

# La adopción por parejas estables y por matrimonios homosexuales

Cabedo Mallol, Vicente

LA LEY 14583/2010

## 1. LA ADOPCIÓN DE MENORES POR PAREJAS ESTABLES HETEROSEXUALES Y HOMOSEXUALES

La Ley 21/1987 vino a reconocer, con relación a la adopción, las denominadas uniones extramatrimoniales, matrimonios de hecho o, simplemente, parejas de hecho estables, al establecer en su Disposición Adicional Tercera que «Las referencias de esta Ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor serán también aplicables al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal». Dicha disposición afectaba al art. 175.4 del Código Civil (LA LEY 1/1889) que establecía que «Fuera de la adopción por ambos cónyuges, nadie puede ser adoptado por más de una persona». De esta forma, adecuándose a la propia realidad social (1) , el legislador permitía la adopción de menores por parte de parejas estables. Parejas, eso sí, constituidas por un hombre y una mujer, es decir, por heterosexuales.

Por tanto, con anterioridad a la reforma operada por la Ley 13/2005, el Código Civil no permitía la adopción de menores por parejas homosexuales. Sin embargo, los parlamentos autonómicos de Navarra y del País Vasco aprobaron en el año 2000 y en el 2003, respectivamente, una ley sobre parejas de hecho en la que se admite la adopción por parejas homosexuales (2) .

### 1.1. La Ley Foral Navarra 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de parejas estables

La Ley Foral Navarra 6/2000, de 3 de julio (LA LEY 2801/2000), para la igualdad jurídica de parejas estables, en su art. 8.1 establece que «Los miembros de la pareja estable podrán adoptar de forma conjunta con iguales derechos y deberes que las parejas unidas por matrimonio». Entendiéndose por pareja estable a efectos de dicha Ley, según nos explica el art. 2.1, «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 emancipados, 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». Por tanto, esta ley autonómica daba carta de naturaleza a las adopciones por parejas tanto heterosexuales como homosexuales (3) .

### 1.2. La Ley del País Vasco 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho

También, como hemos indicado, la Ley del País Vasco 2/2003, de 7 de mayo (LA LEY 6009/2003), reguladora de las parejas de hecho, vino a admitir de forma expresa la adopción por parte de homosexuales. En este sentido, su art. 8.1 nos dice que «Los miembros de parejas formadas por dos personas del mismo sexo podrán adoptar de forma conjunta, con iguales derechos y deberes que las parejas formadas por dos personas de distinto sexo y las parejas unidas por matrimonio». Pero la ley vasca va incluso más allá, al ampliar en el apartado segundo de dicho artículo los supuestos de adopción al señalar que «La hija o hijo adoptivo o biológico de una de las partes de la pareja tendrá derecho a ser adoptado por la otra parte». De este modo, la adopción de un menor por parte de los miembros de una pareja de hecho no quedaba circunscrita a la adopción conjunta.

Estas leyes autonómicas fueron recurridas, en su día, ante el Tribunal Constitucional. La ley Foral Navarra fue objeto de recurso de inconstitucionalidad (4) promovido por ochenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular (recurso número 5297/2000), mientras que en el caso de la Ley del País Vasco el recurso lo interpuso el Abogado del Estado, en nombre del Presidente del Gobierno (recurso número 5174/2003). Los sujetos legitimados para interponer el recurso de amparo en ambos casos, como puede observarse, no fueron los mismos y ello tuvo una especial trascendencia en el caso de la Ley vasca al suspenderse, en virtud del art. 161.2 de la Constitución (LA LEY 2500/1978) (5) , la vigencia del precepto legal impugnado, es decir, del art. 8 de dicha Ley.

El Gobierno Vasco en su escrito de alegaciones al recurso, mediante otrosí, solicitó al Tribunal Constitucional el levantamiento de la suspensión indicada con los siguientes argumentos:

- a)** El carácter excepcional que se atribuye a la suspensión de los actos de los poderes públicos y, con mayor motivo, cuando se trata de una ley que, en principio, gozará de la presunción de constitucionalidad.
- b)** El hecho de que la Ley Foral Navarra 6/2000 (LA LEY 2801/2000), cuyo art. 8 contiene unas previsiones de las que pueden derivarse unos efectos jurídicos idénticos a los resultantes de la aplicación del art. 8 de la Ley vasca, no se encontrara suspendida.
- c)** La no acreditación de por qué en el caso de la norma vasca la ponderación de los intereses generales y de terceros arroja un resultado para el interés general distinto de lo que sucede con la Ley Foral.
- d)** La vigencia del precepto recurrido no tendría unos efectos nocivos para el interés general que permitirían sustentar la suspensión.

El Alto Tribunal, en su Auto 428/2003, de 18 de diciembre, acordó mantener la suspensión del art. 8 de la Ley del Parlamento Vasco 2/2003. Acertadamente, con relación a la no suspensión de la norma Navarra, indica que «Nos encontramos (...) ante supuestos diferentes, con incidencias procesales asimismo distintas y que son indisponibles para este Tribunal, según dispone taxativamente el art. 30 LOTC (LA LEY 2383/1979), que distingue, a los efectos suspensivos que aquí interesan, entre el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno, de un lado, y el recurso de inconstitucionalidad planteado por otros sujetos legitimados y la cuestión de inconstitucionalidad, de otro» (FJ 4). También considera que «en el necesario contraste entre el interés general vinculado a la aplicación del precepto autonómico y el interés de terceros (adoptandos, padres por naturaleza y adoptantes) (6) , deben prevalecer los de estos últimos en razón a los perjuicios que podrían producirse si el precepto se aplicara y en su día mereciera un juicio de inconstitucionalidad» (FJ 5).

El 14 de octubre de 2004 el Abogado del Estado, debidamente autorizado por sendos Acuerdos del Consejo de Ministros y del Presidente del Gobierno de fecha 1 de octubre de 2004, presentó ante el Tribunal Constitucional escrito en el que solicitaba se acordase tener por desistido al Presidente del Gobierno del recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Vasca 2/2003. (LA LEY 6009/2003) Este desistimiento del Presidente del Gobierno era lógico dado el cambio de Gobierno que se había producido en España. El nuevo Gobierno (socialista) había asumido unos compromisos con el electorado homosexual que ahora debía cumplir (entre ellos el que se permitiese la adopción de menores tanto por parejas de hecho como por matrimonios homosexuales, cuya admisión era otra de las reivindicaciones de este colectivo).

El Alto Tribunal, por Auto 514, de 14 de diciembre, atendiendo a dicha solicitud del Abogado del Estado, acordó tenerle por desistido, en la representación que legalmente ostentaba, del referido recurso de inconstitucionalidad número 5174/2003.

### **1.3. Auto de 23 de enero de 2004 del Juzgado de Primera Instancia número tres**

### (Familia) de Pamplona (Navarra)

Dada la vigencia de la Ley Foral Navarra 6/2000 (LA LEY 2801/2000), el Juzgado de Primera Instancia número 3 (Familia) de Pamplona, por Auto de 22 de enero de 2004 (7) , acordó la adopción por parte de una mujer de dos menores que eran las hijas biológicas de su pareja estable, que también era mujer (8) . A esta adopción se había opuesto el Ministerio Fiscal alegando, según consta en el Fundamento Primero del referido Auto, los siguientes motivos:

- 1.** Que el Código Civil, en su art. 154 (LA LEY 1/1889), únicamente reconoce la paternidad y maternidad de las personas pero no la posibilidad de dos maternidades.
- 2.** Que la Ley del Registro Civil sólo contempla dos clases de filiación: la paterna y la materna en sus arts. 47 y 48.
- 3.** Que la Ley Foral 2/2000 (LA LEY 2797/2000) es inconstitucional porque vulnera el principio de legalidad al estar en clara colisión con el Derecho Común.
- 4.** Que debía esperarse a la resolución de los recursos de inconstitucionalidad planteados contra la susodicha Ley Foral.

En contra de la opinión del Fiscal, la Magistrada-Juez que resolvió esta solicitud de adopción, entendió que la interposición del recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Foral 6/2000 (LA LEY 2801/2000), a diferencia de lo que acontecía con la Ley del País Vasco 2/2003, no tenía incidencia en la vigencia de la Ley (FJ 2).

Otra cuestión importante que se aborda en este Auto es la de determinar si el art. 8 de la Ley Foral permite sólo la llamada adopción conjunta, impidiendo la sucesiva. La interpretación literal del art. 8 y de la propia Disposición Adicional Tercera de la Ley 21/1987 nos conduciría a negar la posibilidad de la adopción sucesiva. Sin embargo, como se indica en la resolución, «si el legislador navarro está permitiendo la adopción conjunta por parte de 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» (FJ 3). Restringir la adopción a los supuestos de adopción simultánea iría en contra del espíritu de esta Ley.

Por lo que se refiere a la supuesta vulneración del principio de legalidad por colisión con el Derecho Común, la Magistrada-Juez entiende que «el abordaje por parte del Legislador navarro de la adopción por parejas no casadas con independencia de su identidad sexual entra dentro de sus competencias legislativas en derecho foral a tenor de lo dispuesto en el art. 149.1.8 de la CE (LA LEY 2500/1978), y en la interpretación que el Tribunal Constitucional tiene establecida respecto a los criterios y requisitos de conexión entre la materia nueva que se regula y el contenido del Derecho civil foral previo» (FJ 3). En este mismo sentido se había manifestado anteriormente Nanclares, señalando que la adopción es una materia incluida en el Fuero Nuevo de Navarra, con antecedentes en el Derecho Histórico Navarro. Incluso para este autor, aunque no existiesen estos precedentes, «sería posible regular esta materia en ejercicio de las facultades de desarrollo del Derecho Foral a las que alude el art. 149.1.8 CE» (9) .

Por último el Auto del Juzgado de Primera Instancia de Pamplona entra a analizar la posible inconstitucionalidad de la Ley Foral, alegada por el Ministerio Público, en base a la imposibilidad de dos maternidades. Al respecto señala, después de aclarar que la Constitución no se ocupa de la adopción, que al interpretarse el art. 8 de la Ley Navarra lo que debe cuidarse de proteger por encima de cualesquiera otros derechos es el interés superior del menor. De manera tal, concluirá la Magistrada, «que lo que debe ser objeto de análisis a la hora de decidir por el Juzgador acerca del establecimiento de una filiación adoptiva siga siendo la idoneidad del adoptante en relación con el interés del adoptando» (FJ 4).

#### **1.4. Auto de 21 de febrero de 2005 del Juzgado de Primera Instancia número dos de Gernika-Lumo (País Vasco)**

También en el País Vasco, una vez extinguido el proceso constitucional contra la Ley del País Vasco 2/2003, se ha acordado ya la primera adopción de unos menores en el seno de una pareja homosexual. Así, por Auto 25/2005, de 21 de febrero, el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Guernika-Lumo (10) acordó la adopción de unos menores a favor de la compañera sentimental de la madre de los mismos. Se trata, como se aprecia, de una adopción sucesiva, la cual -a diferencia de la norma Navarra- es contemplada en la Ley vasca en su art. 8.2.

En dicha resolución se parte de la consideración de las uniones de hecho como «una realidad social creciente» (FJ 2), señalándose ejemplos de equiparación de estas situaciones a las matrimoniales, siempre que concurren algunas notas que permitan identificar aquella conceptualización social y jurídica. La Juez, en un primer momento, no distingue entre parejas heterosexuales y homosexuales, señalando que la solicitante de la adopción ha acreditado esas notas que identificarían la unión de hecho con su pareja, sin especificar que se trata de una pareja homosexual. Posteriormente, en el fundamento jurídico siguiente, sí aclara que dicha pareja es homosexual pero lo hace con el único fin de fundamentar la adopción. Quiero con ello resaltar la naturalidad con la que la Juez ha abordado la adopción en el seno de una pareja homosexual.

Para fundamentar jurídicamente la referida adopción, el Auto alude a la Exposición de Motivos de la Ley vasca 2/2003 (LA LEY 6009/2003) y a la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección de la familia, señalando «que se hace necesaria una interpretación amplia de lo que debe entenderse por tal, consecuente con la realidad social actual y con el resto del articulado constitucional, en particular los arts. 9.2, 10.1 y 14» (FJ 3). Considera, por tanto, que una pareja homosexual, a los efectos del art. 39 de la Constitución (LA LEY 2500/1978), puede considerarse una familia. Concluye estos razonamientos citando la norma vigente aplicable al caso de autos: el art. 8.1 y 2 (adopción sucesiva) de la Ley vasca 2/2003. (LA LEY 6009/2003)

## **2. LA ADOPCIÓN DE MENORES POR MATRIMONIOS DE HOMOSEXUALES**

### **2.1. La Ley 13/2005 de 1 de julio**

La Ley 13/2005, de 1 de julio (LA LEY 1071/2005), por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, ha hecho posible, como indica su Exposición de Motivos, «que el matrimonio sea celebrado entre personas del mismo sexo o distinto, con plenitud e igualdad de derechos y obligaciones cualquiera que sea su composición». En consecuencia, continúa diciéndonos esta Ley, «los efectos del matrimonio (...) serán únicos en todos los ámbitos con independencia del sexo de los contrayentes; entre otros, tanto los referidos a derechos y prestaciones sociales como la posibilidad de ser parte en procedimientos de adopción». Por tanto, un menor podrá, de acuerdo con esta Ley, ser adoptado en un futuro tanto por un matrimonio heterosexual como homosexual.

Nuestro decimonónico Código Civil únicamente había admitido el matrimonio heterosexual, entre un hombre y una mujer, y así quedaba reflejado en su articulado (*v. gr.* art. 66: «El marido y la mujer son iguales en derechos y deberes»; art. 67: «El marido y la mujer deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia»;...). Por ello, la Ley 13/2005, al permitir también el matrimonio homosexual, ha procedido a modificar todos aquellos artículos de dicho Código que impedían este matrimonio. Así, en primer lugar, se ha dado una nueva redacción al art. 44, que dispone en la actualidad que «El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo», y, en segundo lugar, se ha llevado a cabo a una adaptación terminológica de los distintos artículos del Código Civil que se referían o traían causa del matrimonio, de tal forma que se han sustituido las referencias al marido y la mujer/al padre y la madre por la mención a los cónyuges o a los consortes/progenitores.

A nuestros efectos interesa destacar que tras esta reforma, como ya se ha apuntado, un matrimonio homosexual puede adoptar un menor en iguales condiciones que uno heterosexual.

Con relación a la adopción es importante señalar que se ha procedido a dar nueva redacción al apartado 4 del art. 175 del Código Civil (LA LEY 1/1889), que queda redactado en los siguientes términos: «Nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges. El matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permite al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte. En caso de muerte del adoptante, o cuando la adopción sufra la exclusión prevista en el art. 179, es posible una nueva adopción del adoptando». El precepto contempla expresamente, como puede apreciarse, tanto la adopción simultánea como la sucesiva.

Para la profesora Etelvina *Valladares* esta modificación del art. 175.4 no resultaría totalmente acertada. En su opinión, el antiguo art. 175.4 al señalar que «fuera de la adopción por ambos cónyuges nadie puede ser adoptado por más de una persona» no impedía la adopción sucesiva. Su razonamiento es el siguiente: «el art. 108.II otorga los mismos efectos a la filiación por naturaleza y a la adoptiva, lo que permite interpretar el art. 176.2.2.<sup>a</sup> (no se requiere propuesta previa de la entidad protectora para la adopción del hijo del consorte del adoptante) en el sentido de que ya antes se podía adoptar al hijo adoptivo del consorte sin que los vínculos jurídicos del hijo con éste se extinguieran (art. 178.2.1.<sup>o</sup>)» (11) .

Con relación al inciso «El matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permite al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte», *Valladares* nos plantea el absurdo al que podría conducirnos una interpretación *a sensu contrario*, no permitiéndose la adopción primero por un cónyuge y, más tarde, por el otro que ya lo era al celebrarse la adopción (12) . No es ésta, por supuesto, la intención del legislador, que simplemente ha querido introducir otro supuesto junto a la adopción conjunta y simultánea por ambos cónyuges.

También se ha modificado en materia de adopción el art. 178.2.2.<sup>a</sup>, sustituyéndose las referencias a la «familia paterna o materna» y a la de «padre y madre» por la de «familia del progenitor» y la de «progenitor», respectivamente. Pero, sin duda alguna, la supresión del requisito de que «el adoptante sea persona de distinto sexo al de dicho progenitor» va directamente encaminado, como remarca *Valladares* (13) , a la adopción por homosexuales. De este modo, si sólo hubiera sido determinada legalmente la filiación materna otra mujer podría adoptar a ese hijo, subsistiendo los vínculos jurídicos con la familia del progenitor.

La reforma operada, como puede observarse, no hace mención alguna a las parejas homosexuales, planteándose la duda de si se permite la adopción, tanto simultánea como sucesiva, por parte de estas parejas. Recordemos que la Disposición Adicional Tercera de la Ley 21/1987 extendió la posibilidad de adopción simultánea de un menor a las parejas de hecho heterosexuales. Una interpretación literal y sistemática del actual art. 175.4 CC (LA LEY 1/1889) y de la referida Disposición Adicional nos conduciría a la incoherencia de permitir la adopción simultánea a los matrimonios, tanto heterosexuales como homosexuales, y a las parejas de hecho heterosexuales. Claramente esta interpretación, al excluir a las parejas de hecho homosexuales, atentaría contra el principio de igualdad.

Piénsese que la susodicha Disposición Adicional fue redactada en un momento histórico concreto, en el que sólo era posible plantearse el supuesto de las parejas de hecho heterosexuales. Obviamente, en el contexto actual, en el que se permite la adopción simultánea de un menor por parte de un matrimonio homosexual, no tiene sentido restringir dicha posibilidad de adopción a las parejas de hecho heterosexual. De *lege ferenda*, el legislador debe proceder a dictar una nueva norma que sustituya a la Disposición Adicional Tercera de la Ley 21/1987 y que equipare, con relación a la adopción, a las parejas de hecho con los matrimonios, ya sean unos u otros heterosexuales u



homosexuales.

Por último, resta por determinar si en el caso de una adopción sucesiva por parte de un hombre o una mujer, tratándose de parejas de hecho, es exigible la propuesta previa de la entidad pública. Entiendo que, siendo congruente con los razonamientos anteriores, debemos equiparar también los matrimonios y las parejas de hecho, ya sean unos u otros heterosexuales u homosexuales, a los efectos de no exigir dicha propuesta previa de la entidad pública en una adopción sucesiva.

## **2.2. El Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley 13/2005**

El 16 de diciembre de 2004, el Consejo de Estado emitió un Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio (14) . Dicho dictamen, con relación a la adopción por parejas homosexuales, señalaba que la misma era una cuestión muy debatida, tanto en el ámbito interno como en el internacional, y que, por ello, requería, en el supuesto de que el legislador decidiera admitir tal adopción, de un análisis y de un tratamiento específico. Por tanto, el Consejo de Estado proponía para la adopción por homosexuales, como podemos leer en su dictamen, «una regulación *ad hoc*, modulando en su caso las normas que el Código Civil y otras leyes tienen establecidas partiendo de una realidad diferente».

El referido tratamiento específico, en opinión del Consejo, no supondría «una restricción de los efectos del matrimonio en relación con los homosexuales (puesto que se les permitiría adoptar como pareja), sino, sencillamente, una regulación propia en función de la distinta realidad a que responde, con sus supuestos específicos, evitando efectos no deseados derivados de la integración y aplicación en bloque a que el Anteproyecto se orienta(ba)». Como ejemplos de incoherencias que se producirían por no regularse de forma específica la adopción por homosexuales citaba el art. 178.2.2 del Código Civil (LA LEY 1/1889) (15) o la disposición adicional 3.ª de la Ley 21/1987.

En resumen, el dictamen del Consejo de Estado sugería que «con independencia de la solución que finalmente se adopte en relación con la posibilidad de adopción por parte de las parejas homosexuales, para llegar a tal posibilidad no es necesaria la modificación de la institución matrimonial que se proyecta, y sí lo es, en cambio, una regulación específica y fundamentada de la cuestión, de forma que no aparezca como un efecto colateral de un cambio legislativo que no la aborda directamente». Sin embargo, ésta y otras observaciones apuntadas por el Consejo de Estado no fueron recogidas por el Ejecutivo en el Proyecto de Ley presentado ante el Parlamento. La Ley aprobada, la Ley 13/2005 (LA LEY 1071/2005), modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, permitiendo el matrimonio homosexual, y, en consecuencia, como un «efecto colateral», se admite la adopción por parte de matrimonios homosexuales.

## **2.3. El Estudio del Consejo General del Poder Judicial**

El Consejo General del Poder Judicial aprobó el 18 de enero de 2005, por 11 votos a favor y 9 en contra (16) , un informe que llevaba por título «Estudio sobre la reforma del Código Civil en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo» (17) . Dicho Informe dedica dos apartados a la adopción por parte de matrimonios homosexuales: el IV.3.4 y el V.3.3, intitulados «Matrimonio homosexual y adopción» y «Funcionalidad del matrimonio heterosexual y disfuncionalidad del homosexual, en especial para la adopción», respectivamente.

El primero de los apartados aludidos comienza señalando que «La filiación adoptiva tiene como modelo la filiación biológica, por lo que la adopción conjunta por pareja homosexual es contraria a la protección integral que los poderes públicos (también el legislativo) deben asegurar a los hijos (art. 39.2 de la Constitución (LA LEY 2500/1978)), precisamente por ser contraria al interés del menor»; añadiendo acto seguido que «no admitir la adopción conjunta no vulnera el principio de igualdad, no es injustamente discriminatoria».

En opinión del Consejo General del Poder Judicial no es correcto hablar de discriminación porque,

entre otras razones, «la adopción está pensada en beneficio del adoptado y ni el adoptado ni la adopción como instituto pueden ser instrumento de legitimación u homologación de relaciones homosexuales. Lo que se toma en consideración de los adoptantes no son tanto sus deseos, como su idoneidad para ejercer la patria potestad». Desde ese punto de vista, continúa diciéndonos, «Plantear la cuestión como un problema de discriminación supone, inconscientemente, hacer pasar por delante del interés del menor las aspiraciones y deseos de quienes quieren adoptar». Además, según este órgano constitucional, no cabe hablar de discriminación puesto que «no existe un verdadero derecho a adoptar, tampoco a favor de las parejas heterosexuales».

La conclusión final a la que llega este órgano de autogobierno del Poder Judicial en este apartado IV.3.4 es que «la exclusión conjunta por homosexuales deber ser mantenida y no por una valoración negativa de las relaciones homosexuales (del mismo modo que la conveniencia de mantener la prohibición de que dos hermanos, o dos amigos, puedan adoptar no entraña valoración negativa de la fraternidad o de la amistad), sino sobre todo por ser contraria a la propia estructura y naturaleza de los vínculos que crea la adopción, y por otro lado, por ser también contraria al interés del adoptando, que es el que preside la adopción».

Por su parte, en el apartado V.3.3, con relación a la adopción por homosexuales, se afirma que «estamos ante un efecto sumamente polémico prueba de lo cual son los numerosos análisis (...) que desaconsejan la adopción en el contexto de una unión homosexual desde el punto de vista de la conformación psicológica del menor (por ejemplo, confusión de identidad sexual)». A continuación, el Consejo General del Poder Judicial objeta que se alegue, en defensa de la adopción por parejas homosexuales, el hecho de que en la actualidad se permita a una persona (homosexual), que puede estar conviviendo -o podría convivir- con otra del mismo sexo, adoptar a un menor. Para este órgano «una cosa es que se dé tal posibilidad -y no se enmiende legislativamente- y otra cosa que el legislador, sin valorar si eso es o no positivo o indiferente desde el punto de vista del interés del menor, lo eleve al Código Civil».

Otro problema que observa el Consejo es que, al ser la adopción internacional la mayoritaria en España, ninguno de los países que en la actualidad tienen convenio bilateral con nuestro país, a los efectos de reconocimiento de las adopciones realizadas en el otro Estado, permite la adopción a parejas homosexuales. Esta circunstancia limitaría en la práctica estas adopciones.

En definitiva, el estudio concluye desaconsejando la reforma por los siguientes motivos: a) La existencia de fuertes argumentos que indicarían que el correcto desarrollo del hijo requiere la presencia de un padre y una madre; b) La no necesidad social de buscar nuevas formas de adopción; c) La inidoneidad de las uniones homosexuales para proporcionar al niño adoptado un ambiente de humanización y socialización adecuado, lo que se justificaría por la inestabilidad que caracteriza sociológicamente a las parejas homosexuales; y d) La posibilidad de que las parejas homosexuales (calificadas como atípicas) adopten implicaría postergar el interés del menor, que quedaría supeditado a la necesidad de una minoría de que sus tendencias homosexuales sean homologadas. Comentaré brevemente, a continuación, estas razones esgrimidas en contra de la adopción por homosexuales.

Tras leer y releer el Estudio del Consejo, este humilde jurista no encuentra en dicho texto esos «fuertes argumentos» que apoyarían la supuesta necesidad de la presencia de un padre y una madre. Se insiste reiteradamente en la necesidad de preservar el interés del menor, pero ¿por qué ese interés queda salvaguardado si los adoptantes son heterosexuales y no homosexuales? Existen, como sabemos, estudios psicológicos contradictorios en este punto, por lo que esa salvaguarda del interés del menor, como ha manifestado el propio Tribunal Constitucional, debe analizarse caso por caso, sin prejuzgar. No merece, por otra parte, comentario alguno la referencia a la supuesta «inestabilidad» de las parejas heterosexuales. Por último, no comparto esa apreciación del Consejo de la no necesidad social de buscar nuevas formas de adopción.

Este Informe fue objeto de tres votos particulares por parte de los 9 vocales que votaron en contra del mismo. De estos tres votos particulares, uno de ellos fue suscrito conjuntamente por los vocales Luis Aguiar de Luque, Juan Carlos Campo Moreno, Montserrat Comas d'Argemir, M.<sup>a</sup> Ángeles García García, Javier Martínez Lázaro, Félix Pantoja García y Fernando Salinas Molina. En el mismo se manifiesta que el referido Informe «constituye un manifiesto ejercicio de unas competencias de las que el CGPJ carece, toda vez que a tenor del art. 108 LOPJ (LA LEY 1694/1985) dicho Informe sólo puede ser exclusivamente emitido a instancias del Gobierno sobre Proyectos de ley en curso de elaboración y que versen sobre determinadas materias». Conviene aclarar que el Gobierno no sólo no cursó esa petición sino que explícitamente manifestó su intención de no cursarla (18) . Por tanto, el Consejo General de Poder Judicial se extralimitó en sus funciones al emitir el referido Estudio.

Con relación al contenido del Informe, los firmantes del referido voto particular aluden, en primer lugar, a lo desafortunadas que han sido algunas expresiones, haciendo referencia implícita al párrafo -eliminado (19) finalmente en la versión definitiva aprobada del Estudio- que decía que «llamar matrimonio a las uniones homosexuales supondría un cambio tan radical como llamar matrimonio a la unión entre un hombre y un animal». Estos vocales discrepan de «la concepción del matrimonio que late en dicho texto, asentada en criterios tradicionales, sin duda fuertemente enraizados en los sectores ideológicos tradicionales, pero que (...) no se corresponden con la evolución que en este punto se ha producido en la conciencia social». Cambios en la conciencia social que, a nuestros efectos, han conducido en la actualidad, como se señala en el estudio, a que «los españoles puedan adoptar sin ser interrogados acerca de su tendencia sexual (lo que indirectamente abre la puerta a que personas de tendencia homosexual puedan adoptar)». Comparto la opinión de estos vocales que califican de auténticas «perlas» de conservadurismo referencias como la aludida en el Informe sobre «la inestabilidad que caracteriza sociológicamente a las parejas homosexuales». Esta circunstancia comportaría, recordémoslo, la inidoneidad de las uniones homosexuales para poder adoptar.

Los otros dos votos particulares, suscrito uno ellos por Agustín Azparren Lucas y el otro por Alfons López Tena, no entran a comentar el contenido del Estudio aprobado por el Consejo, centrando su crítica en la improcedencia de la misma emisión del Informe. Ello no obstante, el vocal Azparren recuerda -sin citarla- la desafortunada frase indicada anteriormente que, aunque fue eliminada, ha causado, según él, un daño a la imagen del propio Consejo. Por su parte, el vocal López llega a calificar el contenido del Informe como «constitucionalmente ignaro, jurídicamente falaz, intelectualmente deshonesto, ideológicamente integrista, políticamente sectario, y humanamente indecente».

Comparto todas las críticas señaladas en los votos particulares. El Consejo General del Poder Judicial no debió emitir un informe o estudio sin que mediase petición del Gobierno. Recuérdese que incluso el Ministro de Justicia había manifestado al Consejo su intención de no cursar dicha petición. Además, de acuerdo con el art. 108.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LA LEY 1694/1985), la competencia del Consejo para elaborar estos informes se limita a un conjunto de materias, entre las que no figuraría la abordada en el Anteproyecto de la que posteriormente sería la Ley 13/2005. Con relación al contenido, el informe refleja, como en otras ocasiones, una politización del órgano de gobierno del Poder Judicial. La mayoría conservadora impuso sus convicciones ético-morales-religiosas sobre la familia, ajena a la realidad social. Lamentable.

## **2.4. Las cuestiones y el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 13/2005**

### **2.4.1. Cuestiones de inconstitucionalidad**

Se han planteado diversas cuestiones de inconstitucionalidad (seis en total), promovidas por los titulares de diversos Juzgados de Primera Instancia e Instrucción a cargo de Registros Civiles, en relación con el art. 44, párrafo segundo, del Código Civil, en la redacción dada por la Ley 13/2005, por su posible contradicción con el art. 32.1 de la Constitución (LA LEY 2500/1978). Dichas



cuestiones se promovieron en expedientes matrimoniales tramitados ante los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Denia (Alicante), núm. 3 de Telde (Gran Canaria), núm. 5 de Burgos, y núm. 2 de Cieza (Murcia), encargados de los Registros Civiles de dichas localidades, para acreditar que los que iban a contraer matrimonio civil (dos personas del mismo sexo) reunían los requisitos de capacidad establecidos en el Código Civil.

Con relación a la adopción, las únicas referencias a esta institución que encontramos en las indicadas cuestiones de inconstitucionalidad son las que plantean la Magistrada-Juez encargada del Registro Civil de Denia y el Juez encargado del Registro Civil de Cieza, en sus Autos de 28 de julio de 2004 y de 28 de septiembre de 2007, respectivamente. En el primero de estos Autos, citando el informe del Consejo de Estado analizado anteriormente, se señala la difícil aplicación del art. 178.2.2 del Código Civil (LA LEY 1/1889) en materia de conservación de los vínculos con el progenitor de otro sexo en caso de adopción por uno de los miembros de un matrimonio entre personas del mismo sexo. Problema que, como sabemos (20) , ha resuelto la propia Ley 13/2005 al modificar dicho precepto.

Por su parte, en el Auto del Juez del Registro Civil de Cieza se afirma «que la adopción está pensada en beneficio del adoptado y ni el adoptado ni la adopción como instituto pueden ser un instrumento de legitimación u homologación de las relaciones homosexuales», y que «sustentar el derecho de las personas del mismo sexo a contraer matrimonio con los mismos efectos que los celebrados entre dos personas del mismo sexo, supone hacer pasar por delante del interés del menor las aspiraciones y deseos de quienes deseen adoptar, lo cual se aparta absolutamente de la finalidad de la institución adoptiva». El principio de igualdad no justificaría, según dicho Juez, la posibilidad de adopción de menores, ya que la adopción no estaría concebida en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho de la persona, sino como una institución de protección del menor, constituyendo la adopción por parte de homosexuales, por ello, «un atentado a la verdadera naturaleza de la adopción, el interés del adoptado, para convertirlo simplemente en un derecho más de las personas».

Dos de las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por los titulares de los Juzgados a cargo de los Registros Civiles de Telde y de Burgos, por AATC 418/2005 (LA LEY 311478/2005) y 419/2005 (LA LEY 311479/2005), de 22 de noviembre, respectivamente, fueron declaradas extinguidas al haber sido archivados los respectivos expedientes matrimoniales como consecuencia del desistimiento formulado por los promotores de dichos expedientes.

Las otras cuatro cuestiones de inconstitucionalidad, promovidas por los Jueces encargados de los Registros Civiles de Telde, Denia, Burgos y Cieza, fueron inadmitidas por el Tribunal Constitucional (Autos 505/2005 (LA LEY 2029/2005) y 508/2005 (LA LEY 239414/2005), de 13 de diciembre, Auto 54/2006, de 15 de febrero, y Auto 12/2008, de 16 de enero, respectivamente) por incumplir las condiciones procesales exigidas por los arts. 163 de la Constitución (LA LEY 2500/1978) y 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LA LEY 2383/1979) (21) .

#### **2.4.2. El recurso de inconstitucionalidad**

La Ley 13/2005 también ha sido objeto de un recurso de inconstitucionalidad, interpuesto por más de cincuenta diputados del grupo parlamentario popular (22) . Este recurso, dirigido contra la totalidad de la referida Ley, al día de hoy, todavía no ha sido resuelto por el Alto Tribunal.

A nuestros efectos, interesa destacar que en dicho recurso se pide la declaración de inconstitucionalidad de la Ley 13/2005 por la violación, entre otros preceptos, del art. 39 de la Constitución (LA LEY 2500/1978), en sus apartados 1, 2 y 4, relativos a la protección de la familia, protección integral de los hijos y protección de los niños. Este motivo de inconstitucionalidad es desarrollado en el Fundamento de Derecho Cuarto del recurso.

Los recurrentes interpretan correctamente que «la nueva redacción del art. 175.4 del Código Civil (LA LEY 1/1889), puesta en conexión con el art. 44 del mismo cuerpo legal en su nueva versión, reconoce la posibilidad de que los cónyuges homosexuales adopten hijos conjuntamente». Dicha

previsión «resulta -según se afirma en el recurso- contraria a la protección integral que los poderes deben procurar a los hijos por mandato de la Constitución (art. 39.2), por ser contraria al interés del menor, interés que a su vez se erige en el principio rector de la adopción conforme a las normas del derecho interno (art. 176.1 del Código Civil (LA LEY 1/1889)) y del derecho internacional público (en concreto, el art. 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño) (...). Tal principio se ve confirmado por el artículo II.84.2 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, el cual, además establece expresamente en su párrafo tercero que el niño tiene "derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos con su padre y con su madre salvo si ello es contrario a sus intereses", lo que, a su vez, implica reconocer que la filiación adoptiva tiene como referencia la filiación biológica y, por consiguiente, que el ámbito natural en el que se desenvuelve el menor es la unión heterosexual».

Para fundamentar que la adopción por parte de matrimonios homosexuales es contraria al interés del menor, los recurrentes se apoyan, por una parte, en dos documentos: el Informe del Consejo General de Poder Judicial y el Dictamen del Consejo de Estado, y, por otra, en la «división de opiniones en el seno de la comunidad científica sobre la conveniencia para el adoptado de recibir por padres/madres a una pareja del mismo sexo», división que conduciría, según ellos, a concluir que «hay un riesgo evidente» para el menor. Como prueba de dicho «riesgo evidente» señalan que «en las legislaciones que han abierto el matrimonio a parejas homosexuales, no se permite sin embargo la adopción conjunta». Conclusión y prueba que, como podemos apreciar, son totalmente gratuitas (23) .

Con estos pobres razonamientos se llega a afirmar en el recurso que «el principio de "protección integral de los hijos" que debe regir la actuación de los poderes públicos (incluido obviamente el legislador) se ve conculcado por una norma legal como la impugnada, que opera un cambio de gran envergadura en el ordenamiento jurídico sin la suficiente ponderación y justificación sobre su conveniencia y sobre los potenciales riesgos que depara».

Por último, los recurrentes aluden al mandato constitucional dirigido a los poderes públicos, también incluido en el art. 39.2 de nuestra Constitución, a los que se impone la protección integral de las madres. Para los promotores del recurso, «Tal mandato tiene sentido incluso en supuestos de filiación adoptiva; la madre adoptiva es beneficiaria de ese "plus" de protección constitucional». Sin embargo, «el supuesto deviene -según se afirma en el recurso- imposible si, en caso de adopción conjunta por una pareja de personas del mismo sexo, nos encontramos bien con dos madres, bien con ninguna». De acuerdo con esta rebuscada interpretación, plantean la hipótesis, que ellos mismos califican de absurda, «de que en una adopción por un matrimonio de dos mujeres, ambas serían acreedoras de la "protección integral" de los poderes públicos, y en caso de adopción por matrimonio de dos hombres, ninguno lo sería», lo que comportaría, lógicamente, «una discriminación de las familias por razón de sexo prohibida por la propia Constitución».

Como puede apreciarse, los recurrentes, ante la falta de argumentos sólidos con los que poder basar la inconstitucionalidad de la Ley 13/2005, insisten una y otra vez en la hipótesis de que la adopción por homosexuales sería contraria al interés del menor adoptado y que, por tanto, se vulneraría el principio de protección integral de los hijos reconocido en el art. 39.2 de la Constitución (LA LEY 2500/1978). No está probado ese pretendido «riesgo» que correría un menor al ser adoptado por un matrimonio homosexual. Es más, en el mismo recurso se afirma que la comunidad científica está dividida al respecto, por lo que también podría afirmarse que no existe riesgo alguno. Tampoco, por otra parte, resulta aceptable descontextualizar el mandato constitucional dirigido a los poderes públicos de asegurar la protección integral de las *madres* y preguntarse qué protección existiría en caso de adopción por un matrimonio constituido por dos hombres. Forzar este tipo de interpretaciones pone en evidencia a los propios recurrentes.

El 1 de diciembre de 2005 la Abogacía del Estado presentó ante el Tribunal Constitucional un escrito de alegaciones (24) en el que se oponía al indicado recurso de inconstitucionalidad del Partido

Popular. En dicho escrito se sostiene que la admisión de la adopción por parejas homosexuales no atenta contra el superior interés del menor, rechazándose la pretendida ineptitud general de dichas parejas para adoptar. Se alega también que diversos estudios psicológicos demuestran que apenas existen diferencias entre los menores adoptados por heterosexuales o por homosexuales.

- (1)** Escribía hace unos años José MÉNDEZ que «En la sociedad de nuestros días (...) las uniones no matrimoniales de parejas heterosexuales (...) han adquirido un alto grado de normalidad, no como remedio de hecho a una situación jurídicamente irresoluble como antaño (cuando no existía el divorcio) sino como un fin en sí mismas de relación cuasi matrimonial con vocación de permanencia en una construcción de vida común» (*Méndez Pérez, José, La adopción*, Editorial Bosch, Barcelona, 2000, pág. 69).
- (2)** Con posterioridad, otras Comunidades Autónomas, como la aragonesa, la catalana o la cántabra, han aprobado (o modificado) leyes sobre parejas de hecho en las que también se admite la adopción por parte de parejas homosexuales. Conviene aclarar que, mucho antes de la entrada en vigor de la Ley Foral Navarra 6/2000 (LA LEY 2801/2000), la Comunidad Valenciana había aprobado la Ley 7/1994, de 5 de diciembre (LA LEY 1315/1995), de la Infancia, cuyo art. 28 prescribía que «no será en ningún caso considerada una medida discriminatoria para conceder una adopción, el tipo de convivencia familiar por el que hayan optado libremente aquellos o aquellas que soliciten la adopción». Dicho artículo, como comenta el profesor Javier NANCLARES resultó polémico porque «podría interpretarse como una puerta abierta a la no discriminación de los homosexuales en la adopción». Sin embargo, como nos aclara este mismo autor, «esta interpretación resulta muy discutible, ya que el propio inciso inicial del art. 28 señala con nitidez que «la adopción se regirá, en cuanto a su constitución y efectos, por lo que dispone la legislación civil del Estado», lo cual exige una interpretación de la expresión «aquellos o aquellas que soliciten la adopción» desde la óptica del art. 175 CC (LA LEY 1/1889) y la Disposición Adicional Tercera de la Ley 21/1987 y la heterosexualidad en la que ésta se funda» (*Nanclares Valle, Javier, «La adopción por parejas homosexuales en Derecho navarro. Comentario crítico al art. 8 de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio (LA LEY 2801/2000)», en Aranzadi Civil, núm 8, Parte Estudio, Editorial Aranzadi, 2001*).
- (3)** Sobre esta Ley puede consultarse el trabajo de *Sabater Bayle, Elsa*, «La Ley Foral 6/2000 (LA LEY 2801/2000), de 3 de junio, para la igualdad de las parejas estables, en el Derecho de Navarra: problemas planteados», en *Anales del Derecho, Colección Huerta de San Juan, n.º 5, 2004, págs. 193- 216*.
- (4)** También, por Providencia de 25 de marzo de 2003, el Tribunal Constitucional admitió a trámite una cuestión de constitucionalidad contra el art. 2.3 de la Ley Foral, planteada por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, por supuesta vulneración del art. 149.1.8.ª de la Constitución (LA LEY 2500/1978). Dicho precepto de la Ley Foral, al disponer que «Las disposiciones de la presente Ley Foral se aplicarán a las parejas cuando, al menos, uno de sus miembros tenga la vecindad civil navarra», podría invadir la competencia exclusiva del Estado en materia de conflicto de leyes.
- (5)** Dicho precepto, después de señalar que el Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas, prescribe que dicha impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida.
- (6)** La Catedrática de Derecho Civil María Paz *García*, al comentar este Auto, critica que se califique «como un único interés digno de protección el "interés de los adoptandos, adoptantes y padres por naturaleza", ya que tales intereses, que sin duda existen, son intereses diferentes e incluso, muchas veces contrapuestos» [*García Rubio, María Paz, «La adopción por y en parejas homosexuales» (2004), on line en www.mujeresjuristasthemis.org/novedades/adopcion.PDF*]. En mi opinión, el Tribunal únicamente quería contraponer el interés general, vinculado a la aplicación de la norma, y los demás intereses en juego en una adopción, siendo, por tanto, desmesurada la crítica apuntada.
- (7)** Resulta llamativo el hecho de que la primera adopción de un menor por pareja homosexual tuviera lugar tres años y medio después de haberse aprobado la Ley Foral. Precisamente por este motivo, Nanclares se aventuraba a pronosticar, en marzo de 2001, la marginal eficacia de un precepto cuyo principal efecto y, tal vez, finalidad -según este autor-, radica en su valor socialmente legitimador del fenómeno homosexual (*Nanclares, op. cit.*).
- (8)** Puede consultarse esta resolución judicial en las páginas webs siguientes: [www.derecho-familia.com](http://www.derecho-familia.com) o [www.codigo-civil.net](http://www.codigo-civil.net)

- (9) *Nanclares, op. cit.*
- (10) Puede consultarse esta resolución judicial en la siguiente página web: [www.codigo-civil.net](http://www.codigo-civil.net).
- (11) *Valladares Rascón, Etelvina, «El Derecho a contraer matrimonio y la Constitución», en Aranzadi Civil, núm. 9 Parte Estudio, Editorial Aranzadi, 2005.*
- (12) Ídem.
- (13) Ídem.
- (14) El texto íntegro de este Dictamen puede consultarse en la web del Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Navarra: [www.unav.es/civil/nsd/default.html](http://www.unav.es/civil/nsd/default.html)
- (15) Este artículo no había sido modificado en el Anteproyecto examinado por el Consejo de Estado pero, como hemos podido comprobar en el apartado anterior, sí se le ha dado una nueva redacción en la Ley 13/2005.
- (16) Los 11 votos favorables al Informe fueron emitidos por el Presidente del Consejo y por los 10 vocales elegidos, en su día, a propuesta del Partido Popular. En contra del mismo se pronunciaron los nueve restantes miembros del Consejo.
- (17) Puede consultarse el texto íntegro de dicho Informe y los votos particulares al mismo en la web del Consejo General del Poder Judicial: [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es)
- (18) Tal decisión, según el vocal conservador José Luis REQUERO IBÁÑEZ, ponente del polémico Informe, «ha sorprendido a todos, literalmente, pues -repito- por todos se daba por hecho que esa reforma debía ser informada por el Consejo». Preguntándose sobre el motivo de esta denegación por parte del Gobierno, señala que no son «las desatinadas razones defendidas tanto por el Ministerio como por ciertos Vocales del propio Consejo, sino la sospecha de un informe desfavorable», y que «el buen hacer legislativo y las razonables relaciones institucionales quedan supeditadas a intereses mediáticos y de propaganda» (*Requero Ibáñez, José Luis, «Reformas del Código Civil al servicio de una empresa ideológica», en Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 655, Parte Comentario, Editorial Aranzadi, 2005*). La ideología de este autor se delata en el indicado artículo, en el que, sin ofrecer razón alguna, afirma que la adopción de menores por matrimonios homosexuales «compromete la idea de protección integral que los poderes públicos deben asegurar a los hijos (...), precisamente por ser contraria al interés del menor» (ídem).
- (19) Este párrafo fue suprimido a instancias del Presidente del Consejo General del Poder Judicial, Francisco José Hernando.
- (20) *Vid. supra, 2.1 La ley 13/2005 de 1 de julio (LA LEY 1071/2005).*
- (21) El Alto Tribunal, a nuestro entender acertadamente, considera que el desempeño de la actividad de un Juez con relación al Registro Civil no es una función jurisdiccional ni puede calificarse de jurisdiccional la decisión que se adopte en un expediente matrimonial. Decisión que puede ser objeto de recurso y revisión ante un órgano administrativo. Ello no obstante, en todos estos Autos se presentaron Votos particulares de Magistrados discrepando de la opinión de la mayoría de miembros del Tribunal Constitucional sobre esta falta de legitimación.
- (22) Puede consultarse el texto íntegro de este recurso de inconstitucionalidad en la web del Departamento de Derecho civil de la Universidad de Navarra.
- (23) Existen informes de expertos que no apreciarían esos «riesgos» para un menor adoptado por homosexuales. En este sentido, Jesús Palacios, Catedrático de Psicología Evolutiva y de la Educación de la Universidad de Sevilla, señala que «son muchas las investigaciones publicadas en revistas científicas de primer nivel internacional que han mostrado que se puede crecer en una familia encabezada por dos personas del mismo sexo y ser un niño o una niña feliz y sin especiales problemas» (*Palacios,*

Jesús, «Matrimonio, adopción y homosexualidad», en el periódico *El País*, 28 de junio de 2005, pág. 38).

Pueden consultarse las comparecencias de diversos expertos, pronunciándose unos a favor de la adopción por homosexuales y otros en contra, en la tramitación de la Ley 13/2005 en el Senado (Diario de Sesiones del Senado, Comisión de Justicia, 20 de junio de 2005).

- (24)** No he podido tener acceso al texto íntegro de estas alegaciones. La información ha sido recogida de los medios de información periodística (*El País* y *ABC*, 2 de diciembre de 2005, págs. 33 y 44, respectivamente).