo ni de heterosexuales ni de homosexuales"*<sup>14</sup>. Pantoja García<sup>15</sup> señala, también, que ya existen en nuestro ordenamiento jurídico leyes autonómicas, que regulan este tipo de adopción, sobre la que también ha informado favorablemente el Parlamento Europeo en varias

---

<sup>13</sup> VALLADARES RASCÓN, E. El derecho a contraer matrimonio y la Constitución", en Aranzadí Civil 9/2005. Pamplona 2005.

<sup>14</sup> PANTOJA GARCIA, F. *La Ley*, Diario de noticias. Madrid 2004 (www.laley.net/noticias. Madrid 2004)

<sup>15</sup> *Ibidem*

recomendaciones y que está recogida en otras legislaciones de la Unión Europea, como la holandesa o la danesa.

## **2.2. B) LEY 13/ 2005, DE 1 DE JULIO.**

Desde el 1 de julio de 2005, fecha en que fue publicada en el BOE la Ley 13/2005, “*Por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio*”, se permiten en España los matrimonios entre personas del mismo sexo. El artículo 44 del Código Civil es modificado en su segundo párrafo, al señalar que *el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo*. Desde entonces, se han producido un número importante de bodas homosexuales.

El matrimonio para el Derecho civil español actual tras esta Ley, se configura como una comunidad formalmente establecida de convivencia de vida, en la que la actividad sexual marca la diferencia respecto de otros tipos de agrupaciones familiares, sin distinción entre las uniones estables heterosexuales u homosexuales.

A juicio de Lacruz Berdejo<sup>16</sup>, no existe en la reforma una ruptura institucional abierta, sino más bien una relajación de la disciplina interventora del Estado, con la agregación, a la regulación que existía en la Ley de 1981, del matrimonio homosexual, que se regirá por las normas y criterios previstos para el matrimonio heterosexual y por la reforma introducida por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. Lacruz Berdejo también opina que el legislador de la reforma acierta, puesto que no existen referencias válidas para la convivencia estable de marcado matiz sexual fuera del matrimonio más o menos tradicional, y no era cuestión de

---

<sup>16</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L. *Elementos de Derecho Civil IV, Familia*. Madrid 2005, pág. 46.

inventárselas, dado lo limitado del margen que permite la ética constitucional, que, si es tal, no puede resultar distinta de la institucional bien probada aunque siempre abierta a la evolución y al signo de los tiempos<sup>17</sup>.

En la adopción, sin embargo, las cosas son distintas. Los vínculos entre adoptante y adoptado son creación exclusiva del Derecho. Podríamos decir, gráficamente, que la relación de filiación es natural, y la de adopción *artificial*, aunque ambas puedan llegar a tener un contenido prácticamente idéntico, como ocurre en nuestro Derecho. Así pues, la sociedad puede elegir los padres que quiera para los menores que están en situación de ser adoptados.

España no ha sido el único país en conceder este tipo de adopción. Países como Holanda, Suecia, Islandia, Bélgica, Noruega, Inglaterra y Gales, Canadá y algunos Estados de EEUU, posibilitan la adopción de menores por parte de parejas homosexuales.

En opinión de Broto Alonso<sup>18</sup> no existe un derecho a adoptar, sino un derecho del menor a ser adoptado en las mejores y más idóneas condiciones. Pero, a mi juicio, lo que sí existe es un derecho a poder solicitar la adopción (tanto de manera unipersonal, como por matrimonios o parejas estables heterosexuales). Sin embargo, hasta la entrada en vigor de la Ley 13/2005, ese derecho a solicitar la adopción de un menor por parejas homosexuales no existía.

En el anterior régimen jurídico se establecía la adopción unipersonal como regla general, lo que suponía, en principio, la inexistencia de impedimento legal alguno para que pudiesen adoptar personas solteras, viudas, separadas o divorciadas.

---

<sup>17</sup> *Ibidem*

<sup>18</sup> BROTO ALONSO, E. Nueva legislación catalana sobre derecho de familia. Análisis de la ley 10/98 de uniones estables de pareja En Derecho de Familia y Libertad de Conciencia en los Países de la Unión Europea y el Derecho Comparado: actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado. San Sebastián 2000, págs. 333-360.

Incluso, se autorizaba que pudiese adoptar uno solo de los cónyuges no separados, siempre que contase con el asentimiento del otro, respecto al que no surgiría ningún vínculo adoptivo una vez constituida la adopción (artículo 177.2 del Código civil). Como excepción al carácter unipersonal de la adopción, se reconocía la adopción dual en el caso de las personas casadas. Según el artículo 175.4 del Código civil *fuera de la adopción por ambos cónyuges, nadie podía ser adoptado por más de una persona*, salvo, *una nueva adopción del adoptado*, en caso de muerte del adoptante o cuando éste sufriera la exclusión prevista en el artículo 179 del mismo cuerpo legal. Sin embargo, la adopción fue extendida a las personas heterosexuales unidas extramatrimonialmente, según la disposición adicional tercera de la Ley 21/1987 de 11 de noviembre.

Como veremos más adelante, todo procedimiento de adopción se inicia con propuesta previa de la Entidad Pública a favor del adoptante o adoptantes, y dicha Entidad tendrá que realizar una declaración de idoneidad para el ejercicio de la patria potestad. Así se desprende del artículo 176.2 del Código civil. A esto último se produce una excepción: es el caso de la adopción del hijo de la pareja estable. Aquí, no es necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública a favor del adoptante, a tenor de lo señalado en el artículo 176.2.2 del Código civil.

Con todo lo dicho, Pérez Álvarez<sup>19</sup> entiende que la ley de adopción de 1987 *ha circunscrito exclusivamente la adopción por pareja estable a los casos de adopción simultánea*. Según este autor, el fin práctico de la adopción por parte del conviviente para adoptar al hijo de su compañero, puede alcanzarse a través del artículo 178.2 del Código Civil, que establece que *subsistirán los vínculos jurídicos con la familia paterna o materna cuando sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado y el adoptante sea persona de distinto sexo al de dicho progenitor, siempre que tal efecto hubiere sido solicitado por el adoptante, el*

---

<sup>19</sup> PÉREZ ÁLVAREZ, M. A. *La Nueva Adopción*. Madrid 1989, págs. 161 y 162.

EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA ADOPCIÓN EN UNIONES  
HOMOSEXUALES CON APLICABILIDAD AL DERECHO ESPAÑOL

*adoptado mayor de doce años y el padre o madre cuyo vínculo haya de persistir.*

Pero la apertura del matrimonio a parejas homosexuales, ha propiciado también la posibilidad de la solicitud de adopción para dichos matrimonios. La adopción es uno de los puntos clave en la discusión sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo. Uno de los objetivos que se pretende conseguir con el matrimonio homosexual es que los dos miembros de la pareja puedan adoptar conjuntamente, cosa que hasta julio de 2005 no estaba autorizado en general.

En la presentación pública del Proyecto de Ley sobre matrimonios homosexuales, la Vicepresidenta Primera del Gobierno español destacó que *ya hay miles de niños que viven en España con padres homosexuales y que más de cincuenta estudios coinciden en que las diferencias de los niños que crecen en casas con padres homosexuales son inexistentes; no hay ninguna prueba que demuestre que los padres o madres homosexuales son peores o educan peor a sus hijos.*

La adopción consiste, fundamentalmente según hemos visto, en crear entre dos personas una relación jurídica de filiación, es decir, una relación semejante, desde el punto de vista jurídico y social, a la que hay entre una persona y sus hijos biológicos. Los vínculos entre padres e hijos biológicos son, simultáneamente, vínculos naturales y jurídicos: jurídicamente es padre quien lo es biológicamente. El Derecho no crea esos lazos, sino que se limita a reconocerlos: quién es padre y quién es hijo es algo que le viene al Derecho dado por la naturaleza, y el Derecho se limita a reconocerlo: no elige padres para hijos, ni hijos para padres.

En base a este régimen legal ningún inconveniente hay para que una persona de orientación homosexual pueda adoptar unipersonalmente. Pero, en el caso de que un homosexual consiguiera obtener la adopción, y en el momento de producirse su fallecimiento viviera en una relación de pareja homosexual, el sobreviviente (en cuya compañía ha podido vivir el menor mucho

tiempo) no tendría ningún derecho a continuar en ella, ya que la ley no admitía estos casos. Se recurriría entonces a la tutela como única opción.

Una de las constantes sociológicas que más se están destacando en relación con el matrimonio y la familia en la actualidad es la diversificación de las estructuras o formas familiares existentes en nuestra sociedad. Además de la familia clásica existe la familia monoparental, la familia reconstituida o reorganizada, la familia que tiene su origen en parejas heterosexuales no casadas.... Esta variada realidad tiene sus correspondientes reflejos legislativos.

Los nuevos modelos de familia no se fundan exclusivamente en el vínculo matrimonial, sino en la afectividad, el consentimiento y la solidaridad libremente aceptados, con la finalidad de llevar a cabo una convivencia estable. El fin es proteger los intereses y los derechos de los hijos salidos de estas uniones, así como los derechos de los miembros de parejas no casadas a beneficiarse de la protección social básica.

Según Montón Jiménez<sup>20</sup>, *la adopción entre homosexuales es una realidad, primero, porque los homosexuales tienen hijos, biológicos o en adopción individual; segundo, por que los niños viven en el seno de parejas homosexuales, por lo que al no estar reconocidos están siendo desprotegidos y siendo discriminados; tercero, porque son innumerables los estudios internacionales independientes que demuestran que no hay diferencias entre los niños criados por una pareja homosexual y heterosexual; y cuarto, porque lo más importante ha de ser garantizar el bienestar de los niños con independencia de la orientación sexual de la pareja.* Pongamos, por ejemplo, que un niño ha sido concebido mediante técnicas de reproducción asistida. Desde su nacimiento ha convivido con la pareja sentimental de la madre biológica que es otra mujer. Si denegásemos la adopción sucesiva

---

<sup>20</sup> MONTÓN JIMÉNEZ, C. Declaración en la Comisión del informe de la ponencia sobre matrimonio homosexual. Madrid 2004. ([www.congreso.es/](http://www.congreso.es/))

a la compañera sentimental de la madre, solamente porque constituyen una pareja homosexual, estaríamos privando a ese niño de unos derechos (como puede ser el derecho sucesorio sobre la madre adoptiva), que de haber sido una pareja heterosexual si tendría.

Con la posibilidad de contraer matrimonio a parejas homosexuales, además de eliminar una discriminación por razón sexual, se otorga a estos menores el derecho a ser reconocidos por la persona con la que han convivido en situación análoga de afectividad a la que tienen con su madre, desde su nacimiento. Además, hay que volver a recordar que dicha adopción se producirá sin la propuesta previa de la Entidad Pública, conforme al artículo 176.2.2 del Código civil.

## **2.2. C) EL PROBLEMA DEL ARTÍCULO 176. 1 DEL CÓDIGO CIVIL.**

Pasemos a continuación a referirnos a la especial relevancia que en este tema toma el artículo 176.1 del Código Civil, al señalar 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.* Este requisito de la idoneidad tiene por finalidad garantizar que la adopción sea beneficiosa para el menor, y que la familia en la que va a ser recibido reúna las condiciones necesarias para proporcionarle el entorno que necesita.

Un sector de nuestra doctrina señala que la adopción a una pareja homosexual desvirtúa el interés superior del adoptado, pues dicha pareja no sería la idónea para que el niño se desarrolle en un ambiente de estabilidad. Así, el Profesor Lasarte<sup>21</sup> señala que la adopción debería promoverse sobre todo cuando los adoptantes constituyeran ya una pareja estable, de hombre y mujer, que garantizara al adoptado el complemento vital que para

---

<sup>21</sup> LASARTE ÁLVAREZ, C. *Principios de Derecho Civil. Derecho de Familia.* Barcelona 2005, pág. 362 y ss.

todo niño representan la visión paterna y la materna, dada la diferenciación psicológica existente entre hombre y mujer. Pues, si el desarrollo de la adopción se ha asentado históricamente en el principio de que la adopción imita a la naturaleza, se comprende mal que haya de privarse a quienes necesitan o a quienes les conviene generar la filiación adoptiva, el referente del padre o de la madre.

Sobre la idoneidad o no de adoptantes homosexuales, existe un precedente que podríamos extrapolarlo a nuestro estudio. Me refiero al Auto 14-06-1999 de la Audiencia Provincial de Sevilla<sup>22</sup>. En dicho auto se resuelve dar la tutela de una niña de 11 años huérfana a los abuelos maternos. La madre biológica de la niña, había fallecido cuando ésta era muy pequeña. Desde entonces, el padre había convivido con un transexual que había cumplido con la niña el rol de madre. El padre, en el momento de su fallecimiento, dejó establecido en su testamento, que la persona que había convivido con él hasta su muerte, ejerciera a partir de entonces la tutela sobre la hija. Los abuelos de la niña recurrieron el testamento, por considerar que no era la persona idónea para ejercer dicha tutela. Aunque los informes psicológicos se mostraban a favor de dar la tutela a la persona designada por el padre, el Tribunal de Primera Instancia concedió la tutela de la menor a los abuelos maternos, al considerar que la menor podía percibir su realidad social, en referencia a su realidad familiar, como algo anómalo. La Audiencia Provincial de Sevilla revocó la decisión del Tribunal evitando catalogar tanto positiva como negativamente la condición sexual de la persona transexual, utilizando un concepto de familia que valora la realidad social del momento en que vivimos. Como el propio Tribunal de Primera Instancia reconoce, la orientación sexual no

---

<sup>22</sup> Verlo en CELADOR ANGÓN, O. "Principio de igualdad y transexualidad: la tutela de menores", en *Derecho de Familia y Libertad de Conciencia en los Países de la Unión Europea y el Derecho Comparado: actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado*. San Sebastián 2000, págs. 395-409.



tiene porque influir psicológicamente en el desarrollo del menor. Este nuevo concepto de familia, puede conllevar la desaparición del binomio hombre-mujer, por lo que no hay razón para impedir la adopción a parejas homosexuales.

Torme Pardo<sup>23</sup> señala que no se tiene la certeza de que la adopción de menores por parejas homosexuales no pueda generar problemas psicológicos, causados por la diferencia que los menores podrían encontrar entre el modelo de familia homosexual que ellos pudieran tener y el modelo de familia heterosexual generalizado en la sociedad. Si esto fuese cierto, estaría claro que en interés del menor, que es el que prima en este caso, no tendría que concederse el permiso de adopción a parejas homosexuales. Pero, como ya he señalado anteriormente, en nuestra legislación esta permitida la adopción unipersonal sin distinción de la tendencia sexual que tenga el solicitante. ¿En que difiere que pueda adoptar una persona homosexual o una pareja homosexual?

La Constitución en su artículo 10 reconoce el libre desarrollo de de la personalidad como fundamento del orden político y de la paz social. Esta claro, que las tendencias sexuales del individuo pertenecen al libre desarrollo de su personalidad. Sí denegásemos la adopción conjunta de un menor, solo por el mero hecho de la condición homosexual del matrimonio, estaríamos incurriendo en una vulneración constitucional. Atentaría directamente contra el artículo 14 de la Carta Magna, ya que se produce una discriminación por una circunstancia personal como es la homosexualidad. Atentaría, también, contra el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que indica que *se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por motivos de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo,*

---

<sup>23</sup> TORME PARDO, A. Declaración en la Comisión del informe de la Ponencia sobre matrimonio homosexual. [www.congreso.es](http://www.congreso.es) Madrid 2004.

*pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.*

Por el contrario, Palacios González<sup>24</sup> señala que lo esencial en la adopción no radica en las creencias religiosas, en las preferencias sexuales o en la forma organizativa familiar, sino en la capacidad para hacer frente a las necesidades de quienes son adoptados. Nadie se escandalizaría, por ejemplo, si una niña es adoptada por una mujer soltera que convive con su hermana viuda. Pero los prejuicios existentes sobre la homosexualidad (habitualmente no confirmados por los datos de investigación) convierten en escándalo esa misma posibilidad.

Una amplia investigación realizada en los Estados Unidos por el Profesor Charlotte J. Patterson<sup>25</sup> asegura que no existen evidentes dificultades entre los hijos de madres lesbianas a la hora de relacionarse con el resto de los niños. Estos hijos se relacionan tanto con homosexuales como con heterosexuales. Sus gustos y comportamiento no difieren de los de los niños con padres heterosexuales. Su orientación sexual suele tender hacia la heterosexualidad.

Un dato significativo es el que demuestra que los hijos que conocen en su infancia la homosexualidad de sus padres, presentan mayor autoestima que los que la conocen en la adolescencia. Hay que señalar, no obstante, que este estudio se realizó sobre hijos de madres lesbianas. En cuanto a padres homosexuales, no existen datos ni a favor ni en contra.

A nuestro juicio, el derecho fundamental no es el de los adultos a adoptar, sino el de los niños que lo necesitan, a ser adoptados. Muchos de estos niños podrían ser muy felices viviendo en familias que respondieran a sus necesidades de forma estable, sensible, estimulante y cariñosa. La investigación ha demostrado ampliamente que lo que hace feliz a un niño no es, ni

---

<sup>24</sup> PALACIOS GONZÁLEZ, J. (Catedrático de psicología evolutiva y de la educación). Entrevista publicada en el diario *El País*, pág. 32. Sevilla 2005.

<sup>25</sup> PATTERSON, C.J. *Lesbian and Gay Parenting* ([www.apa.org/pi/parent.html](http://www.apa.org/pi/parent.html))

el número de adultos que viven en el hogar, ni su orientación sexual, sino su capacidad para responder adecuadamente a sus necesidades. Y ha demostrado, también sobradamente, que un buen hogar es un contexto de desarrollo mucho más positivo que una residencia infantil.

No todas las personas o las parejas homosexuales serán buenos candidatos para la adopción, como por lo demás, ocurre entre las heterosexuales. Lo que cualifica o deja de cualificar tiene que ver con actitudes, con capacidades educativas, con sensibilidad, con salud mental, con estabilidad emocional y, en el caso de parejas, con buenas relaciones entre los adultos. El reto para los profesionales de la adopción es decidir qué personas o parejas muestran esas cualidades, siendo consideradas idóneas para adoptar, y cuáles no.

Creer en una familia con padres o madres homosexuales no es lo mismo que crecer en una con padres heterosexuales, como crecer en una familia monoparental no es lo mismo que hacerlo en una biparental. Sabemos que los niños pueden crecer normal y felizmente en todas ellas. La valoración profesional será determinante para decidir cuáles reúnen el perfil educativo adecuado y cuáles no. Y serán muchos los niños y las niñas que podrán tener el enorme beneficio de desarrollarse en una buena familia, sea cual sea la orientación sexual de los adultos que la encabezan.

El 3 de marzo de 2006, el Ministerio de Justicia remitió una orden a todos los registros civiles del país para que los términos «padre» y «madre» desapareciesen del modelo oficial de la inscripción de nacimiento. Se tiene que sustituir por las expresiones «progenitor A» (padre) y «progenitor B» (madre). Con esta sustitución de palabras se produce la *imprescindible adaptación terminológica* derivada de la ley que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo. Así, la orden publicada en el BOE, con fecha de 4 marzo de 2006, señala en su artículo 4 que «La expresión «padre» se sustituirá por la de «progenitor A» y la expresión «madre» por la de «progenitor

B»». Además de progenitor A y B, los funcionarios de los registros civiles tendrán *opciones alternativas, permitiendo conservar en sus bases de datos los términos de marido y mujer o los de padre y madre* para matrimonios o progenitores de sexo diferente. Hay que recordar también que los padres pueden elegir qué apellido va primero, pero si no lo hacen se consigna como primer apellido el del padre y el segundo el de la madre. Los matrimonios homosexuales también pueden elegir.

Los cambios también afectarán a otros modelos oficiales de inscripciones y certificados que expiden los registros civiles, como al de la inscripción de matrimonio. En ese caso, el BOE dice que *se añade una línea que precede a los datos de cada uno de los cónyuges con la expresión literal «cónyuge A» para el primero de los inscritos y «cónyuge B» para el segundo.*

## **2.2. D) PROCEDIMIENTO DE LA ADOPCIÓN: ESPECIAL REFERENCIA DE LAS CIRCUNSTANCIAS PERSONALES DEL ADOPTANTE A TENOR DEL ARTÍCULO 1829.1 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL DE 1881.**

Comenzaremos por señalar cuales son los requisitos mínimos que la ley establece para que pueda llevarse a cabo una adopción, con independencia de que ésta sea unipersonal o no.

Las leyes de 1987 y 1996<sup>26</sup> han omitido toda referencia expresa al requisito de capacidad para adoptar que hasta entonces contemplaba el Código civil: *hallarse en el ejercicio de todos sus derechos civiles*. Esta omisión no significa que no se requiera la plena capacidad de obrar para ser adoptante, ya que no se puede constituir la adopción sin el consentimiento válido de éste. Por ello, para ser adoptante se requiere tener capacidad de obrar suficiente para consentir válidamente por sí mismo la adopción.

---

<sup>26</sup> Ley 21/1987 de 11 de noviembre y Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero.

El artículo 175.1 del Código civil exige que el adoptante sea mayor de 25 años, salvo que se trate de una adopción conjunta por ambos cónyuges, en cuyo caso, basta con que sólo uno de ellos haya alcanzado dicha edad. En cambio no existe una edad máxima para adoptar.

Sin embargo, como ha señalado Gutiérrez Santiago<sup>27</sup>, es bastante frecuente en la normativa autonómica tomar en consideración cuál es la edad a la hora de fijar los criterios de la valoración de la idoneidad de los adoptantes. Así, el artículo 15 del Reglamento de Expedientes Administrativos de la Adopción de Castilla y León, de 20 de septiembre de 1990, señala que se tendrá en cuenta la diferencia de edad entre adoptantes y adoptado, que no será superior a cuarenta años. Por su parte, el último inciso del artículo 175.1 del Código Civil establece, además, que la diferencia de edad mínima entre el adoptante y el adoptando para que se permita la adopción será de catorce años. En la adopción conjunta parece que es voluntad del legislador que ambos cónyuges o la pareja de hecho reúnan tal diferencia de edad con el adoptando. Nuestro Derecho civil no contempla tampoco una diferencia de edad máxima entre adoptante y adoptando.

El Código civil establece también, las prohibiciones para la adopción en el artículo 175.3. A tenor de dicho artículo, no se podrá adoptar a: 1. A un descendiente. Esta prohibición no afectará a los parientes en línea recta por afinidad. 2. A un pariente en segundo grado de la línea colateral por consanguinidad o afinidad. 3. A un pupilo por su tutor hasta que haya sido aprobada definitivamente la cuenta general justificada de la tutela. Se trata de una prohibición ya tradicional en nuestro derecho, cuya razón se encuentra en evitar que el tutor pueda, mediante la adopción de su pupilo, eludir las responsabilidades dimanantes de una mala o infiel administración de los bienes de aquel.

---

<sup>27</sup> GUTIÉRREZ SANTIAGO, P. Constitución de la Adopción: Declaraciones Relevantes. Navarra 2000, pág. 47.

Queremos hacer hincapié en que en estos tres apartados del artículo 175.3 del Código civil nunca se ha señalado como imposibilidad para constituir la adopción, la orientación sexual de los adoptantes, y que solamente el 175.4 del Código Civil impedía la adopción conjunta para parejas homosexuales, al señalar que *la adopción de un menor por más de una person, sólo será posible cuando los adoptantes sean el marido y la mujer*. La sustitución de los términos “marido” y “mujer” por la palabra cónyuge que establece el punto siete y ocho de la ley 13/2005 de 1 de julio, hace desaparecer el problema. Es precisamente la adopción conjunta por ambos cónyuges la fórmula más común y habitual de adoptar según reflejan los datos estadísticos<sup>28</sup>.

A los sujetos que pueden ser adoptados se refiere el artículo 175.2 del Código civil. Con carácter general podrán serlo los menores no emancipados. En relación con esta norma, se ha planteado si es admisible la adopción de un *nasciturus*. La respuesta tiene sentido negativo, ya que se exige el transcurso de treinta días desde el parto para que la madre pueda prestar su asentimiento a la adopción. También puede ser adoptado un mayor de edad o un menor emancipado cuando, inmediatamente antes de la emancipación, ha existido una situación no interrumpida de acogimiento o convivencia iniciada antes de que el adoptando hubiere cumplido los catorce años. No se establece, tampoco, un límite de edad máximo para ser adoptado.

Sentados estos presupuestos, nos referiremos, a continuación, al procedimiento de adopción propiamente dicho, así como al procedimiento de selección de los adoptantes.

#### **a) PROCESO DE SELECCIÓN DE ADOPTANTES.**

A pesar del carácter judicial que tiene la constitución de la adopción, con carácter previo existe una fase en la que no intervienen los órganos jurisdiccionales y que consiste en la

---

<sup>28</sup> *Ibidem*, pág. 50.

## EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA ADOPCIÓN EN UNIONES HOMOSEXUALES CON APLICABILIDAD AL DERECHO ESPAÑOL

selección del adoptando y el adoptante o adoptantes, declarando su idoneidad para la adopción. Esta selección no será necesaria cuando el adoptando ha estado bajo la guarda de hecho o tutela del adoptante o cuando sea hijo del cónyuge del adoptante. La idoneidad de los adoptantes, ya fue tratada con anterioridad en otros capítulos, con lo cual, me remito a lo dicho anteriormente.

Por lo que se refiere a la selección del adoptante o adoptantes, ésta se regula por normas autonómicas y corresponde realizarla a la Entidad Pública que tengan encomendada la protección de menores en el territorio correspondiente y que luego será la que formule la propuesta de adopción. La disposición adicional primera de la Ley 21/1987, permite que las Comunidades Autónomas habiliten, también, en su respectivo territorio, a determinadas entidades privadas como instituciones colaboradoras de integración familiar, que podrán participar en la selección de los adoptantes.

Para poder participar en este proceso selectivo, las personas que deseen adoptar a un menor que esté bajo la tutela de la Entidad Pública deberán dirigir una solicitud a la misma, en cada Comunidad Autónoma. La Entidad deberá seleccionar a aquella persona o pareja que estime más idónea para la adopción de cada menor, atendiendo siempre al interés de éste. El procedimiento y los criterios de selección de los adoptantes se regularan por la normativa propia de la Comunidad Autónoma de que se trate. Con carácter general se pueden decir que se deberá valorar, primeramente, la idoneidad para la adopción de los solicitantes y, en una segunda fase, seleccionar de entre todos los solicitantes considerados idóneos, aquel que se estime más adecuado atendiendo a las circunstancias de cada menor. Una vez concluido todo este proceso, la Entidad Pública deberá formular la propuesta de adopción, en la cual, además de hacer constar las condiciones personales, familiares y sociales del adoptante o adoptantes seleccionados, deberá detallar *las razones que justifiquen la exclusión de otros interesados*<sup>29</sup>.

<sup>29</sup> Artículo 1829. a) de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 3 de febrero de 1881.

## **b) PROCESO DE ADOPCIÓN PROPIAMENTE DICHO.**

Según el artículo 176.1 del Código civil, *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 procedimiento que puede concluir con esta resolución judicial de constitución de la adopción es un procedimiento de jurisdicción voluntaria y naturaleza constitutiva regulado en los artículos 1829 a 1832 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) de 1881.

Ante la polémica sobre si la adopción reviste un carácter negocial o es un acto de naturaleza procesal, Gutiérrez Santiago<sup>30</sup> se inclina por el carácter constitutivo de la resolución judicial. Según el artículo 1829.1 de la LEC de 1881, las condiciones personales, familiares y sociales y medios de vida del adoptante o adoptantes seleccionados y sus relaciones con el adoptando tienen que expresarse. Así mismo, tienen que detallarse las razones que justifiquen la exclusión de otros interesados. ¿La homosexualidad del matrimonio justifica la exclusión, como único argumento, para poder adoptar? Como hemos señalado anteriormente, a nuestro juicio no es así.

Por lo demás, la ley impone un deber de reserva en todas las actuaciones de este procedimiento, evitando en particular que la familia de origen tenga conocimiento de cual sea la adoptiva. A este respecto, el artículo 1832.2 de la LEC de 1881, establece que durante la sustanciación de este procedimiento, el juez adoptara las medidas de protección oportunas sobre la persona y bienes de adoptando menor o incapaz. También, el artículo 22.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuye la jurisdicción a los juzgados y tribunales españoles para la constitución de la adopción cuando el adoptante o el adoptando se español o resida habitualmente en España. Corresponderá a los juzgados de primera instancia, o en su caso a los juzgados de familia. En lo que respecta a la competencia territorial, se atribuye al juez del

---

<sup>30</sup> GUTIÉRREZ SANTIAGO, P. *Constitución...*, ob. cit., pág. 99.



domicilio de la Entidad Pública y, en su defecto, al del domicilio del adoptante.

Para iniciar el expediente de adopción es necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública a la que esté encomendada la protección de menores en el respectivo territorio. Esta propuesta hace las veces de escrito iniciador del procedimiento de jurisdicción voluntaria. No será necesaria, y podrá ser sustituida por una solicitud del adoptante, cuando en el adoptando concurra algunas de las circunstancias especiales del artículo 176.2 del Código Civil. 1. Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad. 2. Ser hijo del consorte adoptante 3. Llevar más de un año acogido legalmente bajo la medida de un acogimiento preadoptivo o haber estado bajo su tutela por el mismo tiempo. 4. Ser mayor de edad o menor emancipado.

Nos parece significativo el segundo supuesto, ya que, a nuestro juicio, va a ser el caso en que más adopciones se van a dar a matrimonios homosexuales (y muy especialmente a matrimonios de mujeres lesbianas). Cualquiera de los cónyuges puede haber tenido un hijo de una relación anterior, o en el caso de una mujer, por inseminación artificial. Ese menor puede haber convivido con ambos miembros del matrimonio desde su nacimiento. Es justo que esta situación se legalice y que el cónyuge sea reconocido como padre/madre adoptivo del menor.

La solicitud de adopción irá acompañada de los informes de la entidad colaboradora y otros informes que se estimen oportunos. Si la propuesta o la solicitud reúne los requisitos indicados, el juez la admitirá a trámite, dictando una resolución motivada que ha de revestir la forma de Auto. Esta resolución es muy importante porque en ella ha de determinarse si los padres del adoptando han de ser citados para prestar el asentimiento o simplemente para ser oídos.

Para la válida constitución de la adopción, el artículo 177 del Código Civil exige que se presenten unos consentimientos y asentimientos, así como la práctica de determinadas audiencias.

Han de presentar su consentimiento para la adopción el adoptante o adoptantes y el adoptado mayor de doce años. Estos consentimientos son imprescindibles para la constitución de la adopción, y tanto la doctrina como la jurisprudencia les atribuye el carácter de presupuesto procesal esencial del acto judicial constitutivo de la adopción, aunque teniendo siempre presente que el efecto constitutivo de la adopción lo produce solo la resolución judicial que pone fin al expediente. Según Gil Martínez<sup>31</sup> *la ampliación del arbitrio judicial en materia de adopción no tiene otra finalidad que el juez adquiera el convencimiento de la conveniencia de la adopción y a este fin debe orientar toda su actividad y los medios que la nueva regulación le concede, procurando recabar informes y declaraciones de cuantos puedan aportarle elementos de juicio para dictar la resolución más beneficiosa para el interés del adoptado.*

En cuanto al adoptante, debe tener la capacidad de obrar suficiente para consentir válidamente la adopción. Además, si son dos los adoptantes, este requisito de capacidad se exige a ambos, ya que los dos deben consentir la adopción. El adoptado deberá prestar el consentimiento cuando sea mayor de doce años, y su consentimiento también es un elemento esencial para la adopción.

En cuanto a la forma de prestación del consentimiento, ha de prestarse personalmente ante el juez. La presentación de los consentimientos no puede quedar sujeta a condición, término o modo, una vez emitido el consentimiento es irrevocable, pero, si antes de que se dicte el auto constitutivo de la adopción, al juez le consta una posterior manifestación de la voluntad del adoptante o del adoptando contraria a la adopción, deberá tener en cuenta esta circunstancia a la hora de valorar la conveniencia y el carácter beneficioso de dicha opción para el menor.

La necesidad de que determinadas personas presten su asentimiento a la adopción ha sido introducida en el Código civil

---

<sup>31</sup> GIL MARTÍNEZ, A. *La reforma de la adopción*. Madrid 1988, págs. 43-44.

por la Ley 21/1987 ya que, hasta entonces, no existía esta distinción entre consentimiento y asentimiento, ante el temor a utilizar un término que no contaba en nuestro Derecho con una acepción legal. El asentimiento puede ser definido como el acto procesal mediante el cual una persona (cónyuge del adoptante o padres del adoptando) expresa su voluntad de permitir o admite convenientemente la integración de la otra (adoptando) en la vida familiar de una tercera persona (adoptante). Tanto la doctrina como la jurisprudencia lo conciben como un presupuesto procesal (requisito esencial) o *condictio iuris* de la adopción<sup>32</sup>. Sin embargo, el artículo 177.21<sup>a</sup> del Código civil sólo exige el asentimiento del cónyuge y no de la pareja de hecho de adoptante. No obstante, si el asentimiento se exige en aras de la integración familiar del adoptado y por las consecuencias personales y patrimoniales que la adopción conlleva para la persona que convive con el adoptante, parece lógico entender que habrán de asentir a la adopción tanto el cónyuge como la persona unida *more uxorio* con el adoptante. También deberán prestar su asentimiento a la adopción, los padres del adoptando no emancipado.

Además de los consentimientos y asentimientos, el artículo 177.3 del Código civil exige que otras personas sean llamadas al expediente para ser oídas y expresen lo que estimen oportuno sobre la adopción que se pretende constituir. Estas audiencias son preceptivas y necesarias, de modo que su omisión, salvo en los casos en que la ley permite prescindir de ellas, determina la nulidad de las actuaciones. Pero las manifestaciones que en ellas se hacen, sean a favor o en contra de la adopción, no son vinculantes para el juez, ya que tienen una finalidad meramente instructiva.

Según el artículo 177.3 del Código civil, los interesados que deberán ser simplemente oídos ante el juez son: 1. Los padres que no hayan sido privados de la patria potestad, cuando su

---

<sup>32</sup> GONZÁLEZ PILLADO, E. y GRANDE SEARA, P. *Aspectos procesales civiles de la protección del menor*. Valencia 2004, págs. 146-147.

asentimiento no sea necesario para la adopción. 2. El tutor y, en su caso, el guardador o guardadores. 3. El adoptando menor de doce años, si tuviere suficiente juicio. 4. La Entidad Pública, a fin de apreciar la idoneidad del adoptante, cuando el adoptando lleve más de un año acogido legalmente por aquél.

Si los padres han sido privados de la patria potestad, no se requiere su asentimiento ni su audiencia para constituir la adopción.

Un aspecto de tanta trascendencia como es la determinación de si se exige asentimiento o simplemente audiencia de los padres, se hace depender de que las expresiones *estar incurso en causa legal de privación de la patria potestad* o *se encuentren imposibilitados* para prestar el asentimiento sean interpretadas extensiva o restrictivamente. Para decidir definitivamente estas controversias se ha previsto el proceso especial del artículo 781 de la LEC de 2000, al señalarse que *los padres que pretendan que se reconozca la necesidad de su asentimiento para la adopción, podrán comparecer ante el tribunal que esté conociendo del correspondiente expediente y manifestarlo así. El tribunal, con suspensión del expediente, señalará el plazo que prudencialmente estime necesario para la presentación de la demanda, que no podrá ser inferior a veinte días ni exceder de cuarenta*. El procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción se tramitará con arreglo a lo previsto en el artículo 753 de la LEC de 2000 y se seguirán los cauces del juicio verbal. Carecen de legitimación activa los padres que están privados de la patria potestad por sentencia firme, aunque se empeñen en que es necesario su asentimiento para constituir la adopción, ya que éstos ni siquiera serán citados para audiencia. Los sujetos legitimados pasivamente serán la Entidad Pública o el propio adoptante.

Una vez que el Juez competente reciba la propuesta de la Entidad o la solicitud del adoptante y la documentación oportuna, la admitirá a trámite. Dictará, entonces, una resolución motivada que ha de revestir la forma de Auto.

## EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA ADOPCIÓN EN UNIONES HOMOSEXUALES CON APLICABILIDAD AL DERECHO ESPAÑOL

El artículo 179 del Código civil contempla la posibilidad de que, por decisión judicial, el adoptante sea excluido de las funciones tuitivas y de los derechos que por ley le correspondan respecto del adoptado o sus descendientes, o en sus herencias, cuando haya incurrido en causa de privación de la patria potestad. Esta decisión sólo puede ser tomada tras la sustanciación de un proceso de naturaleza contenciosa y cuyo objeto será decidir si concurre o no en las causas para dicha exclusión.

Si el adoptado es menor de edad, la legitimación se atribuye al Ministerio Fiscal, al propio adoptado o a su representante legal. La referencia al representante legal se debe entender como apelación de legitimación al otro adoptante, consorte o progenitor. Una vez que el adoptado haya alcanzado la plena capacidad, la legitimación para incoar este proceso le corresponde a él en exclusiva. La legitimación pasiva la ostenta el adoptante o adoptantes, cuya exclusión de las funciones tuitivas o de los derechos se pretende.

Una vez formalizada la demanda, el órgano jurisdiccional, examinará de oficio su jurisdicción y competencia. Posteriormente dictará un auto admitiendo la demanda y dará traslado de ella al demandado y al Ministerio Fiscal para que la contesten. Si no se logra un acuerdo, la audiencia continuará adelante con el examen y la subsanación de las cuestiones procesales que puedan ostentar a la prosecución del proceso hasta llegar a una sentencia de fondo. Las pruebas propuestas por las partes y que han sido admitidas en la audiencia previa se practicarán en la fase de juicio. La carga de la prueba le corresponde al actor y se dirigirá básicamente a convencer al Juez que el adoptante está incurso en causa de privación de la patria potestad. La sentencia decidirá si accede o no a la exclusión pretendida, pudiéndose interponer recurso de apelación.

Es también obligado salvaguardar los derechos de los padres del adoptado que, sin culpa, no han intervenido en el procedimiento de constitución de la adopción. El legislador les concede la posibilidad de instar y conseguir la extinción de tal

adopción, siempre que se cumplan determinados requisitos previstos en el artículo 180.2 del Código civil. La extinción de la adopción puede acordarla el Juez *a petición del padre o de la madre*. No están legitimados en ningún caso el adoptante, ni el adoptado, ni los ascendientes por naturaleza o cualquier otro pariente del adoptado, ni el Ministerio Fiscal. La demanda con la que se inicia este proceso se deberá interponer ante el Juzgado de Primera Instancia del domicilio del adoptante. En ella se deberá hacer constar que se ejercita la acción de extinción según el artículo 180.2 del Código civil; las causas por las que el demandante no pudo intervenir en el expediente de la constitución de la adopción y el tipo de intervención que le correspondía; así como las razones por las que se estima que la extinción solicitada no perjudicará gravemente al adoptado. Y en el suplico se podrá pedir la reintegración del adoptado a la familia del demandante, si antes estaba bajo la guarda de la Entidad Pública. Si el órgano jurisdiccional admite la demanda, se dará traslado de ella al demandado y al Ministerio Fiscal para que la contesten<sup>33</sup>. El Tribunal convocará a las partes a una audiencia previa, y en la que la actividad probatoria del demandante se dirigirá a convencer al juez de los hechos y circunstancias alegados en la demanda, especialmente, de que su incomparecencia en el expediente de adopción no fue por su culpa. Posteriormente, el juez dictará sentencia cabiendo recurso de apelación.

A grandes pinceladas, estas son las ideas generales en lo que concierne al procedimiento de adopción. Como hemos podido comprobar, la LEC en ningún momento muestra impedimento alguno para que una pareja homosexual pueda proceder a la solicitud de adopción de un menor. Únicamente, en su artículo 1829.1 nos habla de tener en cuenta las condiciones personales del adoptante, pero sin especificar cuales son dichas condiciones. Desde nuestro punto de vista, la homosexualidad del

---

<sup>33</sup> Artículos 779 y ss de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero.

matrimonio no es una condición que por sí sola pueda producir la exclusión a la hora de concederse la adopción de un menor. El impedimento para la adopción venía dado en el Código civil, al permitirse solamente como matrimonio el comprendido entre un hombre y una mujer. Con la ley 13/2005 de 1 de julio, este impedimento desaparece.

### **2.3. DERECHOS SURGIDOS A PARTIR DE LA ADOPCIÓN HOMOSEXUAL.**

Abordaremos ahora, el tema de los derechos surgidos a partir del momento en que se produce una adopción en un matrimonio homosexual en materias como el derecho civil, el derecho del trabajo o el derecho tributario. Al igual que ocurrió en el capítulo anterior, estos efectos producidos son equivalentes a los producidos por la adopción concedida a un matrimonio heterosexual. Lo único que cambian son los sujetos activos y pasivos sobre los que recaen dichos derechos nacidos a partir de la concesión de la adopción.

#### **2.3. A) DERECHOS EN MATERIA CIVIL.**

El Código civil señala en su artículo 108 que la filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción, y que la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos. Hemos querido comentar esto de antemano, porque va a ser la base de todo lo que se va a decir a continuación.

Pensemos en el siguiente caso: una mujer tiene un hijo nacido de una inseminación artificial. En la actualidad, se ha casado con otra mujer que tiene un hijo nacido también de otra inseminación artificial. Los dos menores conviven con ellas y han sido criados como si fuesen hermanos. Gracias a la ley 13/2005 de 1 de julio, podrán adoptar al hijo biológico de la otra parte. De esa adopción, surtirán unos efectos de prestación de alimentos,

sustento, habitación, vestido y asistencia médica. El artículo 142.2 del Código civil señala que los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad. Ambas mujeres se verán obligadas a llevarlas a cabo (la una con respecto al hijo de la otra y al suyo propio), produciéndose entre los menores una verdadera igualdad jurídica.

Pasemos al derecho de sucesiones. El derecho sucesorio se puede definir como el conjunto de normas jurídicas que dentro del Derecho privado regulan el destino del patrimonio de un sujeto tras su muerte. La sucesión tiene lugar según haya dispuesto el difunto en su testamento o en contrato (sucesión testada). A falta de testamento, la ley llama a suceder a ciertos parientes. Esta sucesión tiene lugar a falta de disposición del causante y se rige por las disposiciones legales, por lo que también se llama *sucesión legítima*. Los hijos, ya sean naturales o adoptivos, son llamados los primeros a la hora de suceder. Volviendo al caso concreto al que me refería hace unos instantes, con la posibilidad de adopción conjunta de un matrimonio homosexual, permitimos que esos dos menores que han sido criados de igual manera y han recibido el mismo cariño por ambas madres, tengan derecho a concurrir a la herencia de la contraria, como si fuese su verdadera madre. Aunque no se hubiese concedido la adopción por matrimonio homosexual, nadie hubiese podido impedir que esos menores viviesen y fuesen criados por ambas mujeres a la vez. Lo único que estaríamos haciendo, entonces, es privar al menor del derecho a suceder a la conviviente de la madre biológica.

Hemos cogido el ejemplo de dos mujeres con dos hijos biológicos, pero este caso es extensible. Podría darse el caso en que solamente una de las mujeres tuviese un hijo. De no concederse la adopción conjunta, ¿Quién sucedería con los bienes de la compañera sentimental de la madre? Puede que el sucesor fuese hasta el Estado (de no tener familia y no haber hecho testamento). ¿Sería justo esto, cuando esa mujer crió al menor como si fuese su propio hijo?. A nuestro juicio, no solo se



concede el derecho a adoptar al matrimonio homosexual, sino que se ha de conceder el derecho al menor de concurrir a la herencia de la persona con la que ha convivido como si fuese su propia madre. No hay que decir, que en el matrimonio gay puede pasar lo mismo: que ambos miembros de la pareja tengan hijos fruto de relaciones anteriores, que solo uno tenga hijos, o incluso que individualmente tengan hijos adoptados.

### **2.3. B) DERECHOS EN MATERIA LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL.**

El artículo 48 del Estatuto de los Trabajadores (ET) señala que la suspensión con reserva de puesto de trabajo en caso de parto será de una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas ampliables por parto múltiple hasta dieciocho semanas. El período de suspensión se distribuirá a opción de la interesada, siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto, pudiendo hacer uso de éstas el padre para el cuidado del hijo en caso de fallecimiento de la madre.

Con la aplicación de la ley 13/2005 este derecho de cuidado al hijo, también es extensible a la mujer (cónyuge de la madre biológica) y que solicite la adopción del menor recién nacido. Por su parte, el apartado 5 del artículo 37 del ET señala que, quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de seis años, tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un tercio y un máximo de la mitad de la duración de aquélla. Este derecho puede ser disfrutado indistintamente por cualquiera de los progenitores<sup>34</sup>. Denegando la adopción conjunta al matrimonio homosexual, denegamos también dicho privilegio, recayendo solamente en un miembro de la pareja. Volveríamos a un caso de discriminación, contrario al artículo 14 de nuestra carta magna.

---

<sup>34</sup> Información obtenida de la Web: <http://www.ugt.es/normativa/vacaciones.htm>

El apartado 3 del artículo 46 del ET señala, así mismo, que los trabajadores tendrán derecho a un período de excedencia de duración no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza, como por adopción, o en los supuestos de acogimiento, tanto permanente como preadoptivo, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa. Esto se enmarca dentro de la modalidad contributiva de las prestaciones familiares. Durante el primer año de la excedencia se tiene derecho a la reserva del puesto de trabajo y si se incorpora después, a incorporarse a un puesto de similares características. Durante la excedencia se deja de cotizar. Por la Ley 53/2003, en el primer año se cotiza a efectos de incapacidad, jubilación, muerte y supervivencia, y maternidad. Puede ser disfrutado indistintamente por cualquiera de los progenitores, con lo que nos encontraríamos ante el mismo caso que en el supuesto anterior.

Finalmente, el apartado 4 del artículo 48 del ET dice que, sin perjuicio de las seis semanas inmediatas posteriores al parto de descanso obligatorio para la madre, en el caso de que el padre y la madre trabajen, ésta, al iniciarse el período de descanso por maternidad, podrá optar por que el padre disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del período de descanso posterior al parto, bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre. En los supuestos de adopción y acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, de menores de hasta seis años, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliable en el supuesto de adopción o acogimiento múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo, contadas a la elección del trabajador, bien a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, bien a partir de la resolución judicial por la que se constituye la adopción.

La duración de la suspensión será, así mismo, de dieciséis semanas en los supuestos de adopción o acogimiento de menores mayores de seis años de edad, cuando se trate de menores discapacitados o minusválidos o que, por sus circunstancias y

## EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA ADOPCIÓN EN UNIONES HOMOSEXUALES CON APLICABILIDAD AL DERECHO ESPAÑOL

experiencias personales o, por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes. En caso de que la madre y el padre trabajen, el período de suspensión se distribuirá a opción de los interesados. Estamos de nuevo en el mismo supuesto.

La Ley General de la Seguridad Social reconoce igualmente las situaciones protegidas por la maternidad, la adopción y el acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, durante los períodos de descanso<sup>35</sup>. Por último, hay que añadir que una de las medidas contenidas en el artículo 40 de la Ley 12/2007 de 26 de diciembre para la Promoción de la Igualdad de Género en Andalucía es dar a su funcionariado un permiso de paternidad, individual y no transferible, en casos de nacimiento, adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, de niños, que se extenderá también a las parejas del mismo sexo.

### 2.3. C) BENEFICIOS FISCALES.

Las prestaciones por hijo a cargo están exentas del IRPF. Así lo señala el artículo 7.h) de la Ley 40/1998 de 10 de diciembre, sobre IRPF. A estas se añaden, desde el 1 de enero de 2004, las demás prestaciones públicas por nacimiento, parto múltiple, adopción e hijos a cargo, así como las prestaciones públicas percibidas por maternidad.

En los supuestos de adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, la deducción se podrá practicar, con independencia de la edad del menor durante los tres años siguientes a la fecha de inscripción en el Registro Civil o, si la inscripción es necesaria, a la fecha de la resolución judicial o administrativa que la declare. Cuando tenga lugar la adopción de un menor que hubiera estado en régimen de acogimiento, o se produzca un cambio en la situación de ese acogimiento, la

---

<sup>35</sup> Artículo 133 bis. del Decreto legislativo 1/1994, Por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 20 de junio de 1994.

deducción se podrá practicar durante el tiempo que reste hasta agotar el plazo máximo de los tres años.

Los matrimonios homosexuales a los que se les haya concedido una adopción, disfrutaran de una desgravación en el IRPF. A nivel nacional, la deducción por el primer hijo (o adopción) es de 1400 euros, 1500 por el segundo, 2200 por el tercero y 2300 en caso de adopción múltiple. Así se desprende del artículo 43 de la Ley de IRPF. Si existen varios contribuyentes del mismo sexo con derecho a la aplicación de la deducción respecto del mismo acogido o tutelado, su importe se prorrateara entre ellos a partes iguales.

Otro aspecto a tener en cuenta es que además de los menores nacionales, los matrimonios homosexuales pueden adoptar en los países extranjeros que permitan la adopción por matrimonio homosexual internacional. De momento, las dos únicas naciones, a parte de España, que lo conceden son Bélgica y Suecia.

Desde el año 2003 existe desgravación autonómica de 600 euros por adopción internacional. Algunas Comunidades tienen competencia directa sobre esta materia. Así, por ejemplo, en la Comunidad de Madrid, además de esa ayuda por nacimiento o adopción, existe otra ayuda de 600 euros que no depende para nada de la renta familiar y que es únicamente por adopción internacional<sup>36</sup>. Los contribuyentes podrán deducir las siguientes cantidades por cada hijo nacido o adoptado en el período impositivo: 600 euros si se trata del primer hijo, 750 euros si se trata del segundo hijo y 900 euros si se trata del tercer hijo o sucesivos. En el caso de partos o adopciones múltiples, las cuantías se incrementarán en 600 euros por cada hijo. Para determinar el número de orden del hijo nacido o adoptado se atenderá a los hijos que convivan con los contribuyentes a la fecha de devengo del impuesto, computándose a dichos efectos

---

<sup>36</sup> Información obtenida de la Web:  
<http://adoptaenrusia.iespana.es/deducciones.htm>

tanto los hijos naturales como los adoptivos. El importe se prorrateará por partes iguales en la declaración de cada uno.

En el País Vasco se proporcionan subvenciones por el nacimiento o adopción del segundo hijo. Esta ayuda será de 1.100 euros. Con la adopción o nacimiento del tercer hijo se concede otra subvención de 1.100 euros. En el caso de adopciones múltiples, la ayuda será de 2.600 euros, anuales hasta que los hijos e hijas cumplan los tres años, y 1.200 euros anuales hasta que cumplan los diez años de edad, en el caso de adopción de dos hijos. Si se adoptan tres hijos será de 4.000 euros anuales hasta que los hijos e hijas cumplan los tres años, y 2.400 euros anuales hasta que cumplan los diez años de edad, y así sucesivamente.

En Castilla La Mancha, una vez terminado el proceso, se puede solicitar en la Delegación de Bienestar Social una subvención por adopción internacional por importe de 3.010 Euros.

Así mismo, desde el 6 de octubre de 2005 los matrimonios catalanes tendrán una subvención de 2.330 euros en el caso de adopción internacional. En caso de adopciones nacionales la ayuda será de 650 euros en el caso que sean dos hijos, y de 1.000 euros en caso de tres.

El resto de comunidades autónomas también conceden subvenciones similares.

#### **2.4. LEGISLACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE ADOPCIÓN.**

En la doctrina hay una opinión generalizada de equiparar las Uniones de Hecho heterosexuales a las matrimoniales, reconociendo algunos de los derechos que tiene una pareja constituida de forma matrimonial. Y esto es así, porque la propia definición que otorgan los textos legislativos a este tipo de unión se traduce en dos elementos objetivos: la comunidad de vida y la heterosexualidad, principios que se asientan en la disposición adicional tercera de la Ley 21/1987 de 11 de noviembre, cuando

permite adoptar conjuntamente, *al hombre y mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal*. Esta ley modifica determinados artículos del Código civil en materia de adopción, equiparando a las parejas de hecho heterosexuales con las matrimoniales respecto a la materia.

Por otro lado, y desde un punto de vista material, la disposición adicional tercera permite tanto a las Entidades Públicas colaboradoras, si son ellas las que formulan la propuesta de adopción, como directamente al juez, que declaren la idoneidad para el ejercicio de la patria potestad que el artículo 176 del Código civil exige para iniciar el expediente de adopción a favor de los adoptantes o adoptante. Estas Entidades deben ser oídas por el Juez antes de emitir la resolución judicial por la que se constituya la adopción. En realidad, la disposición adicional tercera estaba propiciando que las Uniones de Hecho se estructurasen jurídicamente sobre la base de aplicar analógicamente las normas establecidas en la institución matrimonial, supuesto que no era factible, en cuanto que existían determinados derechos que sólo podían concurrir en los convivientes de distinto sexo, por ejemplo contraer matrimonio. Esto provocaba una colisión de derechos según se tratase de convivientes de distinto sexo o del mismo sexo.

En consecuencia, una de las cuestiones fundamentales que se plantea en relación con las parejas de un mismo sexo es la relativa a la posibilidad de adopción conjunta o de la adopción posterior por uno de los miembros de la pareja de un hijo ya adoptado por el otro componente, o biológico suyo. Como hemos señalado en epígrafes anteriores, la Ley 21/1987, de 11 de noviembre estableció en su disposición adicional tercera que las referencias 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*, lo que excluye toda posibilidad de adopción conjunta por parte de una pareja del

mismo sexo, aun cuando no exista ninguna restricción específica para la adopción individual por un miembro de una de tales parejas.

#### **2.4. A) REGULACIÓN AUTONÓMICA PERMISIVA DE ADOPCIÓN POR UNIONES DE HECHO HOMOSEXUALES (CATALUÑA, ARAGÓN, NAVARRA, PAÍS VASCO, CANTABRIA).**

Las Comunidades Autónomas han regulado con distinto alcance las Uniones de Hecho y algunos aspectos relativos a la adopción. Navarra, País Vasco, Aragón, Cataluña, y Cantabria han regulado la adopción de menores por Uniones de Hecho homosexuales.

La Ley Foral de Navarra 6/2000, de 3 de julio, *De Igualdad jurídica de las parejas estables*, en su artículo 8 establece que los miembros de la pareja estable podrán adoptar de forma conjunta y con iguales derechos y deberes que las parejas unidas por matrimonio, disponiendo su artículo 2 que, a efectos de aplicación de dicha ley, se considera pareja estable la unión libre y pública, en una relación de afectividad análoga a la conyugal con independencia de su orientación sexual, de dos personas mayores de edad o menores emancipadas, sin vínculo de parentesco por consanguinidad o adopción en línea recta o colateral hasta el segundo grado, siempre que ninguna de ellas esté unida por un vínculo matrimonial o forme pareja estable con otra persona.

La Ley del País Vasco 2/2003, de 7 de mayo, *Reguladora de las parejas de hecho*, en su artículo 8, reconoce expresamente que los miembros de parejas formadas por dos personas del mismo sexo, podrán adoptar de forma conjunta, con iguales derechos y deberes que las formadas por dos personas de distinto sexo y las parejas unidas por matrimonio, añadiendo 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.

Contra el artículo 8 de la Ley Foral Vasca se interpuso recurso de inconstitucionalidad<sup>37</sup>, promovido por el Presidente del Gobierno, que fue admitido por providencia de 7 de agosto de 2003. El presidente del Gobierno invocó el artículo 161.2 de la Constitución<sup>38</sup>, lo que produjo la suspensión de la vigencia y aplicación del precepto impugnado desde la fecha de interposición del recurso para las partes del proceso, y desde la publicación del correspondiente edicto en el BOE para terceros. El Tribunal Constitucional, por Auto de 18 de diciembre de 2003, acordó mantener la suspensión del artículo 8 de la Ley Foral Vasca. Finalmente, en diciembre del 2004, el Gobierno decidió retirar el recurso, y el 5 de enero de 2005 el Tribunal Constitucional lo dio por retirado.

La Ley 2/2004, de 3 de mayo, *De las Cortes de Aragón, de modificación de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas*, establece que las parejas estables no casadas, sin especificar orientación sexual, podrán adoptar conjuntamente, modificando el mismo artículo de la Ley 6/1999, de 26 de marzo<sup>39</sup>, que determinaba que las parejas estables no casadas heterosexuales podrían adoptar conjuntamente.

La Ley Foral Vasca de parejas de hecho, al igual que la aragonesa, exige dos requisitos de aplicación de carácter cumulativo. Por un lado, la necesidad de inscripción en un Registro de Uniones de Hecho creado al efecto, detalle por el que la pareja expresa su libre voluntad de acogerse a la ley y, por otro lado, la vecindad administrativa en el territorio de la Comunidad Autónoma de uno de los miembros.

---

<sup>37</sup> Recurso de inconstitucionalidad número 5174-2003.

<sup>38</sup> Artículo 161.2 de la Constitución: “El Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas. La 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”

<sup>39</sup> Ley 6/1999 de las Cortes de Aragón relativa a *Parejas estables no casadas*, de 24 de marzo.



## EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA ADOPCIÓN EN UNIONES HOMOSEXUALES CON APLICABILIDAD AL DERECHO ESPAÑOL

La Ley de la Comunidad Autónoma de Cataluña 3/2005, de 8 de abril modifica *la Ley 9/1998, del Código de Familia de uniones estables de parejas de hecho*, eliminando la restricción legal a la adopción por parejas homosexuales, en el marco de lo que dispone la Resolución del Parlamento Europeo de 4 de septiembre de 2003, sobre la *Situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, la cual reitera en este punto la Resolución de 8 de febrero de 1994<sup>40</sup>, sobre la *Igualdad de los derechos de los gays y las lesbianas en la Comunidad Europea*, que insta a los Estados miembros a velar por la aplicación del principio de igualdad de trato, con independencia de la orientación sexual de las personas interesadas, en todas las disposiciones jurídicas y administrativas.

Así, se modifica el punto segundo del artículo 115 de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia al señalar que sólo se admite la adopción por más de una persona en el caso de los cónyuges o de las parejas que conviven con carácter estable. En tales casos, es suficiente que una de las personas que adopta haya cumplido veinticinco años. De este modo, para que las parejas de hecho puedan adoptar conjuntamente, solo se exige el requisito de estabilidad de la pareja, no haciendo mención a la orientación sexual que tenga la misma.

Finalmente, la Ley 1/2005, de 16 de mayo, de *Parejas de hecho* de la Comunidad Autónoma de Cantabria, señala en su Preámbulo que en el caso de las parejas homosexuales existen Acuerdos Internacionales, de los que España forma parte, que compelen a adoptar medidas para luchar contra la discriminación por razón de la orientación sexual de las personas. En la propia Exposición de Motivos de la ley cantabra se establece que en la propia Unión Europea existe la convicción de que todos los ciudadanos y ciudadanas tienen derecho a un trato idéntico, a tenor de la Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de febrero de 1994, sobre la *Igualdad de derechos de los homosexuales y de*

---

<sup>40</sup> Información obtenida de la Web: [www.felgt.org/WebPortal/Localsol/DesktopModules](http://www.felgt.org/WebPortal/Localsol/DesktopModules)

*las lesbianas en la Comunidad Europea*, instando a los Estados miembros a que supriman todas las disposiciones que criminalicen o discriminen las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo; sin olvidar en este contexto que el artículo 13 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea en la nueva redacción dada por los Tratados de Ámsterdam, Niza y Lisboa, faculta al Consejo para adoptar las acciones que considere adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de orientación sexual. Recuérdese también, como hemos señalado anteriormente, que en el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por motivos de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.

La ley cantabra señala, así mismo, que el ordenamiento jurídico español ha ido incorporando con carácter puntual instrumentos de lucha contra este tipo de conductas discriminatorias que afectan a diferentes ámbitos: *el Código penal, la Ley de arrendamientos urbanos, la Ley orgánica del poder judicial o la Ley reguladora del derecho de asilo y la condición de refugiado*, entre otras. A estas iniciativas legislativas de carácter estatal se han unido las regulaciones realizadas desde algunas Comunidades Autónomas que, con mayor o menor amplitud, han establecido un régimen jurídico para las parejas de hecho, con independencia de su orientación sexual.

A este respecto, la Ley cantabra señala en su artículo 1.2 que nadie podrá ser discriminado por razón del grupo familiar del que forme parte, ya tenga éste su origen en la filiación, el matrimonio o la unión afectiva y sexual de dos personas, ya sean del mismo o de diferente sexo. Más concretamente, el artículo 11 establece que la pareja de hecho podrá acoger y adoptar con iguales derechos y deberes que las parejas unidas por matrimonio

de acuerdo con la legislación aplicable. Una vez más nos encontramos, al igual que ocurre con la Ley catalana, que no hace referencia explícita de la orientación sexual de la pareja, con lo que hay que poner dicho artículo en relación con lo establecido en el artículo 1.2, que prohíbe la discriminación por tal motivo.

#### **2.4. B) REGULACIÓN AUTONÓMICA DE LA FIGURA DEL ACOGIMIENTO (ASTURIAS, ANDALUCÍA Y EXTREMADURA).**

Entre 8.000 y 10.000 niños y adolescentes entran en acogimiento familiar cada año en nuestro país. Esta modalidad de tutela infantil es un mecanismo de protección social cuya finalidad consiste en proporcionar cobijo temporal en familias a los menores que, por diversas razones, no pueden convivir con la suya propia. El objetivo es que el niño o la niña se integren y participen plenamente en la vida de la familia de acogida.

Esta figura de ayuda a los niños es un tránsito hacia medidas de protección definitivas, como volver a la familia de origen o acceder a otra familia en adopción, si bien como contempla la Ley 1/1996, de *Protección jurídica del menor*, las medidas de acogimiento transitorio pueden plantearse con una perspectiva a medio o largo plazo.

Mediante el acogimiento, familias y personas se hacen cargo de forma temporal de la crianza y educación de niños en situación de desamparo, hasta que sus familias biológicas, con las que siguen manteniendo encuentros, puedan asumir estas tareas. El acogimiento no rompe los vínculos con la familia biológica y no supone un paso previo para la adopción. Se trata de cuidar de un menor durante el tiempo en que su familia por diversas cuestiones -económicas, legales, salud... no pueden hacerse cargo de él.

Distintas Comunidades Autónomas amparan en sus disposiciones autonómicas esta figura jurídica. El artículo 8 de la

Ley 4/2002, de 23 de mayo, de *Parejas estables*, del Principado de Asturias permite a los miembros de una pareja estable, cuyos miembros pueden ser del mismo sexo según el artículo 3, *acoger a menores de forma conjunta*, siempre que la modalidad del acogimiento familiar sea simple o permanente. En igual sentido se expresan el artículo 8 de la Ley 5/2003, de 8 de abril, de *Parejas de hecho* de la Comunidad Autónoma de Extremadura, y el artículo 9 de la Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de *Parejas de hecho* de Andalucía.

#### **2.4. C) JURISPRUDENCIA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE ADOPCIÓN HOMOSEXUAL.**

En los últimos años, distintos Juzgados, pertenecientes a las Comunidades Autónomas que admiten la adopción por parejas homosexuales, han dictado Autos de concesión de la adopción conjunta a varias parejas cuyos integrantes poseen la misma orientación sexual.

Así, en el Auto del Juzgado de Primera Instancia número tres de Pamplona de 22 de enero de 2004 se ha constituido una adopción de dos niñas a favor de una mujer lesbiana, compañera sentimental de la madre biológica de las adoptadas. Las niñas fueron concebidas mediante técnicas de reproducción asistida y desde su nacimiento han convivido con su madre biológica y con la mujer que ahora es su madre adoptiva.

La Magistrada que lo dictó, aplicó directamente el artículo 8 de la Ley Foral Navarra 6/2000 de tres de julio, de *Igualdad jurídica de la parejas estables*, que permite la adopción por parejas homosexuales, cuando en el adoptante concurre el requisito de la idoneidad que se exige para poder adoptar. En el informe realizado por el Ministerio Fiscal, se había manifestado la oposición de éste a la adopción con fundamento en dos motivos. El primero era que el Código civil en su artículo 154 únicamente reconocía la paternidad y la maternidad de las

personas, pero no la posibilidad de dos maternidades, así como que la Ley del Registro Civil sólo contemplaba dos clases de filiación, la paterna y la materna en sus artículos 47 y 48. El segundo motivo alegado era que la Ley Foral 6/2000 es inconstitucional porque, según palabras literales, *vulnera el principio de legalidad al estar en clara colisión con el Derecho común y debe esperarse a la resolución de los recursos de inconstitucionalidad que actualmente penden ante el más Alto Tribunal*. La Ley Foral 6/2000 de 3 de julio del parlamento de Navarra tiene interpuesto un recurso de inconstitucionalidad (número 5297/2000). Pero ¿que pasara con la adopción constituida por este Auto si el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de la ley foral 6/2000? ¿Se extenderá la nulidad, como efecto de la declaración de inconstitucionalidad al auto de 22 de enero de 2004?.

Para Corona Quesada-González<sup>41</sup>, la capacidad que tiene el Tribunal Constitucional de modular en sus sentencias el alcance de la nulidad, se está traduciendo en la progresiva limitación de los efectos retroactivos de aquellas, dando lugar a sentencias prospectivas que establecen los efectos de la nulidad exclusivamente hacía el futuro. A fecha de la realización de este trabajo, el recurso esta paralizado en el Tribunal Constitucional, a la espera de una resolución.

El Auto, parte del artículo 8.1 de la Ley Foral a cuyo tenor *Los miembros de la pareja estable podrán adoptar de forma conjunta con iguales derechos y deberes que las parejas unidas por matrimonio*, norma que, puesta en relación con el concepto de pareja estable descrito en el artículo 2.1 del mismo cuerpo legal, lleva a la Magistrada-Juez a afirmar que *la conclusión no puede ser otra que la admisión de la adopción, conjunta, por quienes integran una unión libre de pareja, con independencia de la identidad sexual de los adoptantes, de tal manera que la*

---

<sup>41</sup> CORONA QUESADA-GONZÁLEZ, M. La adopción: (un estudio de sentencias, autos y resoluciones). Barcelona 2004, pág. 254.

*remisión efectuada por la Ley 74 del Fuero Nuevo, deberá entenderse hecha a estos preceptos.*

En sus Fundamentos Segundo y Cuarto, el Auto del Juzgado navarro entra a considerar los dos motivos alegados por el Ministerio Fiscal en contra de la adopción solicitada, motivos cuyo denominador común es la inaplicabilidad de la Ley Foral a este supuesto. En primer lugar, la Magistrada-Juez se plantea la trascendencia que, en orden a esa aplicabilidad, tienen tanto el recurso como la cuestión de inconstitucionalidad que penden sobre la norma navarra.

Respecto del recurso de inconstitucionalidad, la resolución recuerda que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 30 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que señala que *La admisión de un recurso o de una cuestión de inconstitucionalidad no suspenderá la vigencia ni la aplicación de la Ley, de la disposición normativa o del acto con fuerza de Ley, excepto en el caso en que el Gobierno se ampare en lo dispuesto por el artículo 161.2 de la Constitución para impugnar, por medio de su Presidente, Leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de Ley de las Comunidades Autónomas*” éste carece de efectos suspensivos y, por tanto, no condiciona la plena vigencia de la norma. A lo que apenas se refiere el Auto de Pamplona es al asunto que subyace en la cuestión de inconstitucionalidad, y que afecta en concreto a su artículo 2.3. De conformidad con este artículo, *Las disposiciones de la presente Ley Foral se aplicarán a las parejas estables cuando, al menos, uno de sus miembros tenga la vecindad civil navarra.* Se trata en este caso de una norma unilateral delimitadora del ámbito de aplicación de la propia ley, muy similar a las contenidas en la mayor parte de las leyes de parejas autonómicas publicadas hasta el presente en España.

## EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA ADOPCIÓN EN UNIONES HOMOSEXUALES CON APLICABILIDAD AL DERECHO ESPAÑOL

Santiago Álvarez González<sup>42</sup>, señala que la interpretación referida no es en absoluto convincente, pues produce una innecesaria complejidad, además de conducir a situaciones discriminatorias y a lagunas de regulación, por ejemplo, en el caso de que ambos miembros de la pareja sean extranjeros. Paradójicamente, este intento de salvaguardar la constitucionalidad de tales preceptos supone una reducción de su ámbito de aplicación ya que, a lo sumo, este tipo de normas, si se quieren ver como un segundo escalón (nunca podrían ser el único) no sólo no extienden la aplicación del propio derecho, sino que sólo pueden tener una eficacia reductora o restrictiva de la aplicación del mismo.

La Magistrada-Juez no esta de acuerdo con esta interpretación. Atisba el problema de Derecho interregional que pudiera plantearse, aunque no se detiene en profundidad sobre él, señalando únicamente que *dado que el solicitante y su pareja ostentan, según los documentos aportados con el escrito de demanda, la vecindad civil foral navarra, el contenido de tal cuestión no afecta al supuesto ahora planteado*. La Magistrada introduce implícitamente una norma de aplicación en cuya virtud, puesto que tanto la madre biológica como la que pretende adoptar poseen la vecindad civil navarra, es indiferente que la norma unilateral contenida en el artículo 2.3 de la Ley Foral sea constitucional o no, pues esa doble vecindad asegura la aplicabilidad del Derecho navarro. Además de las dos mujeres, también las niñas adoptandas poseen vecindad civil navarra y todas ellas tienen residencia habitual en Navarra, lo que parece excluir cualquier factor de interregionalidad y, por tanto, se elimina la eventual colisión del Derecho navarro con cualquier otro que pudiera ser aplicable al caso.

En el Fundamento Tercero del Auto, la Magistrada se detiene en la interpretación adecuada del artículo 8.1 de la Ley

---

<sup>42</sup> ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. “Derecho Internacional Civil en dos escalones”, en FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Madrid 2000, págs. 1800-1832.

Foral de *Parejas estables*. Textualmente, el precepto sólo se refiere a la adopción conjunta, es decir, a la realizada simultáneamente por ambos miembros de la pareja. La norma no contempla, por el contrario, la posibilidad de que sólo uno de los miembros de la pareja adopte al hijo biológico o previamente adoptado por el otro conviviente (adopción sucesiva). Una interpretación literal estricta podría llevar a entender que, en el supuesto en cuestión, la norma navarra impide a la compañera de la madre biológica de las menores adoptar a éstas. Sin embargo, la Magistrada-Juez estima que *si el legislador navarro está permitiendo la adopción conjunta por parejas homosexuales, difícilmente se puede encontrar sentido a una exclusión de la adopción por el compañero/a del padre o madre adoptivo, del hijo/a/s de éste, o por la compañera de la madre biológica, del hijo/a/s de ésta, en tales supuestos de maternidad o paternidad previa individual, cuando para acceder a ésta la propia legislación común lo permite con independencia de la identidad sexual o convivencia con pareja del mismo sexo.*

Finalmente el Auto, también entra en el análisis de lo que considera la cuestión esencial alegada por el Ministerio Fiscal, al basar la supuesta inconstitucionalidad de la ley foral en la *imposibilidad de dos maternidades*.

Para García Rubio<sup>43</sup>, la autora del Auto fundamenta la irrelevancia del régimen de la filiación paterna y materna establecida en la normativa sustantiva y registral, en la medida en que dicho régimen está pensado para la filiación biológica, y no para la adoptiva. Aunque sea cierto que, en su configuración moderna y propia de los países de nuestro entorno, la adopción crea un vínculo de filiación entre adoptante y adoptado. El principio básico por el que ha de regirse no es en absoluto el de simular en lo posible la relación de maternidad y/o paternidad biológica, sino únicamente el de priorizar el interés superior del

---

<sup>43</sup> GARCÍA RUBIO, M.P. “La adopción por y en parejas homosexuales”, en *Libro Homenaje al Prof. Lluís Puig Ferriol*, Valencia 2004, pág. 11.



## EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA ADOPCIÓN EN UNIONES HOMOSEXUALES CON APLICABILIDAD AL DERECHO ESPAÑOL

niño que va a ser adoptado, tal y como expresan los tratados internacionales en la materia de los que forma parte el Estado español y cuyo contenido es vinculante en los términos absolutos del artículo 39.4 de la Constitución española. Estos tratados internacionales son: la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño*, que se refiere a la adopción en su artículo 21, y el *Convenio de la Haya* relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, que hace hincapié en su rúbrica en la idea de protección del niño y no alude en absoluto al término filiación.

Dadas las circunstancias de convivencia desde el nacimiento de las niñas, creadora con toda seguridad de una “doble maternidad” social, y en atención a ese interés superior de las adoptandas, la Magistrada acordó la adopción por parte de la compañera de la madre biológica que conlleva la patria potestad compartida de ambas mujeres y la creación de todo el entramado de derechos y deberes derivados de la relación de filiación (biológica en un caso, adoptiva en el otro), en beneficio de las hijas.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Pamplona ha provocado que muchas parejas de provincias limítrofes como Guipúzcoa se empadronen en pueblos navarros con la esperanza de legalizar su situación familiar. Como veremos a continuación, poco tiempo más tarde se han dictado dos sentencias en el País Vasco, en el que también se concede la adopción conjunta a dos parejas homosexuales.

Dos juzgados, de Gernika-Lumo (auto 25/05) y Bilbao han dictado sendos Autos por los que reconocen la patria potestad compartida a dos parejas de lesbianas respecto a los niños que viven con ellas. Los Jueces conceden de este modo la adopción a las respectivas compañeras de las madres biológicas de los menores. Ello permitirá que los cuatro menores sean inscritos en el Registro con los apellidos de ambas. Los Autos argumentan que *el Estado tiene el deber de proteger la realidad efectiva de*

*los modos de convivencia, y recuerdan que la Ley vasca de Parejas de hecho permite la adopción a las parejas homosexuales.*

*El Auto de la Juez de Gernika argumenta que El Estado tiene el deber de proteger la realidad efectiva de todos los modos de convivencia que en la sociedad se expresen, para compatibilizar el ordenamiento con los principios de igualdad jurídica y prohibición de cualquier discriminación que garantiza el artículo 14 de la Constitución. En el concepto constitucional de familia entra sin duda cualquier unidad familiar con permanencia y solidez, no solamente un modelo determinado. La Constitución señala la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, lo que hace necesaria una interpretación amplia de lo que debe entenderse por tal, consecuente con la realidad social actual. Para la juez las uniones de hecho son una realidad social creciente" y "ya hay muchos ejemplos de equiparación de estas situaciones a las matrimoniales.*

Respecto a la adopción, los dos Autos recuerdan que el artículo 8 de la Ley del País Vasco 2/2003, de 7 de mayo, *Reguladora de las Parejas de hecho, ampara el derecho a adoptar de parejas legalmente constituidas por personas del mismo sexo* y destaca que el principio rector de la adopción es el superior interés del menor. Ambas parejas mantienen una larga convivencia y forman familias estables con sus hijos, un niño y una niña en un caso y dos gemelos en el otro, todos ellos menores de cuatro años, estabilidad que destacan ambos fallos. Entre los criterios que los dos Juzgados citan para decidir conceder las adopciones destacan *la personalidad, salud y situación económica de la madre, su vida familiar y aptitud para educar a la persona adoptada, así como las circunstancias personales de ésta (bienestar físico, emocional y material)*. Por último, ambos autos hacen hincapié en que las parejas están inscritas en el registro de parejas de hecho. Como ya comentamos anteriormente, este es un requisito indispensable para poder adoptar conjuntamente en el País Vasco.

## EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA ADOPCIÓN EN UNIONES HOMOSEXUALES CON APLICABILIDAD AL DERECHO ESPAÑOL

Otro problema que podían encontrarse las parejas homosexuales que habían conseguido la adopción, era su inscripción en el registro civil. En la Resolución de 9 de enero de 2002 se denegó la anotación como comadre de la compañera sentimental de la madre biológica, sobre todo porque la maternidad de la comadre no estaba legalmente determinada, pues en la misma resolución, en su fundamento de derecho cuarto, se menciona la adopción como mecanismo con el que puede conseguir el vínculo de maternidad quien no es la madre biológica, pero se añade que está limitada a las parejas heterosexuales en el Derecho positivo vigente en el Código Civil y en Cataluña.

Hoy en día este problema ha desaparecido gracias a la Orden de 3 de marzo de 2006 remitida por el Ministerio de Justicia a los Registros Civiles para que hiciesen desaparecer los términos «padre» y «madre» del modelo oficial de la inscripción de nacimiento. «La expresión «padre» se sustituirá por la de «progenitor A» y la expresión «madre» por la de «progenitor B»». Además de progenitor A y B, los funcionarios de los registros civiles tendrán «opciones alternativas, permitiendo conservar en sus bases de datos los términos de marido y mujer o los de padre y madre» para matrimonios o progenitores de sexo diferente. Hay que recordar, también, que los padres pueden elegir qué apellido va primero, pero si no lo hacen se consigna como primer apellido el del padre y el segundo el de la madre. Los matrimonios homosexuales también pueden elegir.

Por último queremos hacer una mención a una sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 6 de mayo de 2002 (AC 2002/1181), en el que se concede el derecho de visitas de una menor a la ex-compañera sentimental de su madre adoptiva, señalando que la relación entre ambas era equiparable a la conyugal y que la adopción de la menor se produjo en el transcurso de esa relación.

### 3. CONCLUSIONES.

Para finalizar este trabajo, nos gustaría hacer unas consideraciones de los aspectos más importantes del tema analizado.

1. A partir de la Ley 13/2005 no existe impedimento legal alguno para que una pareja homosexual pueda contraer matrimonio y como consecuencia directa de ello, pueda solicitar la adopción conjunta de un menor.

Ahora bien, el problema estriba en si dicha ley es compatible con el resto del articulado que conforma nuestro ordenamiento. A nuestro juicio, no solo es compatible, sino que es, además necesario. El artículo 176.1 de nuestro Código civil, indica 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. Sobre esto último existen multitud de opiniones y de estudios sobre como incide en el desarrollo de un menor el ser criado en una pareja homosexual. Estas investigaciones señalan que lo que hace feliz a un niño o una niña es la capacidad para responder adecuadamente a sus necesidades. La sexualidad de la pareja no es relevante.

2. No es necesaria la concesión de una adopción para que un menor sea educado por una pareja homosexual. Muchos niños son concebidos por inseminación artificial por una miembro de la pareja de lesbianas, o han sido adoptados por un gay o lesbiana que convive con una persona de su mismo sexo. Con estos avances científicos, las necesidades de la sociedad cambian y evolucionan, haciéndose necesaria una nueva ordenación jurídica, que regulen este nuevo tipo de relaciones.

3. La Ley 13/2005, ha venido a desarrollar en materia de matrimonio lo establecido en la Constitución de 1978. No dejar que dos personas de la misma orientación sexual se puedan casar y adoptar iría en contra de la igualdad que promueve el artículo 14. Pero, además, nuestra Constitución promueve en su artículo 10.1 el libre desarrollo de la personalidad como fundamento del

orden político y de la paz social. Cada individuo puede tener la orientación sexual que elija libremente, y el Estado tiene que salvaguardar este derecho y garantizar su no discriminación. La orientación sexual, fruto de ese libre desarrollo se integra en la dignidad humana como derecho inherente a ella.

4. La Constitución de 1978, no establece en ningún punto una definición concreta de lo que se puede entender por familia. Solamente señala en su artículo 39.1 que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. Pero, en modo alguno, indica cual es el tipo de familia que debe proteger. Cada vez es más común encontrar diversos tipos de familia. Junto a la familia tradicional clásica aparecen las denominadas *familias monoparentales* y *familias homoparentales*. Todas y cada una de ellas están englobadas en el concepto de familia que la Constitución debe proteger sin discriminación entre unas y otras.

5. El derecho a la solicitud de adopción por parte de parejas homosexuales, deriva del derecho a poder contraer matrimonio. La Constitución tampoco establece nada en contra de ello, ya que su artículo 32.1 señala que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. En la interpretación constitucional actual, decir que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio, equivale a decir que ambos sexos gozan de ese derecho, pero no se limita con quien debe compartirlo.

6. La Ley de Enjuiciamiento Civil no establece impedimento alguno para la adopción de menores por parte de matrimonios homosexuales. En ningún punto de su articulado se hace referencia a la sexualidad de los padres adoptivos, con lo que podemos entender que no existe ninguna diferencia. La adopción lleva aparejada una serie de derechos, cuyos sujetos activos son los padres adoptivos o el propio menor. No concediendo la adopción conjunta se vulneran esos derechos derivados que siendo matrimonio heterosexual si tendrían.

7. Finalmente, hemos visto como Comunidades Autónomas, a través de sus Leyes de Parejas de Hecho ya permitían la adopción a las parejas homosexuales. Al amparo de estas normas ha surgido una jurisprudencia en algunas de estas Comunidades, concediendo la adopción conjunta de un menor a la madre biológica de este y a su pareja sentimental.