

La problemática para el derecho civil de la aplicación del reconocimiento internacional de las adopciones por parejas homosexuales desde el punto de vista del derecho comparado de en los sistemas civilístico y angloamericano

The civil law problem in the international recognition of gay adoptions from the viewpoint of comparative law of the civil law and angloamerican systems

Isidoro Casanueva Sánchez*

Fecha de recepción: 17 de marzo de 2020

Fecha de aceptación: 20 de abril de 2020

RESUMEN

La adopción de menores por parejas homosexuales es un fenómeno reciente que plantea numerosos interrogantes, tanto desde su concepción, aceptación y reconocimiento internacional, que pueden generar conflictos entre derechos fundamentales, a nivel interno pero también a nivel internacional. En este texto se abordan algunas tensiones y discusiones surgidas en la doctrina y la jurisprudencia junto a sus implicaciones prácticas.

Palabras clave: Adopción. Derecho civil. Derechos fundamentales. Reconocimiento internacional de actos jurídicos

ABSTRACT

Gay adoptions are a recent phenomenon that suggest many questions, from its conception to its international recognition that may introduce conflicts among fundamental rights, internally and internationally. This text addresses some tensions and discussions that have arisen in doctrine and jurisprudence together with their practical implications

Keywords. Adoption. Civil law. Human rights. International recognition of acts.

* Licenciado en Derecho y Doctor en Derecho. Profesor de Derecho privado de la Universidad de Extremadura. Correo ics@unex.es

INTRODUCCIÓN

La polémica modificación del Código civil español que abrió las puertas a los matrimonios entre parejas del mismo sexo ha supuesto una revolución en nuestro ordenamiento iusprivatístico, sin parangón desde la reforma que introdujo la disolución voluntaria del vínculo matrimonial, o divorcio. Mucho ha llovido desde entonces, y lo que había aparecido como una reforma polémica que algunos calificaron de “catástrófe”, hoy está plenamente consolidada y nuestro Código civil estaría alejado de la realidad social de nuestro país sin ella. La introducción del divorcio se hizo para modernizar nuestra legislación asemejándola a la de los países de nuestro entorno. Sin embargo la extensión del matrimonio a parejas del mismo sexo es una reforma revolucionaria, en el sentido de que no es una adaptación a la legislación de nuestro entorno, sino que es una novedad que sólo Holanda había introducido hasta el momento. Lo que espera el legislador patrio es ser de los primeros en transitar por un sendero que espera que otros muchos recorran. Ríos de tinta se han escrito sobre esta reforma (como ocurrió en su momento con aquella del divorcio). No es mi intención incidir en ese aspecto más en este momento, pues el objetivo del presente artículo es otro: comentar una consecuencia lógica de la reforma que de ella se desgaja y naturalmente debe aparecer en la realidad jurídica y ponerse de manifiesto, como veremos que está ocurriendo ya.

Los cambios en la Ley traen siempre consigo una serie de consecuencias. Unas son buscadas por el legislador, que al modificar la norma busca unos efectos por él deseados. Lo que ocurre es que esos efectos no se agotan donde se desea inicialmente. Las acciones y omisiones legislativas además de esas consecuencias deseadas traen otras no previstas, algunas deseables y otras de al menos dudosa conveniencia. La extensión del negocio jurídico matrimonial a uniones entre personas del mismo sexo ha supuesto un ligero cambio en la redacción del artículo 44 del Código civil español que define el matrimonio, y por ende, de la Ley 13/2005 de 1 de julio, que sin embargo implicó un inmenso cambio en la concepción jurídica de la institución del matrimonio. Las consecuencias directas son las conocidas y deseadas por el legislador: que personas del mismo sexo puedan unirse en matrimonio. Ello conlleva que estas uniones no puedan diferenciarse de las uniones matrimoniales tradicionales entre hombre y mujer. Los efectos del matrimonio han de ser los mismos en todas las uniones y lo contrario sería vulnerar el espíritu de la reforma. Como veremos, la realidad nos trae efectos que no habían sido previstos y que pueden traer consecuencias no deseadas en una primera aproximación.

Que el matrimonio es la categoría civil más adecuada para el más correcto desenvolvimiento de la vida familiar en pareja es algo que tradicionalmente se ha dado por hecho, pero los tiempos cambian y la realidad evoluciona. Aunque

siempre se ha entendido, debido a la constante influencia que la religión católica ha tenido sobre esta institución civilística, que el matrimonio era para toda la vida y probablemente así aspiran a que sea la mayoría de las parejas que a él acceden, lo cierto es que de acuerdo con el Instituto Nacional de Estadística, la convivencia suele durar, como media, 15,6 años. Algo más de la mitad de los matrimonios rotos el año 2009 tenía hijos menores de edad. En el 57% de los casos se asignó una pensión alimenticia cuyo pago recayó mayoritariamente en el padre (88,7%). La custodia, sin embargo, recae en las madres en un 84% de las veces. El gran salto en el aumento del número de divorcios tuvo lugar en el período que va desde 2005 (cuando se aprobó la reforma del divorcio, pasando este a ser concedido por los Tribunales sin necesidad de alegar causa alguna y sin obligación de un período mínimo de separación previa) al año 2006, en el que aumentaron más de un 70%; aunque después su número no ha dejado de caer poco a poco.

La adopción es una de las prerrogativas que el Código civil otorga a los ciudadanos. No es necesario el matrimonio para adoptar. La adopción individual está contemplada dentro de la amplitud de la figura, lo cual incluye por supuesto que una persona homosexual pueda adoptar de forma individual¹. También pueden adoptar las parejas de hecho heterosexuales. El problema surge cuando la adopción es pretendida por una pareja o matrimonio compuesto por dos personas del mismo sexo de forma conjunta. Si un homosexual puede adoptar de forma individual (denominada adopción monoparental), ¿Cuál es el problema para que dos personas homosexuales puedan adoptar, no de forma individual, sino como pareja? Desde la perspectiva civilística, la reforma del Código civil ha abierto la puerta a este tipo de adopciones a través de la nueva redacción del Art. 175.4². La equiparación total en cuanto a requisitos y efectos que ha introducido el Art. 44 no deja lugar a dudas: la adopción se permite a todas las uniones matrimoniales³. Otra cosa es la perspectiva registral y administrativa, que plantea muchos más problemas, dada la falta de adecuación del legislador de la normativa sobre adopción fuera del código civil.

La oposición al acceso a la adopción conjunta por una pareja de homosexuales es poderosa, pero como afirma el refundador del utilitarismo John Stuart Mill en el siglo XIX: toda la historia de los avances sociales es una serie de transiciones, en las que una tradición o costumbre tras otra, de ser considerada de

1 Lo contrario sería una flagrante vulneración del art. 14 de la Constitución. Ha de añadirse que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su Sentencia *E.B. v. Francia* de 22 de enero de 2008, estableció que en materia de adopción no es posible la discriminación en base a la orientación sexual del adoptante.

2 Incluso algunas leyes autonómicas han introducido el permitir la posibilidad de adoptar para las parejas de hecho homosexuales (Navarra, País Vasco, Cantabria, Aragón y Cataluña).

3 Como indica Judith Solé Resina, (“Adopción y parejas homosexuales”, en Navas Navarro. *Matrimonio homosexual y adopción*, Madrid, 2006, pp. 209 y 218) sin diferenciación entre “en” y “por” parejas homosexuales.

primera necesidad para la coexistencia social, pasa al elenco de las consideradas universalmente injustas y tiránicas, como ha sido el caso de la distinción entre esclavos y personas libres, entre nobles y siervos o patricios y plebeyos; y así será, siéndolo ya en parte, para con las predominancias en materia de color, raza y sexo. La utilidad es el beneficio de los individuos y de la sociedad en general que traen esos avances. En este artículo pretendemos mostrar que, una vez reconocidos los matrimonios homosexuales, el legislador no puede constitucionalmente eludir abordar la cuestión de la adopción por tales parejas. Ello conlleva el análisis del principio de utilidad de las categorías jurídicas para la sociedad en general y que la adopción por personas homosexuales entre o no en conflicto con los ideales de justicia moral y ecuanimidad. La principal razón es que cuantos menos niños tenga que custodiar el Estado, será mejor para la sociedad; y si se hace feliz a una serie de adultos otorgándoles el cuidado de esos niños, además de reducir la carga del Estado, se incrementa el nivel de felicidad de los ciudadanos, que debe ser el primer objetivo del Estado⁴. Pero en el otro lado de la balanza se encuentra la garantía más allá de toda duda razonable de que el interés del menor quedará garantizado.

Se habla habitualmente, en otro orden de cosas, del “final del instituto de la familia”, o al menos de una desestructuración o pérdida de valores de la familia tradicional, aunque la institución de la familia lo que está es en proceso de renovación y de pluralización. El tipo tradicional de familia seguirá existiendo, con su tradicional escala de valores, pero vamos a asistir a su coexistencia con otros tipos de familias que hasta ahora eran desconocidas, como la familia de progenitores homosexuales, donde se comparte una serie de valores con la familia tradicional (a la vez que se incorporan nuevos principios de tolerancia, libertad, intimidad e igualdad sexual⁵) a los que no hemos estado acostumbrados ni han sido muy usados hasta hace bien poco.

Quizá este artículo plantee más interrogantes que soluciones desde el punto de vista del Derecho positivo, pero dada la situación de la doctrina legal en este momento, no puede ser de otra manera. Esas soluciones han de venir dadas por el legislador. Del sentido que se dé a la adaptación de diversas normas de nuestro ordenamiento a la modificación del Código civil de hace ya cinco años dependerá el futuro de la institución de la adopción en el Derecho patrio y, tal y como mencionaremos en el curso de este artículo, la futura felicidad de muchas parejas y el bienestar de muchos niños que no gozan de un hogar.

4 Sandel, Michael J. *Justice: What's the Right Thing to Do?*, Nueva York, Farrar, Straus and Giroux, 2009, pp. 186 y 187.

5 El sexo, o mejor dicho, la sexualidad, que no era cuestión excesivamente relevante en las relaciones familiares hasta hace unas décadas, se ha convertido, sin embargo, en una de las cuestiones principales en los cambios que el Derecho de familia ha venido experimentando. Puede verse la gran variedad de asuntos que la pluralidad de la sexualidad está representando en esta evolución en: Leonard, Arthur S. *Sexuality and the law*, Nueva York, Routledge, 1993.

EL MATRIMONIO: LOS DERECHOS Y DEBERES QUE IMPLICA EN RELACIÓN A LA ADOPCIÓN

España ha sido uno de los países pioneros⁶ en el reconocimiento de los matrimonios entre personas del mismo sexo. A pesar del debate que ha suscitado en la sociedad, la reforma es un hecho y ahora hay que analizar sus consecuencias y las novedades que ha traído a la convivencia. Lo primero que hay que decir es que no nos encontramos propiamente ante un reconocimiento de estas uniones. Es una equiparación en toda regla. Tal y como ha quedado redactado el artículo 44 Cc, el legislador ha hecho especial hincapié en dejar meridianamente claro que legalmente no puede existir, y de hecho no existe, diferencia alguna entre matrimonios convencionales heterosexuales y homosexuales. Y ello es aplicable tanto a los requisitos como a los efectos del matrimonio.

Uno de los efectos que trae consigo el matrimonio es la procreación dentro de un entorno familiar tal y como se ha entendido tradicionalmente, y que da lugar a la filiación matrimonial. La filiación matrimonial puede aparecer como consecuencia del nacimiento de un hijo de forma natural, con concepción asistida o sin ella, o por adopción legal. Para los matrimonios heterosexuales, este es un proceso sin mayores complicaciones, sean procedentes de la naturaleza o del Derecho. Pero para los matrimonios homosexuales, el poder tener hijos parece un proceso donde los obstáculos naturales aparecen a primera vista como insalvables, y los legales parecen ser muchos. Ciertamente la naturaleza no es aliada de cara a la procreación por parte de las parejas homosexuales⁷. Y recordemos que la procreación no se encuentra ni entre los derechos ni entre los deberes conyugales, como tampoco entre los derechos fundamentales. Existen muchos matrimonios que por no desearlo, tener dificultades o por cualquier otra razón ajena a su voluntad, no tienen descendencia, y no por ello su matrimonio es incompleto o queda privado de alguno de los derechos que le

6 Junto a Holanda y Suecia en Europa, México D.F. en Sudamérica y algunos Estados de EE. UU. Para llegar a esta reforma, el camino hasta su maduración ha sido largo, como se describe en: Cantor, Donald et al. *Same sex marriage: The psychological evolution in America*, Middletown, Wesleyan University Press, 2006. Recordemos que en aquél país las relaciones sexuales homosexuales, incluso en privado, estaban criminalizadas en algunos estados hasta el año 2003, fecha en la que Tribunal Supremo de los Estados Unidos las despenalizó en el caso Lawrence v. Texas (Lawrence v Texas, 539 U.S. 558 [2003]), a pesar de que sólo dieciséis años antes había confirmado su criminalidad en el caso *Bowers v. Hardwick* (478 U.S. 186 [1986]). Y es que ha de tenerse en cuenta que en ese país incluso los matrimonios interraciales estaban prohibidos en algunos estados hasta el año 1967, cuando el Tribunal Supremo los legalizó a través del célebre caso Loving v. Virginia, 388 U.S. 1 (1967). Tendencia confirmada en un caso similar con respecto a la custodia de un menor en *Palmore v. Sidoti*, 466 U.S. 429 (1984), donde un padre pretendía que se le retirara la custodia de su hijo a su madre porque esta se había involucrado sentimentalmente con un hombre de raza negra, siendo ella, el marido y el niño, blancos.

7 La complejidad de las vicisitudes por las que este tipo de parejas han de pasar para conseguir ser padres o madres son de lo más variopinto. La ciencia ha añadido algunas más a las ya conocidas desde hace tiempo de la adopción o las madres de alquiler, como la fecundación *in vitro*. La literatura acerca de estas es abundante en la red. También se han publicado muchas guías prácticas o incluso relatos novelados: Blanc, Myriam. *Et elles eurent beaucoup d'enfants. Histoire d'une famille homoparentale*, Manosque, Le Bec en l'Air, 2005.

son inherentes. Un matrimonio o pareja sin hijo es simplemente una variante más de la diversidad que la realidad ofrece. Estas parejas no gozan por tanto en nuestro ordenamiento jurídico, de ninguna acción para reclamar que el Estado les proporcione la adopción.

LA ADOPCIÓN COMO DERECHO Y FUENTE DE OBLIGACIONES

La adopción aparece ciertamente configurada como un derecho, pero solemos olvidar que es básicamente del adoptado más que del adoptante. Sin embargo, también estos últimos gozan de ciertos derechos, aunque ya dentro del procedimiento de adopción: el derecho a optar a una adopción o el derecho a hacerlo en igualdad de oportunidades. De hecho, el interés jurídico protegido no es el bienestar del adoptante, sino el del adoptado: es el bienestar del menor en torno a lo que gira la moderna configuración de la adopción. No es el derecho a adoptar el bien jurídico protegido. Nuestra Constitución en ningún momento recoge el derecho a adoptar como un derecho digno de protección. No hay un derecho a adoptar entendido como derecho reivindicable: esto sería desplazar la titularidad del derecho a la adopción, que recae solo sobre el menor adoptado. El derecho a formar una familia en ningún momento implica que la familia tenga que gozar de descendencia, pues hay muchas parejas que no la tienen y no por ello ven sus derechos constitucionales vulnerados. Alegar que la adopción es un derecho constitucional en base al derecho a formar una familia es una tergiversación de qué debemos entender como familia, reduciéndola a la mera procreación. El concepto de familia es mucho más amplio y en él encajan perfectamente las parejas sin descendencia.

Lo mismo podemos alegar en cuanto a ese supuestamente pretendido derecho a la procreación⁸: el derecho a tener hijos tampoco es un derecho constitucionalmente reconocido ni debe ser englobado dentro del derecho a una familia por las mismas razones anteriormente expuestas.

En ambos casos, el superior derecho invocable es el del menor a tener una familia, el cual será en beneficio del menor y no de ningún adoptante. El que el menor goce de una familia sí puede englobarse dentro del derecho a tener una familia y es un derecho que viene dado en interés de la sociedad en general. El interés del menor es el objetivo que busca la adopción⁹. Cualquier consideración que se haga

8 Vid. Wilkins, Richard G., Christensen, Trent y Selden, Eric. "Adult sexual desire and the best interest of the child", en *Saint Thomas Law Journal*, Vol. 18, No. 2, 2005, pp. 543 y 544.

9 Para la conceptualización de en qué consiste el interés del menor: Rivero Hernández. *El interés del menor*. Madrid, Dykinson, 2000, pp. 35 y ss. Aunque no es cuestión específica en un buen número de aspectos acerca de hasta dónde alcanza ese interés, pues la concepción de bienestar del menor entra en conflicto en ocasiones con su propio interés. Es por ello que no es tan sencillo en ocasiones esa determinación (Cfr. Michael, Eleanor. "Approaching Same Sex Marriage: How Second-Parent Adoption Cases Can Help Courts Achieve the 'Best

en materia adoptiva ha de verse desde el tamiz de este principio, que debemos considerar como la norma suprema de la adopción. Dicho esto, consideraremos las razones a favor y en contra de la adopción por personas homosexuales sin perder de vista este principio, pero podemos avanzar que negar la posibilidad de que estas personas adopten no es un argumento directo a favor del mejor interés del menor¹⁰. Restringir la posibilidad de gozar de un hogar de adopción frente a la vida en la inclusa no es un principio general aceptable en su defensa. Además del mejor interés del menor, debemos introducir su concepto correlativo: el menor perjuicio al interés del menor¹¹, el cual es un concepto subsidiario cuando en este orden de cosas debemos buscar la alternativa que menor daño le cause, si es que no nos ponemos de acuerdo en cuál es su mejor interés.

La adopción es una figura que como hecho se usa desde los albores de la humanidad (incluso algunos animales la utilizan) y como figura legal se conoce desde el Código de Hammurabi¹². Como es lógico, si el objetivo intrínseco de las especies es la supervivencia, y esta pasa por que los menores lleguen a la edad adulta y tengan la oportunidad de procrear y conservar la especie, entonces la protección de menor ha de ser uno de los principales objetivos de la especie, y por ende, de una de sus creaciones, el ordenamiento jurídico¹³. Si tenemos en cuenta que un menor solo casi no tiene posibilidades de sobrevivir hasta que no alcanza cierta edad, es lógico que un adulto se haga cargo de él hasta esa edad. La figura que el hombre ha inventado para darle forma jurídica es la adopción. Por ello, la adopción trata de la protección del menor hasta la llegada de este a su edad adulta, y es su interés el que debe primar dentro de la categoría jurídica que hemos configurado como un negocio jurídico y que llamamos adopción. La equiparación legal de todas las filiaciones es una consecuencia más de este principio, y una ayuda para que la adopción sea entendida como un proceso más natural y no sea socialmente denostado. Este paso legal ha sido fundamental para ayudar a que la percepción social de la filiación adoptiva no sea considerada

Interest of the Same-Sex Family”, en *Connecticut Law Review*, vol. 36, No. 4, 2004, p. 1447). Estamos de acuerdo en que la alimentación, alojamiento y escolarización son lo fundamental, pero eso lo provee también el Estado. El bienestar del menor va más allá, y es en este aspecto donde la indeterminación del concepto se hace patente: conceptos como el cariño, el apoyo, la seguridad o la protección no están suficientemente definidos intrínsecamente como para estar exentos de controversia. Para diferentes aspectos relacionados con el bienestar del menor, véase: *Child Welfare*, vol. LXXXV, No. 3, Mayo/Junio 2006, donde aparecen diferentes artículos desde diversos puntos de vista académicos y prácticos en relación al tema que en este artículo tratamos.

- 10 “Developments in the Law: Sexual Orientation and the Law”, en *Harvard Law Review*, vol. 102, No. 7, 1989, pp. 1645 y 1646.
- 11 Cfr. Goldstein, Joseph, et al. *The best interests of the child: the least detrimental alternative*. Nueva York, Free Press, 1998.
- 12 Preceptos 185 y ss. Para su evolución en España: Otero Varela, Alfonso. *Dos estudios histórico jurídicos: el riepto en el derecho castellano-leonés: la adopción en la historia del Derecho español*, Roma y Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas Delegación de Roma, 1955.
- 13 En general: Brodzinski, David M y Schechter, Marshall D. *The psychology of adoption*, Nueva York, Oxford University Press, 1990.

como de segunda clase o de inferior valor que la filiación natural o de sangre. Esta percepción ha sido dominante durante mucho tiempo en nuestra sociedad, y solo poco a poco, las nuevas generaciones que ya han nacido y han vivido con normalidad la igualación de las filiaciones están comenzando a cambiar.

Lo que ahora vemos como un deseo de muchas personas, durante siglos fue una carga, y adoptar suponía un sacrificio desde el punto de vista económico. Es además indudable que la genética (el poder de la naturaleza) predomina sobre las leyes de los hombres (la adopción). No se puede subestimar el lazo de sangre que está embebido en nuestro código genético y que nos lleva a querer más a los de nuestra propia sangre. Es cierto que el trato trae el cariño en la mayoría de los casos, pero el lazo de sangre es más poderoso que el legal y el afectivo¹⁴. Es por ello normal que siempre se haya preferido la adopción por parte de familiares del menor que por extraños, a pesar de que en ocasiones no fuera preferible económicamente. Sólo el transcurso de un largo período de tiempo y la madurez pueden llevar a que el lazo afectivo supere al lazo de sangre.

Los adoptantes gozan de una serie de derechos y están sometidos a una buena serie de obligaciones, mientras que el menor carece de obligaciones y solo está para disfrutar de los derechos que la filiación le cualifica para recibir de sus progenitores (al menos hasta alcanzar la mayoría de edad). Por ello, entendemos que la función social de la adopción es la de dotar al menor con los instrumentos para su más correcta socialización y educación psicoafectiva: un hogar donde los principios afectivos y sociales le sean inculcados por unos progenitores que simultáneamente a esta función educadora, actúan como protectores de la integridad económica, física y emocional del menor hasta su llegada a la edad adulta. Entendemos que los progenitores van a realizar esta función mejor que el Estado, dada su inmediatez, frente a la impersonalidad y distancia que

14 Por ello siempre se ha mantenido el secreto acerca de las identidades de adoptantes y adoptados. Estos registros son en la actualidad secretos, aunque la tendencia es que dejen de serlo (Cfr. Carp, Wayne E. *Family matters: Secrecy and disclosure in the history of adoption*, Cambridge, Harvard University Press, 1998, pp. 223 y ss). Las personas adoptadas muchas veces desean saber su verdadera procedencia genética, y una vez llegada la mayoría de edad hay pocas razones para oponerse a que les sea desvelada. Por otra parte, los avances médicos cada vez tienen que ver más con técnicas donde la genética juega un papel determinante y esta puede ser la llave para la curación de una persona: pensemos en el caso de un trasplante de médula. Por ello cada vez más están produciéndose las denominadas adopciones abiertas, donde los progenitores naturales y los adoptantes se conocen y a veces incluso acuerdan que el menor mantenga lazos con sus padres naturales, como un régimen de visitas. Lo cierto es que no fue hasta después de la II Guerra Mundial que la incomunicación entre adoptantes y progenitores naturales se estableció como regla, en base a teorías psicoanalíticas que conceptualizaban negativamente a estos últimos y estimaban que debían ser apartados de la vida del menor (Cfr. Cahn, Naomi. "Perfect Substitutes or the Real Things?", en *Duke Law Journal*, vol. 52, No. 6, 2003, p. 1077). Anteriormente no se prohibía legalmente el contacto post-adoptivo del o de los progenitores con el menor. Hoy se entiende que las adopciones abiertas no solo son posibles, sino recomendables en algunos casos, como ha demostrado su éxito en los países que las aceptan. Ello es así porque con ellas se consigue que en los casos en que aparecen tensiones por la incógnita de saber la procedencia biológica, el acceso a ese conocimiento (e incluso el contacto) soluciona el trastorno que el desconocimiento proporciona a la persona.

caracteriza la actuación de las Administraciones públicas. La función del Estado consiste en la selección de las mejores personas posibles para la realización de tales funciones¹⁵. En este sentido, la equiparación de filiaciones debería hacer olvidar los prejuicios de la filiación adoptiva frente a la biológica y que la selección de candidatos para adoptar sea más abierta, alejándose del principio de que la familia tradicional es la única capaz de llevar a cabo la correcta socialización del menor. Se aceptará así la realidad social de la diversidad de opciones de vida que se dan en la actualidad, tanto desde el punto de vista de la elección de la propia sexualidad como del modo de convivir en pareja. No olvidemos que la discriminación puede ser tanto por acción como por omisión asentada en concepciones discriminatorias que configuran prejuicios que hoy consideramos no aceptables en la sociedad civil laica que nuestra Constitución consagra, y que deben permanecer relegados a la esfera privada de las personas y de las comunidades a las que estas pertenecen¹⁶.

NUEVOS TIEMPOS, NUEVAS FAMILIAS

Como indicábamos en el caso del divorcio al comienzo de este artículo, las realidades sociales de las sociedades evolucionan y cambian. El concepto de unión entre dos personas que teníamos hace unas décadas es ostensiblemente diferente del que hoy en día entienden los ciudadanos. Una de las funciones de la legislación es mantenerse de acuerdo con las demandas de la sociedad. Dicho en otras palabras, la teoría jurídica debe compatibilizarse con los avances sociales de modo que, tomándolos como referencia, la normativa se adecúe a tales avances. La unión entre dos personas no cabe duda que es el germen de la institución que llamamos “familia”. Consecuentemente con la evolución del concepto de unión que se ha producido, también el concepto de familia se ha visto involucrado en esa evolución. Estamos viviendo un momento de la historia en el que el concepto de familia está viviendo una rápida transformación en muchos frentes¹⁷ y el ordenamiento jurídico es proverbialmente lento en

- 15 En otros países, como Estados Unidos, esa función es posible prestarse de manera privada y por ello existe la posibilidad de que sea realizada por agencias de adopción particulares, configuradas como entidades sin ánimo de lucro supervisadas por el gobierno.
- 16 Desde una concepción aristotélica de la justicia, nos vemos obligados a dar a cada uno lo que se merece, lo que se considera que le es propio. Si se les está otorgando el derecho a formar uniones legales estables, ello conlleva, nos guste o no, que también puedan optar por formar una familia al completo a menos que haya una causa que les prive del derecho a recibir tal beneficio. Veremos más sobre este respecto al considerar a quién le corresponde la carga de la prueba en cuanto a la idoneidad de las parejas homosexuales para poder adoptar.
- 17 No solo en el tema de la adopción que ahora tratamos, y en cómo se forman las familias, sino en aspectos comunes a todo tipo de familias, independientemente de cómo se formen: cuáles son los elementos constitutivos de la familia, cuál es la relación entre los miembros que la integran en el sentido de cuáles son las obligaciones morales entre ellos, cuánto duran esas obligaciones... Cfr. Cahn, Naomi. “The moral complexities of family law”, en *Stanford Law Review*, vol. 50, No. 1, 1997, pp. 225 y ss. Shanley, Mary Lyndon.

adaptarse a las demandas sociales en un buen número de aspectos¹⁸. La mejor adaptabilidad es una de las ventajas que el sistema del Common Law argumenta frente a la lentitud que el régimen estatutario confiere al sistema continental.

Por un lado, la cifra de enlaces oficiados en España en 2009 por la vía civil ha superado a los matrimonios religiosos, algo que ocurre por primera vez en una década, ya que desde el año 2000 siempre fueron mayoría las bodas celebradas en la Iglesia católica¹⁹. En concreto, el año pasado se celebraron 94.993 bodas por la vía civil, frente a las 80.174 oficiadas por la Iglesia; un año antes, la proporción era de 99.104 religiosas (un 19% más) frente a 94.170 civiles. En cuanto a los enlaces realizados por otros ritos religiosos, en 2009 fueron 785, en línea con años anteriores²⁰. La tendencia a imponerse el contraer matrimonio por el rito civil en vez de por el rito religioso se acrecienta y es, a nuestro juicio, un síntoma del cambio social que se está produciendo en España. La secularización de la sociedad implica a efectos matrimoniales que los ciudadanos tienden a confiar más en las estructuras del Estado que en las de la iglesia católica para la organización de su vida en pareja. Pero también es consecuencia de un cambio de mentalidad.

La familia tradicional compuesta por dos progenitores de diferente sexo que de manera natural engendraba una prole más o menos numerosa es un concepto que, si se quiere entender como socio-familiarmente hegemónico, no es ya el universalmente aceptado²¹. La diversidad en la realidad social es patente. Este concepto ha quedado ya desfasado en el sentido de que no es ya el hegemónico; a este régimen tradicional se han unido otras tipologías familiares. Las técnicas de reproducción que la ciencia ha puesto a nuestra disposición han cambiado el paradigma de que la ley no tenía que elegir entre la paternidad biológica y la social²², pues como veremos, las técnicas de reproducción artificial, la maternidad

Making babies, making families. What matters most in an age of reproductive technologies, surrogacy, adoption and same-sex and unwed parents, Boston, Beacon, 2001, pp. 1 y ss.

- 18 Cfr. Christensen, Craig W. "Legal ordering of family values: The case of gay and lesbian families", en *Cardozo Law Review*, vol. 18, No. 4, 1997, p. 1302. Gatos, Pamela. "Third parent adoption in lesbian and gay families", en *Vermont Law Review*, vol. 26, No 1, 2001, p. 197.
- 19 Según los datos provisionales del Instituto Nacional de Estadística https://www.abc.es/sociedad/bodas-civiles-201010090000_noticia.html.
- 20 Desde el año 2000, el número de enlaces civiles ha ido en aumento mientras se reducía el de celebrados en la Iglesia. En aquel momento se oficiaron 163.636 matrimonios religiosos, frente a los 52.255 oficiados por jueces, alcaldes, concejales y demás personal autorizado. En el año 2004, por primera vez los enlaces civiles superaron los 80.000 y los oficiados en la iglesia bajaron de 140.000, cifra que hasta entonces se superaba con holgura. En 2005, los matrimonios religiosos fueron 126.291 y los civiles 81.206. Ya en el año 2007, las bodas civiles superaron las 91.000 frente a las 109.811 que celebró la Iglesia. Fuente: Instituto Nacional de Estadística https://www.abc.es/sociedad/bodas-civiles-201010090000_noticia.html.
- 21 Véase en general: Elovitz, Marc E., y Schneider, Cynthia. *Legal issues facing the nontraditional family*, Nueva York, Practising Law Institute, 1995.
- 22 Cfr. Ellman, Ira M. "Thinking about custody and support in ambiguous father families", en *Family Law Quarterly*, vol. 36, 2002, p. 52.

subrogada (gestación de sustitución, más conocida como “vientre de alquiler”²³) y ciertas adopciones novedosas en nuestra estructura jurídica, lo desafían²⁴, no solamente en cuanto a la posibilidad de concebir de manera diferente a la natural, que origina que la prole o parte de ella haya nacido con genes diferentes a los de sus progenitores o que la fecundación se haya producido fuera del cuerpo de la madre. Me estoy refiriendo principalmente a las familias que denominamos homoparentales, o sea, compuestas por dos progenitores del mismo sexo²⁵. En ellas, la prole no nace por el procedimiento tradicional, pues es necesario un apoyo científico y legal para que estas parejas puedan formar una familia con descendencia. La ley debe naturalmente adaptarse a las realidades sociales si queremos que sea percibida por los ciudadanos como digna de ser acatada²⁶; y a día de hoy la legislación española se encuentra entre las que proporciona un marco en el que las parejas homosexuales son tratadas igualitariamente con respecto a las parejas tradicionales en cuanto a las categorías del derecho de familia, lo cual es bastante novedoso en nuestro entorno jurídico²⁷.

No es una novedad que se quiebren los paradigmas establecidos en un momento dado y sean sustituidos por unos nuevos. Esto es pura evolución de la sociedad

- 23 Para la conceptualización jurídica de esta figura en el Derecho anglosajón, donde se han escrito ríos de tinta sobre el tema, los artículos más citados que sintetizan la doctrina legal y doctrinal hasta el momento son: Andrews, Lori B. “Beyond Doctrinal Boundaries: A Legal Framework for Surrogate Motherhood”, en *Virginia Law Review*, vol. 81, No. 81995, pp. 2343 y ss. Garrison, Marsha. “Law Making for Baby Making: An Interpretive Approach to the Determination of Legal Parentage”, en *Harvard Law Review*, vol. 113, No. 4, 2000, p. 837 y ss.
- 24 Vid.: Joslin, Courtney G. “Interstate Recognition Of Parentage In A Time Of Disharmony: Same-Sex Parent Families And Beyond”, en *Ohio State Law Journal*, vol. 70, No. 3, 2009, pp. 594 y ss.
- 25 O incluso tres progenitores, como el caso que plantea Gatos, Pamela (un caso real en Massachusetts que relata en: “Third parent adoption in lesbian and gay families”, *op. cit.* pp. 195 y ss) donde el donante masculino para los hijos de cada una de las dos mujeres que forman pareja, comparte los derechos y obligaciones parentales con ellas dos.
- 26 En este sentido, es interesante la apreciación que hace Timothy E. Lin (en “Social Norms and Judicial Decisionmaking: Examining the Role of Narratives in Same Sex Adoption Cases”, en *Columbia Law Review*, vol. 99, No. 3, 1999, pp. 739 y ss.) sobre el papel que juega la individualización de los casos frente a la generalidad como colectivo de las personas homosexuales, muy en línea con las ideas de la Escuela Crítica del Derecho. Aduce que la empatía personal (hacia las personas concretas implicadas) que despiertan las historias de éxito de este tipo de adopciones, por ejemplo, esa pareja gay que tiene en acogida a cinco niños con SIDA o aquella otra que acogió a una niña con desórdenes de la personalidad y problemas de disciplina que había pasado por innumerables familias de acogida anteriormente y consiguió que terminara la educación secundaria y fuera a la Universidad, supera con creces a los sentimientos que el colectivo en sí pueda despertar. Pero actúa de manera diferente, curiosamente, cuando llega nuestros oídos una historia de fracaso: la antipatía no se dirige en este caso personalmente contra esa concreta pareja, sino más bien contra el colectivo en general.
- 27 No olvidemos que todo trato diferenciado ha de ser justificado: una discriminación injustificada no se ajusta a los requisitos del art. 14 CE. Por otro lado, la pragmática mentalidad anglosajona les ha llevado a tomar como uno de los principales criterios diferenciadores de cara a evaluar cuándo un trato diferenciado en el ámbito familiar es discriminatorio o no es la capacidad de los miembros de un determinado colectivo para contribuir al buen desarrollo de la sociedad o, por el contrario, a perjudicarlo. En este sentido la jurisprudencia norteamericana se ha pronunciado en el sentido de que la orientación sexual de las personas es irrelevante a estos efectos, por lo que no puede ser tal orientación base de diferenciación legal (Cfr. *Frontiero v. Richardson*, 411 U.S 687).

y sería falso afirmar que la estructura familiar que hoy llamamos tradicional es la misma estructura que ha existido durante siglos, porque lo cierto es que a lo largo de la historia de la humanidad, esa estructura familiar ha sido cambiante, se ha ido modificando y adaptándose a la evolución social de cada momento²⁸. No es igual el concepto sobre la familia que se tenía en la época griega, que en la romana, en la edad media o en el siglo XIX, que en la actual. Las costumbres y modos de comportamiento han ido cambiando²⁹. Incluso la localización geográfica de las diferentes sociedades ha resultado en diferentes costumbres y modos y así la postura frente a la homosexualidad también ha sido desigual. Es cierto que en el momento actual nos enfrentamos a algunos retos que no se habían planteado anteriormente, lo que nos deja sin la posibilidad de acudir a la referencia histórica para encontrar una solución. Los matrimonios entre personas del mismo sexo son una novedad jurídica y la posibilidad de que estos adopten es una necesaria e ineludible consecuencia por imposición constitucional de su existencia. A esta posibilidad debemos enfrentarnos y darle una solución, primero, desde el punto de vista filosófico-jurídico que legitime o deslegitime al legislador en su esfuerzo por permitir estas adopciones; y, en un segundo estadio, establecer los mecanismos legales, civiles y administrativos, para permitirlos o negarlos. Lo que no es de recibo es dejar esta posibilidad en un limbo legal que obliga a los jueces españoles a decidir caso por caso, como veremos que está ocurriendo. La falta de previsión del legislador, en su afán de legislar por decreto por conveniencia política sobre asuntos sobre los que parece estar, jurídicamente hablando, bastante desorientado, nos lleva a los juristas a tener que hacer un esfuerzo adicional para encajar esa legislación por decreto dentro de los esquemas de la lógica jurídica, es decir, los principios generales de nuestro ordenamiento jurídico y, además, prever la vía por la que el legislador pudiera enmendar o atenuar los estropicios que está causando en el equilibrio de la unidad del sistema legal.

ADOPCIÓN POR PAREJAS HOMOSEXUALES: ADOPCIÓN INDIVIDUAL Y HOMOPARENTAL

Aparte de los avances científicos, la ley proporciona el instrumento de la adopción para que las familias homoparentales puedan gozar de descenden-

- 28 Conceptos tales como el de familia patriarcal, el de indisolubilidad del vínculo, el secretismo y ocultación de la vida sexual matrimonial, eliminación del erotismo de la vida social, etc. erigidos dentro de un particular momento o momentos dados de la historia.
- 29 Ver una aproximación a esta evolución en lo referente a la homosexualidad en: Silva Junior, Enézio de Deus. *A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais*, Curitiba, Juruá, 2008. Asimismo, es significativo aclarar que hoy se estima que existe una diferencia conceptual entre sexo, género y orientación sexual (Cfr. Roski, Clifford J. "Like father, like son: homosexuality, parenthood, and the gender of homophobia", en *Yale Journal of Law and Feminism*, vol. 20, No. 2, 2009, p. 274).

cia³⁰. Tradicionalmente, la adopción se lleva a cabo mediante la inclusión en la familia adoptante del menor que, habiendo sido concebido de forma natural, sus progenitores no desean o no les es posible hacerse cargo de él. La adopción es creada, por tanto, por un lazo familiar en sustitución de la sangre, que es la que normalmente establece el vínculo. Esta concepción de la adopción, a pesar de seguir siendo el esquema clásico, ya no es el único. No es ya solo que las adopciones se realicen a nivel internacional, como hemos visto, sino que no son ya el fruto del azar y muchas de ellas se realizan por encargo, como en el contrato de vientre de alquiler. No quiero entrar en profundidad a analizar este contrato en este trabajo. Solo nos interesa en este momento el trato que el legislador español le da: en nuestro ordenamiento jurídico, este tipo de contratos está expresamente prohibido por la ley de reproducción asistida.

La posibilidad de que las parejas homosexuales puedan acceder a la adopción ha sido ampliamente criticada³¹. Las bases para esta crítica son muy diversas, aunque muchas de ellas son repetición de las aducidas cuando se aprobó el divorcio y cuando se ha aprobado la reforma del matrimonio. No debemos olvidar que en la adopción lo fundamental es la protección del bienestar del menor y no el de los adoptantes. En este sentido, los estudios hechos por los psicólogos indican que el porcentaje de hijos biológicos y de hijos adoptados que se someten a terapia por problemas resultantes de relaciones paterno-familiares no es significativamente diferente³². Claro que no tenemos datos de qué ocurre con

- 30 Las adopciones extra-jurídicas por la vía de hecho no las contemplamos por salirse del objeto meramente jurídico del presente estudio. Cabe mencionar que la más popular, o al menos curiosa, es la que Maria Tereza Maldonado (Vid. *Os caminhos do coração: pais e filhos adotivos*, São Paulo, Saraiva, 2001, p. 21) denomina adopción “a la brasileña”. Consiste simplemente en la compra de un recién nacido por una pareja en el momento de su nacimiento. La pareja “adoptante” finge ser la progenitora natural del bebé, que inscriben en el Registro como hijo natural, con la connivencia del facultativo, que oculta la ausencia de embarazo de la adoptante y el embarazo de la verdadera madre natural durante meses, intercambiándolos mediante la falsificación de la realidad, la cual pasa a formar parte de la realidad oficial mediante la inscripción en el Registro, que no tiene porqué comprobar la existencia del fraude si este se ha hecho correctamente y sin levantar sospechas. Según Maldonado, este atajo para evitar los trámites oficiales de adopción resulta en Brasil mucho más rápido y barato dado el alto número de embarazos no deseados y la pobreza del país. O simplemente la madre natural procede registrándose en el hospital bajo el nombre de la madre adoptiva y entregándole después el bebé (Cfr. Green, Samuel y Long, *John V. Marriage and family law agreements*. Colorado Springs, 1984, Shepard's/McGraw-Hill, pp. 307 y 308).
- 31 Consecuente con su virtualidad, esta corriente aleja de momento bastante la posibilidad de consentir la adopción por parejas homosexuales (Cfr. Tobias, Sarah. “Several Steps Behind: Gay and Lesbian Adoption”, en Haslanger, Sally y Witt, Charlotte. *Adoptions matters: Philosophical and feminist essays*. Ithaca, Cornell University Press, 2005, pp. 95 y ss.). Hay incluso quien aboga por prohibir la adopción por cualquier pareja no casada, independientemente de su composición: Cfr. Wardle, Lynn D. “Comparative Perspectives on Adoption of Children by Cohabiting, Nonmarital Couples and Partners”, en *Arkansas Law Review*, vol. 63, 2010, p. 32.
- 32 De Oliveira, Mariana y Bortolozzi, Ana Cláudia. *Adopção por homossexuais. A família homoparental sob o olhar da psicología jurídica*. Curitiba, Juruá, 2009, p. 97. A pesar de que, como reconocen estos mismos autores, el lazo sanguíneo entre padres e hijos es importante. ¿Pero importante desde qué punto de vista? En el plano afectivo consciente, el hijo biológico y el adoptado son igualmente deseados y queridos; y el adoptado normalmente no sabe que lo es hasta que alguien se lo desvela, algo que ocurre normalmente a una edad ya avanzada, donde las estructuras afectivas del menor ya están formadas. Por ello no debería

los adoptados por parejas homosexuales, puesto que este fenómeno es demasiado reciente. Se argumenta que los problemas psicológicos de estos adoptados se dispararán y que la convivencia sin un padre y una madre de diferente sexo causará trastornos de la personalidad de los menores. Ha de quedar claro que a día de hoy esto es solo una suposición carente de base científica empírica rigurosa, pues se reduce a una opinión proclamada por sus detractores³³. Habrá que esperar mucho tiempo, probablemente incluso décadas, para saber con certeza si esta hipótesis es cierta o no. Hasta que un número significativo de menores que crezcan en este entorno no alcance una cierta edad y pueda evaluarse su

haber diferencia significativas. Es únicamente desde el plano inconsciente de los progenitores que pudiera haber diferencias. Al saber que el hijo no es descendiente de sangre, quizás nuestra herencia genética nos esté jugando una mala pasada y no se trate de igual modo al hijo biológico que al adoptado. En algunas especies animales, el macho asesina a los cachorros que la hembra aún mantiene si no son suyos y son de otro macho; en definitiva, que no están dispuestos a adoptar. Lo cierto es que el vínculo genético sí juega un papel relevante en las relaciones familiares que ha de ser tenido en cuenta desde el punto de vista psicológico, afectivo y existencial de la persona. Intentar eludirlo es una vía segura al fracaso, pues estos lazos son más importantes de lo que el legislador pretende en la normativa sobre adopción (Cfr. Appell, Annette R. "The Endurance of the Biological Connection: Heteronormativity, Same Sex Parenting and the Lessons of Adoption", en *Brigham Young University Journal of Public Policy*, vol. 22, No. 2, 2008, p. 291 y ss. También: Roberts, Dorothy E. "The Genetic Tie", en *University of Chicago Law Review*, vol. 62, No. 1, 1995, pp. 219 y ss.). Es por ello importante tener en cuenta no sólo los vínculos que la ley establece, sino también la naturaleza intrínseca de las cosas, la cual no debe ser ignorada para establecer una correcta fórmula legal en cualquier aspecto de la convivencia social, no siendo la adopción ni mucho menos una excepción.

- 33 Los estudios en uno y otro sentido son tan abultados en número como especulativos, en muchos casos haciendo extrapolaciones de dudoso rigor científico. Tanto los que estiman que los menores no denotan diferencia alguna entre progenitores homosexuales y heterosexuales (a modo de ejemplo de esta línea de pensamiento, se citan numerosos estudios científicos y jurídicos que respaldan sus premisas: Roski, Clifford. "Like father, like son: homosexuality, parenthood, and the gender of homophobia", *op. cit.* p. 257 y ss. Stacey, Judith y Biblarz, Timothy J. "(How) Does the Sexual Orientation of Parents Matter?", en *American Sociological Review*, vol. 66, No. 2, 2001, pp. 159 y ss. Polikoff, Nancy D. "This child does have two mothers: redefining parenthood to meet the needs of children in lesbian-mother and other nontraditional families", en *Georgetown Law Journal*, vol. 78, No. 3, 1990, pp. 459 y ss. Elovitz, Marc E. "Adoption by lesbian and gay people: the use and misuse of social science research", en *Duke journal of gender law and policy*, vol. 2, No. 1, 1995, p. 211 y ss. Green, Vincent C. "Same sex adoption. An alternative approach to gay marriage in New York", en *Brooklyn Law Review*, vol. 62, No. 1, 1996, pp. 399 y ss. Adams, William E. "Whose family is it anyway? The continuous struggle of lesbians and gay men seeking to adopt children", en *New England Law Review*, vol. 30, No. 3, 1995, pp. 592 y ss.), como los que afirman que el menor criado en una familia homoparental sufrirá daño psicológico (Wardle, Lynn. "Considering the impact on children and society of lesbian parenting", en *Quarterly Law Journal*, vol. 23, No. 2, 2004, pp. 550 y ss. Rekers, George A. "An empirically supported rational basis for prohibiting adoption, foster parenting and contested child custody for any person residing in a household that includes a homosexually behaving member", en *Saint Thomas Law Review*, vol. 18, No. 2, 2005, pp. 325 y ss.) se basan en meras teorías, elucubraciones y proyecciones especulativas. Simplemente no hay datos empíricos suficientes sobre los que sustentar una sólida teoría psicológica de cómo va a resultar para un menor el ser criado en un ambiente hogareño homosexual. Vid. Elovitz, Marc E. "Adoption by lesbian and gay people", en Elovitz, Marc E y Schneider, Cynthia. *Legal issues facing the nontraditional family*, *op. cit.* pp. 171 y ss. Wilkins, Richard G., Christensen, Trent y Selden, Eric. "Adult sexual desire and the best interest of the child", *op. cit.* pp. 575 y ss. (con abundantes referencias doctrina psicológica y sociológica). La prestigiosa American Psychology Association (APA) tiene editada la guía "Lesbian and Gay Parenting" destinada a dar consejo a los padres y madres homosexuales así como a los Tribunales en cuanto a las cualidades y peculiaridades que aparecen en estas relaciones. La guía, según reza su prefacio, nace como consecuencia de que en 1975 esta Entidad eliminó la homosexualidad de la lista de desórdenes mentales humanos (de igual modo a como hizo la Asociación Psiquiátrica Americana), con la intención de "reducir el prejuicio, discriminación y violencia" que generan.

progresión, estaremos ante hipótesis afirmadas por unos y negadas por otros, pero ambos sin conocimiento riguroso. No hay elementos comparativos ni estadísticos ni posibilidad de análisis regresivo para aseverar este tipo de afirmaciones. Mientras tanto, lo que estamos poniendo en la balanza es la positiva felicidad y autoafirmación de un sector de la población frente a la hipótesis de que estas pueden ser lesivas para el bienestar psicológico del menor adoptado. Y es que esta última hipótesis no está demostrada, no solo por lo antes expuesto sobre la falta de base científica, sino porque además nadie puede asegurar que un hogar homosexual sea sin ningún atisbo de duda peor que la falta de hogar, esto es, viviendo bajo la tutela del estado de orfanato y de casa de acogida donde las figuras materna y paterna son sustituidas por trabajadores sociales.

Cuando se promulgó la ley del divorcio, una de las mayores críticas que recibió fue que dejaría a una gran cantidad de menores en una situación traumática al verse enfrentados a vivir con uno solo de sus progenitores sin el otro y que esta desestructuración de la convivencia tradicional les acarrearía serios problemas psicológicos. Aquella era una aseveración carente de base científica, al no existir datos. Transcurridos los años se ha demostrado falsa en buena parte. El tiempo se ha encargado de demostrar que los hijos de padres divorciados llevan una existencia diferente, quizás más difícil en algunos momentos, pero que se termina sobrellevando, viviendo con normalidad y que no deja secuelas insuperables en su carácter. Que se dé esta dificultad añadida en la vida de los hijos de padres divorciados se ha aceptado como que se encuentra dentro de las vicisitudes que la vida moderna marca. De hecho, de acuerdo con las estadísticas que mencionábamos al comienzo, pronto los hijos de padres divorciados serán quizás la normalidad³⁴, pues es posible que acaben superando al número de menores de padres no divorciados. Este paradigma quizás pueda ser trasladado a la polémica que nos afecta ahora y que aquí tratamos. Los menores adoptados por parejas homosexuales, ¿están condenados a sufrir graves consecuencias psicológicas? ¿O simplemente serán diferentes, llevarán una vida normal y se encontrarán dentro de una sociedad en la que convivirán menores provenientes de una mayor diversidad de contextos familiares? Si se aboga por la primera opción, se deben aportar pruebas fehacientes, porque de lo contrario los denominados “valores tradicionales” no pueden considerarse por sí solos razón suficiente para mantener una normativa que pueda ser considerada discriminatoria o que esconda prejuicios o animosidad frente a determinados colectivos, algo que no se ha hecho hasta ahora.

Las dudas que genera la posibilidad de que las parejas del mismo sexo puedan acceder a los procesos de adopción son una herencia de la discriminación social y legal que la sociedad ha venido mostrando frente a las personas homosexuales.

34 Estadísticamente hablando.

Una buena parte de las razones que se aducen en contra de esta posibilidad tienen relación con la futura orientación sexual del adoptado (prejuicio frente a la homosexualidad), la errónea percepción del menor de los roles de género o sexuales (prejuicio de nuevo frente a la posibilidad de la homosexualidad) o por el trato que pudieran recibir de otros menores por la condición de sus progenitores (prejuicio reflejo)³⁵. Pero la verdad es que lo necesario para que una adopción sea exitosa desde el punto de vista del beneficio del menor es un hogar familiar emocional y afectivamente equilibrado. Los hogares tradicionales pueden serlo o no; dar por sentado que un hogar homosexual es, por principio, inestable es prejuzgar una realidad que requiere un análisis más riguroso. Es lógico pensar que existen hogares inestables, no idóneos para la correcta socialización del menor, tanto en el ámbito de la familia tradicional como en el de los hogares homosexuales, y por tanto inadecuados para ser candidatos a la adopción. Es función de la autoridad competente en la aprobación de la adopción el constatar la idoneidad del hogar y los principios constitucionales de igualdad obligan a esas autoridades a librarse de prejuicios sexistas y realizar su labor de selección de adoptantes libres de ellos, tomando todas las solicitudes de manera neutra, o sea, independiente de la orientación sexual de los solicitantes. Lo importante es que sean capaces de formar un individuo que al llegar a la madurez pueda desenvolverse con naturalidad en el mundo que le espera, a la vez que sean capaces de satisfacer las necesidades de afectividad de la cual los menores necesitan grandes dosis. Para ello, tradicionalmente se ha exigido el cumplimiento (verificados por la administración actuante) de unos principios a las parejas y matrimonios para poder acceder a la adopción, como son los de estabilidad emocional y afectivo-familiar de la pareja, buena salud psicológica, posibilidades económicas, plena integración y arraigo en su comunidad, los cuales son requisitos que pueden cumplir tanto las parejas homosexuales como las heterosexuales. Igual que tales competencias no se les reconocen automáticamente a estas últimas, tampoco se debe suponer que son sistemática y automáticamente incumplidas por parte de las primeras. Se hace necesaria una cuidada política de selección de los hogares de adopción. Pero la exclusión de las parejas homosexuales de los procesos de adopción cuando hay gran cantidad de niños que están bajo la tutela del Estado parece plantear una elección entre que sigan bajo la tutela del Estado o que puedan ser adoptados por una pareja homosexual, ya que las parejas heterosexuales no se interesan

35 Además de estas, pueden alegarse otro tipo de prejuicios, como la supuesta alta promiscuidad en el ámbito homosexual, el riesgo de exclusión social por el tipo de relación que sostienen los progenitores, la inestabilidad de este tipo de relaciones, etc., mencionados por De Oliveira, Mariana y Bortolozzi, Ana Cláudia. *Adoção por homossexuais. A família homoparental sob o olhar da psicología jurídica*, op. cit. pp. 180 y ss. También: Mallon, Gerald P. *Lesbian and gay foster and adoptive parents. Recruiting, assessing and supporting an untapped resource for children and youth*, Washington, Child Welfare League of America, 2006, pp. 32 y ss; 47 y ss. Desde un punto más ortodoxamente psicológico de la formación de los papeles de género en los menores: Silva Junior, Enézio de Deus. *A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais*, op. cit. pp. 103 y ss.

por esos menores. Ante esta dicotomía, la elección a favor del mejor interés del menor parece que dicta que se deba favorecer la adopción. Si a esto añadimos que algunos de esos niños tienen algún problema físico o psíquico y ninguna pareja heterosexual ha solicitado su adopción³⁶, negarla a una pareja no heterosexual que sí está dispuesta a adoptar a ese niño no parece conforme con el principio del mejor interés del menor.

El argumento de que el daño que una errónea adopción puede causar a un menor es superior al daño que la tutela del Estado le puede causar puede no ser acertado, pues el internamiento en centros públicos de acogida es probablemente el peor hogar que se puede desear para un niño. Por supuesto que el Estado hace lo mejor que sabe para procurar el bienestar de los huérfanos; pero no cabe duda que un hogar familiar es mejor lugar para un menor que un centro de acogida, por mucho esfuerzo que se ponga en asimilar éste último a las condiciones de un verdadero hogar familiar. Y no es cierto que haya exceso de solicitudes de adopción, o sea, hogares de sobra deseando adoptar: los menores de raza blanca recién nacidos (o de pronta edad) y perfectamente sanos fácilmente encuentran un hogar heterosexual para ser adoptados (de hecho hay lista de espera, y se recurre a la adopción internacional con la intención de acortar el tiempo de espera). Pero se nos olvida que estos no son los únicos menores que necesitan adopción: niños con enfermedades, con discapacidades, de otras razas (negra especialmente), adolescentes, etc. También ellos requieren un hogar para crecer arropados, con adultos que les den cariño, protección, seguridad y educación. No es decir que solo puedan adoptar los niños que otros no quieren³⁷, sino honrar el hecho de que ha sido efectivamente la comunidad homosexual la que ha sido más valiente a la hora de aceptar la responsabilidad de adopciones problemáticas, especialmente en casos de niños con SIDA³⁸.

Ciertamente existe un orden de prelación para cuando faltan los padres biológicos de cara a quién se prefiere para poder adoptar (o para su acogimiento, hablando con mayor rigor): cuanto más cercano sea el grado de parentesco, más preferido. Si es pareja, mejor que si es familiar soltero. En primer lugar, se prefiere a un familiar que tenga lazo de sangre con el menor y no se discute que sea el más adecuado. De no existir, se prefiere una adopción por pareja

36 A modo de ejemplo el mencionado por Tobias, Sarah (“Several Steps Behind: Gay and Lesbian Adoption”, *op. cit.* p. 95) que cita a una pareja homosexual que tenía en régimen de acogida a cinco niños nacidos seropositivos y el estado de Florida les denegó la posibilidad de adoptarlos.

37 En contra de esta estigmatización: Evall, Joseph. “Sexual orientation and adoption matching”, en *Family Law Quarterly*, vol. 25, No. 3, 1991, pp. 361 a 364.

38 Cfr. Adams, William E. “Whose family is it anyway? The continuous struggle of lesbians and gay men seeking to adopt children”, *op. cit.* pp. 602 y 603. Y según un estudio de UNICEF del año 2002, existen en el mundo trece millones de huérfanos enfermos de SIDA (Cfr. Wardle, Lynn. “The Hague convention on intercountry adoption and american implementing law: Implications for international adoptions by gay and lesbian couples or partners”, en *Indiana International and Comparative Law Review*, vol. 18, No. 1, 2008, p. 116).

heterosexual extraña, que son las únicas parejas que pueden adoptar en España actualmente. De no existir tampoco los anteriores, entonces la adopción individual de un extraño puede tener lugar. Ello es prueba de que no todos los posibles adoptantes de un huérfano están en igualdad de condiciones. Nos encontramos ante el dilema acerca de sobre quién debería recaer la carga probatoria de la idoneidad o no idoneidad de quien desea adoptar. La idoneidad se presume en los padres biológicos y la mayoría de las veces en los familiares cercanos, pero para extraños no hay presunción alguna. El Estado es responsable de la evaluación de su idoneidad. El interés del menor indica que este está mejor en un hogar, pero no en aquellos hogares donde se pueda ver perjudicado en su salud y en su formación. Si entendemos que las parejas homosexuales forman un hogar, la primera premisa se cumple y es la excepción la que requiere demostración. Hay que probar que un hogar o un tipo determinado de hogares no son idóneos para la educación del niño.

Que de hecho existan menores que son criados un hogar homosexual es una realidad que escapa al control del legislador³⁹. El caso más obvio es la persona homosexual que accede a una adopción monoparental y convive a la vez con su pareja o cónyuge del mismo sexo. De modo similar, cuando una pareja de padres heterosexuales con hijos se divorcia o uno fallece, la custodia de los hijos menores queda en manos de uno solo de los progenitores. Y ocurre cada día más habitualmente que ese progenitor al que se le otorga la guarda y custodia de los hijos toma la opción de continuar su vida con una pareja de su mismo sexo, incluso contraerán matrimonio o una de las dos, en el caso de ser lesbianas, podrá tener un hijo por inseminación artificial (o no artificial). El menor ya vive entonces en un hogar donde los adultos son una pareja homosexual. Si estuviéramos convencidos de que criar niños en este ambiente es perjudicial para su salud psicológica, ¿debería entonces legislarse en contra de permitir estas situaciones? Probablemente no sería ni conveniente sociopolíticamente hablando, ni constitucionalmente admisible en base a la obligación de no discriminación del Art. 14 CE⁴⁰. Entonces, este hecho hace surgir la cuestión de que es posible limitar las adopciones por parejas homosexuales en base al

- 39 En Estados Unidos se estima que dos millones de menores, adoptados o no, se encuentran criándose en hogares homoparentales (Cfr. Silva Junior, Enézio de Deus. *A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais*, op. cit. p. 124. Datos que confirma e incluso amplia Wardle, Lynn. "Considering the impact on children and society of lesbigay parenting", op. cit. p. 542, nota 5). Y de ellos, unos 250.000 han sido adoptados (Cfr. Ross, Spencer. "Finstuen v. crutcher: the tenth circuit delivers a significant victory for same-sex parents with adopted children", en *Denver University Law Review*, vol. 85, No. 3, 2008, p. 685).
- 40 A menos que se probara que existe un riesgo de que el menor sufra un daño considerable debido a la orientación sexual del progenitor custodio en base al principio del interés del menor, que debe guiar la actuación judicial. De hecho se ha alegado que los menores conviviendo con personas homosexuales tienen más riesgo de sufrir agresiones sexuales. El hecho es que los estudios realizados establecen que lo cierto es que el perfil típico del abusador de menores en un 95% de los casos es un varón heterosexual, ni necesariamente casado ni necesariamente soltero, pero normalmente cercano al núcleo familiar del menor abusado (Cfr. "Developments in the Law: Sexual Orientation and the Law", op. cit. pp. 1638 a 1640).

pretendido posible perjuicio que el menor pueda sufrir, aunque los menores ya viven en ese ambiente (y no es una situación excepcional; son muchos) y no se prohíbe la situación de hecho. No hay base para ello, se alegará, y solo en los casos en que se demuestre un perjuicio podrá actuar. No debiere, por tanto, no juridificarse en base a lo dicho anteriormente para la carga de la prueba.

Algo parecido puede decirse de la alegada falta de la figura paternal o maternal en un hogar homosexual. Los hijos de personas viudas (o divorciados que no desean tener más contacto con sus hijos) han crecido desde hace mucho tiempo en un ambiente donde falta esa figura sin que se haya puesto de manifiesto que ello crea trastornos en la salud mental del menor. Entonces, si estamos admitiendo *de facto* que los menores pueden criarse en un hogar homosexual en las circunstancias que acabamos de poner de manifiesto, ¿no se está admitiendo implícitamente que no existe obstáculo para que las parejas homosexuales puedan adoptar? Así lo han entendido algunos países que ya han adaptado sus legislaciones para permitir que las parejas homosexuales, como el caso de Holanda o la mayoría de los estados de los Estados Unidos de América (si bien Florida las prohíbe expresamente, California, Colorado o Connecticut tienen legislación que las permite expresamente). Pero incluso los ordenamientos que admiten la adopción por parejas homosexuales no dan por hecho que todas sean idóneas para adoptar⁴¹; ciertamente para eso existen los filtros administrativos desde hace mucho tiempo, porque tampoco todas las parejas heterosexuales son buenos padres. La Administración lo sabe y por eso las selecciona para darles un hijo en adopción, por lo que el mismo procedimiento ha de ser aplicado a los adoptantes homosexuales. El vacío reglamentario (que no legal, pues el Código civil no tiene laguna alguna en este aspecto) existente en nuestro país está siendo interpretado como de tipo negativo, esto es, al no preverse expresamente la posibilidad de adoptar por parejas del mismo sexo, la administración de hecho no las incluye en los procesos de adopción. Esto está obligando a estas parejas deseosas de ser padres a buscar soluciones en el extranjero: adoptar fuera y buscar el reconocimiento de la adopción en España a través de la aplicación del Convenio de la Haya como veremos más adelante.

Otra de las razones de oposición estriba en que el menor criado en un ambiente homosexual será necesariamente homosexual, sin embargo, casos en lo que esto no ha ocurrido son numerosos. La correlación es incierta, porque entonces según ese razonamiento, de un hogar heterosexual no podría surgir alguien homosexual, lo cual sabemos que no es cierto. Pero incluso en el caso de que

41 Vid. Mallon. *Lesbian & gay foster and adoptive parents. Recruiting, assessing and supporting an untapped resource for children and youth*, op. cit. p. 11. En esta obra se recogen casos reales de adopciones homosexuales que parecen haber resultado exitosas, aunque no se puede saber si una adopción ha sido exitosa hasta que el menor es adulto y demuestra tener una vida psicológica plena y sana en su desenvolvimiento diario.

el porcentaje de personas homosexuales que surgen de hogares homosexuales fuera mayor que el que surge de hogares heterosexuales, ¿cuál sería el problema con que hubiera un mayor número de homosexuales? La humanidad no se va a extinguir por un descenso en el número de nacimientos derivados de una menor procreación.

Son dos cosas diferentes el que se prefiera una pareja heterosexual para adoptar a niños de corta edad y que se excluya a las parejas homosexuales por el propio hecho de serlo de todos los procesos de adopción. No hay base para afirmar que un hogar heterosexual sea preferible; tampoco lo contrario. Pero si queremos dejar que la tradición jurídica juegue un papel en la regulación de las adopciones, entonces debemos aceptar tal prevalencia. Ello no es una vulneración del derecho de igualdad, puesto que la ley prefiere a unos individuos o grupos de ellos frente a otros en un inmenso número de situaciones, pero sí es una vulneración la privación del acceso a la figura. Podemos considerar que los hogares heterosexuales sean en general mejores para un niño, pero no podemos prejuzgar que los hogares formados por personas homosexuales son todos perjudiciales, como se asume en el actual estado de cosas⁴².

LAS CONSECUENCIAS DE LA RDGRN DE 18 DE FEBRERO DE 2009: SITUACIÓN PROCESAL Y ADMINISTRATIVA

La apresurada reforma del Código civil para admitir el matrimonio homosexual ha traído como consecuencia lo que la gran mayoría de las reformas apresuradas conllevan: una falta de previsión las consecuencias de la reforma en las áreas jurídicas relacionadas con la reforma. En el caso del matrimonio existen muchas de estas áreas y ya estamos comenzando a ver las consecuencias de esta falta de previsión. Los matrimonios homosexuales que buscan poder adoptar, al no tener posibilidad de hacerlo legalmente en España, están buscando alternativas en el extranjero. El mundo globalizado en el que vivimos nos proporciona suficiente información y facilidad de desplazarse físicamente como para buscar en los ordenamientos jurídicos extranjeros las soluciones que el patrio no proporciona.

La legislación española permite la adopción por pareja homosexual: así lo prescribe el Código civil, pero para que esta posibilidad sea real hay una compleja red de normativa registral y administrativa que es necesario adaptar. La normativa administrativa, al tener rango reglamentario, no puede oponerse a los dictados del Código civil; pero no ocurre lo mismo con la normativa registral, en concreto con la Ley del Registro Civil. Los arts. 42 y siguientes de la Ley del registro civil

42 Es una vulneración del derecho a la no discriminación, del de igualdad y, según Carlos Ball, inmoral (Vid. “The Immorality of Statutory Restrictions on Adoption by Lesbians and Gay Men”, en *Loyola University of Chicago Law Journal*, vol. 38, No. 2, 2007, pp. 379 y ss.)

y los arts. 181 y siguientes del Reglamento del registro civil siguen hablando de filiación paterna y materna.

En el caso del matrimonio homosexual que pretendió adoptar un bebé en California e inscribirlo en España como hijo de los dos hombres, se ocupa la Resolución de los registros y del notariado de la que tratamos, además se recurrió a un contrato de vientre de alquiler. En Estados Unidos, igual que en España, las listas de espera para adoptar un bebé son muy largas. Un atajo, si se dispone de dinero para pagarla, es recurrir a este tipo de acuerdos, mediante el cual una mujer es inseminada artificialmente con el esperma de uno de los cónyuges, y renuncia a todos sus derechos maternales sobre el bebé, entregándoselo al padre biológico tras el parto. Así, el padre es el único progenitor y el menor puede ser adoptado por el otro cónyuge como su segundo progenitor, pues California admite este tipo de adopciones⁴³.

Al objeto de regresar a España, la pareja pretendía obtener la inscripción del menor como hijo de los dos hombres, con filiación matrimonial. Para ello, hicieron la oportuna solicitud ante el Consulado de Los Ángeles, quien la denegó, pues consta en la documentación que el menor es fruto de un contrato de vientre de alquiler⁴⁴. Al estar estos contratos expresamente prohibidos por

43 Llamadas allí *second parent adoptions* en referencia a que el menor únicamente es hijo legalmente de una persona, pues la madre biológica renunció a todos sus derechos y el cónyuge del primero se suma a la paternidad como un segundo padre a través de una adopción. El progenitor biológico renuncia así a una parte de sus derechos paternales a favor de otra persona biológicamente extraña al adoptado por ministerio de la ley en beneficio del mejor interés del menor (Cfr. Lieberman, Martha E. "The status of same sex adoption in the keystone state subsequent to the state supreme court's decision in *Adoption of R.B.F. and R.C.G.*", en *Journal of Law and Policy*, vol. 12, No. 1, 2003, pp. 314 y ss.), pues de este modo goza del beneficio de dos progenitores en vez de uno solo, por el equilibrio que ello proporciona y ante la posible fatalidad de faltar uno de ellos. Casos influyentes en esta materia son: *In Re Adoption of Evan*, 153 Misc. 2d 844; 583 N.Y.S.2d 997 y *In Re Adoption of Tammy*, 619 N.E.2d 315, 318, 320-21 (Mass. 1993). Para una aproximación doctrinal a esta categoría: Bryant, Suzanne. "Second parent adoption: A model brief". En *Duke Journal of Gender Law and Policy*, vol. 2, No. 1, 1995, pp. 233 y ss. Schacter, Jane S. "Constructing Families in a Democracy: Courts, Legislatures and Second-Parent Adoption", en *Chicago Kent Law Review*, vol. 75, No. 3, 2000, p. 933 y ss.

En España, la describe García Rubio, María Paz. "La adopción por y en parejas homosexuales", publicado en el *Libro Homenaje al Profesor Luis Puig Ferriol*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, a raíz de un Auto de Juzgado de Primera Instancia Nº 3 de Pamplona en el que se establecía una adopción de este tipo.

44 Este tipo de contratos no son vistos con buenos ojos generalmente por los legisladores. Sin embargo, un puñado de estados en los EE.UU. los admiten y han dado lugar a una larga serie de casos y doctrina científica sobre ellos. En concreto, véase el célebre caso que ha marcado la línea a seguir en este tipo de contratos en aquellas jurisdicciones en las que son aceptados: *In Re Baby M.* 537 A.2d 1227 (NJ 1988). En cuanto a la doctrina, al ser esta abrumadora solo citaré algunos de los trabajos destacados en las diferentes áreas en las que este tipo de contratos tienen relevancia: Field, Martha A. *Surrogate Motherhood*. Cambridge, Harvard, University Press, 1988. Garrison, Marsha. "Surrogate Parenting: What Should Legislatures Do?", en *Family Law Quarterly*, vol. 22, No. 2, 1988, pp. 149 y ss. Posner, Richard A. "The Ethics and Economics of Enforcing Contracts of Surrogate Motherhood", en *Journal of Contemporary Health Law and Policy*, vol. 5, No. 1, 1989, pp. 21 y ss. Schuck, Peter H. "The Social Utility of Surrogacy", en *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 22, No. 2, 1990, pp. 132 y ss. Stumpf, Andrea E. "Redefining mother: A legal matrix for new reproductive technologies", en *Yale Law Journal*, vol. 96, No. 1, 1986, pp. 187 y ss. De entre los más recientes, post explosión doctrinal derivada del caso *Baby M.* Spar, Debora. "For the Love and Money: The

la legislación española, el encargado consular estimó que no puede proceder a la inscripción filiatoria⁴⁵, en estos casos, a favor de los dos hombres. Ante la denegación, los interesados interponen reclamación ante la Dirección General de los Registros y del Notariado.

La resolución de 18 de febrero de 2009 ordena la inscripción de la filiación en el Registro civil en base a que

[...] la inscripción en el Registro Civil español del nacimiento y de la filiación de los nacidos en California en favor de dos sujetos varones no vulnera el orden público internacional español, ya que en Derecho español se permite que la filiación de un hijo conste en el Registro Civil a favor de dos mujeres, personas del mismo sexo (art. 7.3 de la Ley 14/2006: 3. Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido). Por esta razón, no permitir que la filiación de los nacidos conste en favor de dos varones resultaría discriminatorio por una razón de sexo, lo que está radicalmente prohibido por el art. 14 de la Constitución [...].

Además, el interés del menor aconseja proceder a la inscripción en el Registro civil español de la filiación que figura en el Registro extranjero y en la certificación registral extranjera a favor de dos mujeres o dos varones. En efecto, en el caso de rechazar la inscripción de la filiación en el Registro Civil español, podría resultar que los hijos, de nacionalidad española según nuestra legislación de *ius sanguis*, quedarían privados de una filiación inscrita en el Registro civil español y por tanto de la nacionalidad a la que tienen Derecho, produciéndose así una consecuencia no deseada por el Derecho.

Recurrida la Resolución ante la Jurisdicción ordinaria, el titular del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia decidió dejar sin efecto la inscripción realizada en el Registro Civil Consular de Los Ángeles por parte del matrimonio homosexual de nacionalidad española en la que figuraban como padres de sus

Political Economy of Commercial Surrogacy”, en *Review of International Political Economy*, vol. 12, No. 2, 2005, pp. 287 y ss. Markens, Susan. *Surrogate Motherhood and the Politics of Reproduction*, Berkeley, University of California Press, 2007. Merino, Faith. *Adoption and Surrogate Pregnancy*, Nueva York, Facts on File, 2010.

45 Con invocación de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida, cuyo artículo 10.1 establece una categórica prohibición de la denominada “gestación de sustitución” o contratos de vientre de alquiler, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero; y cuyo artículo 10.2 establece que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto, por tanto la mujer que da a luz, que en virtud de un contrato de gestación por sustitución que nuestro Derecho no reconoce como válido, será considerada como madre legal del niño.

gemelos concebidos a través de una madre de alquiler en EE. UU, dejando sin validez la inscripción ordenada por la Resolución. El procedimiento está en este momento pendiente del Recurso de apelación presentado ante la Audiencia Provincial de Valencia, si bien es muy posible que el asunto llegue a ser juzgado por el Tribunal Constitucional.

El fraude de ley que esta pareja pretende perpetrar parece bastante evidente a pesar de que no se reconozca así en la Resolución. Sin embargo, este queda en segundo plano, pues es más importante observar que se produce un dilema jurídico moral que entraña una escabrosa paradoja: cumplir la ley es perjudicar al menor; pero beneficiarle, además de un incumplimiento de la norma, ampararía un fraude de ley por parte de los adoptantes que nuestro ordenamiento jurídico repreuba. Como veremos a continuación, en otros países como en el Reino Unido, ante tal situación se ha optado por proteger el mejor interés del menor a pesar de todos los incumplimientos⁴⁶ y, para evitar que se pueda repetir la situación, optaron por medidas preventivas⁴⁷.

Aun así, la Resolución no aborda directamente el conflicto que mencionamos, pues dirime la cuestión con base en criterios procedimentales sin entrar a valorar el fondo de la cuestión. La solución dada por la Dirección General se basa en el puro reconocimiento de la resolución administrativa extranjera que reconoce la adopción por parte del estado de California, mientras que la resolución denegatoria del Consulado de Los Ángeles y el Juzgado de Primera Instancia de Valencia entran a valorar el fondo en el sentido al entender que la validez del negocio jurídico que da origen a la adopción ha de ser tenida en cuenta, de acuerdo con los requisitos de validez exigidos por el ordenamiento jurídico español. El fondo de la cuestión consiste por tanto en analizar cómo se ha realizado la adopción. De hecho, la Resolución descarta que se deba entrar en tal valoración. Esta dicotomía revive el debate causalista-anticausalista que tantas discusiones ha generado en las últimas décadas entre la doctrina⁴⁸. Digamos en resumen que la Dirección General prescinde de la causa del negocio jurídico de la adopción; mientras que el Juzgado y el Consulado aplican la doctrina causalista en el sentido de que la legalidad de esta es necesaria para la validez de la adopción. El Convenio de la Haya no nos da una solución, como veremos a continuación, pues habilita a cada Estado para aplicar una u otra posición, y tampoco soluciona el problema del traslado transfronterizo de las familias homoparentales.

46 Línea que sigue la Resolución de la DGRN a la que aquí hacemos referencia.

47 Vid. *infra* el inicio del epígrafe sexto.

48 En este caso, la causa mediata, pues la causa subyacente, el deseo de adoptar, no se discute sobre su licitud, es la adopción a través de un contrato de alquiler de vientre materno (la llamada *gestación subrogada*) y por pareja homosexual. El primero lo prohíbe expresamente nuestra legislación; el segundo ahora es conforme a nuestro ordenamiento jurídico.

EL RECONOCIMIENTO DE LOS ACTOS JURÍDICOS CELEBRADOS EN EL EXTRANJERO: LA ADOPCIÓN Y EL CONVENIO DE LA HAYA DE 1993

Las adopciones internacionales han sido un fenómeno en franco auge durante las últimas dos décadas⁴⁹. La firma del Convenio de la Haya de 1993 facilita enormemente a los ciudadanos la labor de reconocimiento en su país de una adopción realizada en otro país dentro de los firmantes del Convenio. El reconocimiento tiene como función principal la adquisición de la nacionalidad del país de ciudadanía de uno o de ambos progenitores. Sin ese reconocimiento, el menor conservará la nacionalidad de donde se produjo la adopción, pues no hay obligación de que la adopción sea reconocida en el propio país. De hecho, las adopciones que se realizan fuera del ámbito del Convenio pueden ser reconocidas, aunque la tramitación será más complicada, puesto que no se cierran las puertas a las adopciones realizadas allí⁵⁰, y los países son libres de formar acuerdos bilaterales con terceros estados ajenos al Convenio de acuerdo con el art. 39.

En principio, el Convenio establece el reconocimiento de las adopciones hechas en otros países de acuerdo a su legalidad vigente, válidas en todos los países firmantes del convenio, con la excepción de que no sean contrarias al orden público del país donde se solicita el reconocimiento⁵¹. Para comprobarlo,

- 49 Vid. O'Halloran, Kerry. *The politics of adoption: International perspectives on law, policy and practice*, Dordrecht, Springer, 2006.
- 50 Lo que sí puede darse es que algún estado elabore una lista negra de países donde supone que las adopciones se realizan de manera irregular y decida no reconocer ninguna adopción proveniente de alguno de esos países. Así por ejemplo, Irlanda vetó temporalmente en el 2007 el reconocimiento de las adopciones realizadas en Guatemala, Etiopía y Ruanda de forma cautelar (Cfr. Law Reform Comission. *Aspects of intercountry adoption law* [Report LRC 89], 2008, p. 71), si bien rehabilitó las etíopes al año siguiente al cambiar el país africano su normativa en la materia. Para otras aplicaciones prácticas del tratado, véase: Romano, Rosanne L. "Intercountry adoption: An overview for the practitioner", en *Transnational Lawyer*, vol. 7, No. 2, 1994, pp. 567 y ss.
- 51 Art. 23 del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993, ratificado por España mediante Instrumento de 30 de junio de 1995 y desarrollado por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional, sobre las que la mayoría de las Comunidades Autónomas han reglamentado: Andalucía (Decreto 454/1996, de 1 de octubre, de habilitación de instituciones de integración familiar y acreditación de Entidades colaboradoras de adopción internacional y Decreto 282/2002, de 12 de noviembre, de Acogimiento familiar y Adopción); Aragón (Decreto 16/1997, de 25 de febrero, que regula la habilitación de Entidades colaboradoras de adopción internacional); Asturias (Decreto 5/1998, de 5 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Instituciones Colaboradoras de Integración Familiar y de Entidades Colaboradoras de adopción internacional); Baleares (Decreto 187/1996, de 11 de octubre, que regula la habilitación y actividades a desarrollar por las Entidades colaboradoras de mediación familiar en materia de adopción internacional); Canarias (Decreto 200/1997 de 7 de agosto, por el que se regula la habilitación de las entidades colaboradoras de adopción internacional); Cantabria (Decreto 58/2002, de 30 mayo, por el que se desarrollan los Procedimientos Relativos a la Protección de Menores y a la Adopción y se regula el Registro de Protección de la Infancia y Adolescencia –arts. 34 a 54, 56, 61 a 67 y 73 a 77– y Decreto 47/1998, de 15 de mayo, sobre acreditación y funcionamiento de las entidades de mediación en adopción internacional); Castilla La Mancha (Decreto 44/2005, de 19 de abril, sobre acreditación, funcionamiento y control de las Entidades colaboradoras de adopción internacional y Decreto 45/2005, de 19 de abril, por el que se regula la adopción de menores); Castilla-León (Decreto

el país que proporciona la adopción del menor debe emitir un documento probatorio de que la adopción se ha realizado de acuerdo con las reglas del Convenio. Así el art. 24 del Convenio autoriza a los países firmantes a no reconocer una adopción si esta es manifiestamente contraria a la normativa de mejor protección del interés menor. Algunos países van más allá intentando desmotivar a sus ciudadanos de realizar adopciones sospechosas. Inglaterra, de acuerdo con su *Children and Adoption Act* de 2006, permite que la Autoridad competente pueda establecer restricciones excepcionales, en caso de sospechar que las adopciones realizadas en algún país concreto (incluidos los firmantes del Convenio) violan la normativa de interés público interno. Así, puede no solo denegar la homologación de la adopción, sino incluso prohibir la entrada en territorio británico del menor originario de esa nación⁵². Se busca de esta manera evitar la práctica de adoptar en un país ajeno al convenio para poder evitar las exigencias a las que este obliga, a la vez que se intenta aprovecharse de los beneficios que otorga⁵³, incluso mediante la re-adopción del menor una

38/2005, de 12 de mayo, que regula la acreditación y funcionamiento de las entidades colaboradoras con funciones de mediación en materia de adopción internacional); Cataluña (Decreto 97/2001, de 3 de abril, de acreditación y funcionamiento de las Entidades colaboradoras de adopción internacional y Decreto 2/1997, de 7 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de protección de menores desamparados y de la adopción); Valencia (Decreto 100/2002, de 4 de junio, por el que se regula la acreditación, funcionamiento y control de las entidades de mediación de adopción internacional y el registro de reclamaciones formuladas contra las entidades de mediación acreditadas en la Comunidad Valenciana); Extremadura (Decreto 142/1996, de 1 de octubre, de Régimen jurídico, funcionamiento y habilitación de Entidades colaboradoras en la adopción internacional); La Rioja (Decreto 29/1997, de 9 de mayo, que regula la habilitación de Entidades colaboradoras de la Adopción Internacional); Madrid (Decreto 62/2003, de 8 de mayo de acreditación, funcionamiento y control de las Entidades colaboradoras de adopción internacional); Murcia (Decreto 46/2006, de 28 de abril, por el que se regula la acreditación y funcionamiento de las Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional y las Instituciones Colaboradoras de Integración Familiar); Navarra (Decreto Foral 168/2002, de 22 de julio, que regula la acreditación de las Entidades colaboradoras de adopción internacional) y País Vasco (Decreto 263/2003, de 28 de octubre, que regula la acreditación y el funcionamiento de las Entidades Colaboradoras de Adopción internacional).

- 52 El primero en ingresar en esa lista fue Camboya en 2004, pues se sospechaba que la falsificación de documentos por parte de las autoridades camboyanas era sistemático. Además, se sospechaba que en el proceso de adopción intervenían “facilitadores” (aun estando expresamente prohibido por las leyes camboyanas) que, a cambio de una comisión, sistemáticamente coaccionaban a mujeres para dar sus hijos en adopción, traficaban con menores y corrompián a los funcionarios públicos.
- 53 Vid. O'Halloran. *The politics of adoption: international perspectives on law, policy & practice*, op. cit. p. 265; citado en: Law Reform Commission. *Aspects of intercountry adoption law*, op. cit. p. 71. Lo que se busca es no dañar el principio del mejor interés del menor, que con el no reconocimiento de la adopción no hace sino castigar al adoptado y no a los adoptantes. Se obliga así a que retorne al país de adopción hasta que se demuestre que la situación es regular. Si se permite al menor cruzar la frontera y permanecer en el país, nos encontraremos ante una situación irregular que los adoptantes intentarán aprovechar para regularizar a través de la doctrina del interés del menor, que en los países de tradición anglosajona, cualquier juez puede aplicar al acaso concreto incluso en contra de la reglamentación administrativa (proceso denominado *fait accompli*) para que el menor no se vea perjudicado por la no homologación de la adopción irregular. Bajo su legislación, el bienestar del menor debe predominar incluso sobre el orden público, independientemente del lugar de donde procede el ilícito, porque la no homologación traerá unas consecuencias negativas sobre el bienestar del menor. Esto provocaría un segundo ilícito sobre el proceso, con el agravante que se produciría sobre un bien protegido ya en el territorio donde la ley puede evitarlo (el ilícito cometido en el país de adopción, el gobierno inglés no goza de jurisdicción para castigarlo). Para que evitar males mayores, lo que se hace es asumir el primer ilícito con el fin de no provocar un segundo (Vid. *In Re K (adoption and*

vez en el propio país, ya de acuerdo con las reglas internas⁵⁴. La utilización del artículo 23 del convenio también puede ser perversa en el sentido de que se establece implícitamente una presunción de veracidad y de legalidad de la adopción, que solo puede ser destruida en caso de que se dañe el interés del menor. Así, si la adopción no es acorde con el ordenamiento interno del país de acogida, pero no se daña el interés del menor con esa discordancia, la correcta interpretación del Convenio nos ha de llevar a aceptar la convalidación de la adopción con base en esa protección del interés del menor.

Tengamos en cuenta que la principal inquietud del legislador es la preocupación ante posibles casos de secuestro internacional de menores. No secuestro en el sentido terrorista o con ánimo de extorsionar, sino en el de sustraer un menor de su legítima familia⁵⁵, normalmente con la connivencia de una organización que facilita el proceso (que pueden ser de tipo mafioso y casi siempre bajo una apariencia de legalidad o incluso impecable de ayuda a los necesitados) y a veces incluso de las autoridades locales. El tremendo incremento que se ha producido en el número de adopciones internacionales y la facilidad y rapidez con la que es posible realizar viajes hoy en día ha llevado a que el fraude en los procesos de adopción haya alcanzado niveles preocupantes. Por ello, los gobiernos de las naciones del primer mundo han tomado medidas para atajar este problema. Dentro de esas medidas, se encuentran las encaminadas a asegurar que las adopciones que se reconocen en estos Estados cumplen con todas las garantías de legalidad que protejen a los ciudadanos de aquellos países de los instintos depredadores del dinero fácil y la avidez de personas occidentales de acceder a una adopción⁵⁶.

198
wardship) [1997] 2 FLR 221 y 230, citados en: Law Reform Comission. *Aspects of Intercountry Adoption Law*, op. cit. p. 74).

- 54 De nuevo nos enfrentaríamos a un claro fraude de ley por parte de los adoptantes que desean beneficiarse de que el menor se encuentra, normalmente, bajo su tutela en régimen de acogimiento hasta que se resuelva el expediente de convalidación. Fraude de ley que prosperaría en base a los mismos principios mencionados en la nota anterior de protección del interés del menor.
- 55 Nos referiremos aquí solo a los casos en que se produce con ánimo de adoptar, no a las sustracciones de menores en casos de separación o divorcio, en los que uno de los cónyuges decide unilateralmente y fuera de la legalidad trasladarse con un menor fuera del alcance del otro cónyuge o de alguna jurisdicción concreta. Al respecto, está considerada obra de referencia (Cfr. Hodson, David. *A practical guide to international family law*, Bristol, Family Law, 2008, p. 225): Lowe, Nigel V., Everall, Mark y Nichols, Michael. *International Movement of Children: Law Practice and Procedure*, Bristol, Family Law, 2004.
- 56 El 19 de octubre de 1996, en el marco de la Conferencia de La Haya sobre el Derecho internacional privado, se concluyó el Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños. En su artículo 5º establece que:
1. Las autoridades, tanto judiciales como administrativas, del Estado contratante de la residencia habitual del niño son competentes para adoptar las medidas para la protección de su persona o de sus bienes.
 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 7, en caso de cambio de la residencia habitual del niño a otro estado contratante, son competentes las autoridades del estado de la nueva residencia habitual.

EL DESPLAZAMIENTO INTERNACIONAL DE LAS FAMILIAS HOMOPARENTALES CON HIJOS ADOPTADOS: EL EJEMPLO ESTADOUNIDENSE.

Los Estados Unidos de América como país es un buen ejemplo para comenzar a ilustrar el problema que planteamos, pues la movilidad de su población es enorme, ya que se estima que el 10% de la población estadounidense cambia de domicilio cada año⁵⁷. ¿Qué ocurre cuando una pareja homosexual que ha adoptado legalmente a un niño en un estado que permite tales adopciones viaja a otro que no las permite (o incluso que las prohíbe expresamente)?

La cohesión de Estados Unidos como país está en general mal entendida en España, pues se parece más a la Unión Europea que a un país tal y como entendemos, por ejemplo, el nuestro. Un buen ejemplo en cuanto a esto es el tema que nos ocupa. En materia de adopción, cada estado de la unión tiene su propia normativa, hasta el punto de que cuando una pareja adopta en un estado diferente al suyo, el procedimiento es el parecido al de una adopción internacional, pues se requiere un reconocimiento de esa adopción. Así, si una pareja de Missouri adopta un niño en Alabama, o siendo de Alabama, se trasladan a vivir a Missouri (según la legislación americana estaríamos ante el mismo presupuesto de hecho, puesto que al trasladarse a otro estado hay que convalidar allí todos los documentos personales excepto el pasaporte, pues la política exterior es competencia federal, del gobierno central: partidas de nacimiento, libro de familia, carné de conducir, matrícula del coche, etc.) no sólo tiene que cumplir con las leyes de adopción de Alabama, sino que además debe solicitar en Missouri el reconocimiento de toda la documentación expedida en Alabama, incluidos el certificado de nacimiento del menor, el certificado de adopción y el equivalente al libro de familia. Puede Missouri denegar dicha convalidación, resultando que no va a reconocer a ese menor como hijo adoptado de esos padres y dejando al menor en estado de desamparo. La consecuencia de un menor en estado de desamparo sabemos que es que el Estado se hace cargo de su guarda y custodia⁵⁸. El tratamiento que a las adopciones por parejas

Ha sido objeto de ratificación por España del convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996, publicado en el BOE Nº 291, de 2 de diciembre de 2010, con entrada en vigor para España el 1 de enero de 2011.

- 57 Cfr. Wardle, Lynn. "A critical analysis of interstate recognition of lesbian-gay adoptions", en *Ave Maria Law Review*, vol. 3, No. 2, 2005, p. 568.
- 58 Esto no tenemos noticia de que haya ocurrido nunca. Las adopciones se han reconocido siempre pues hasta ahora tenían lugar por parejas heterosexuales. Solo en los últimos años algunos estados han admitido las homosexuales y no se ha llegado a este extremo. Pero con la Ley en la mano puede ocurrir, pues las familias homosexuales no gozan de todas las garantías de que no suceda, lo que se les ha llevado a calificar por Olson, Christine como de familias de segunda clase, vulnerando el derecho a la igualdad (Cfr. "Second-Class Families: Interstate Recognition of Queer Adoption", en *Family Law Quarterly*, vol. 43, No. 1, 2009, p. 161 y ss.).

homosexuales se le da en los diferentes estados es variable, como ocurre entre las naciones del mundo.

El reconocimiento de ciertos actos jurídicos entre estados de la unión es un tema que está en plena efervescencia en los EE. UU. La razón viene del reconocimiento de matrimonios entre personas del mismo sexo en alguno de los estados que los admiten. En aquellos que no los reconocen⁵⁹ ello tiene importantes implicaciones principalmente de cara al acceso a su registro legal, a beneficios sociales, determinación de la ley aplicable al desenvolvimiento de las obligaciones maritales, el divorcio, y, lo que ahora nos importa, la posibilidad de acceso a la adopción conjunta por dos personas. Esto último enlaza con la cuestión que planteamos: si no se reconoce el matrimonio, tampoco la filiación adoptiva del menor adoptado legalmente por la pareja en otro estado. Así, los padres o madres en un estado no lo serán en otro si fallan las leyes de reconocimiento de actos jurídicos entre estados⁶⁰. La consecuencia, como decíamos, es aterradora:

- 59 Muestra de la discusión doctrinal en la que se halla envuelta la cuestión: Joslin, Courtney G. "Interstate Recognition of Parentage in a Time of Disharmony: Same-Sex Parent Families and Beyond", *op. cit.* pp. 557 y ss.). Arader, Jared B. "Chambers v. Ormiston: The harmful and discriminatory avoidance of the laws of comity and public policy for valid same sex marriages", en *Roger Williams University Law Review*, vol. 15, No. 1, 2010, pp. 187 y ss.
- 60 Florida, Mississippi, Arkansas y Utah tienen leyes que prohíben a personas homosexuales acceder a la adopción. Aunque en 2009 el Tribunal de Apelaciones de Florida estableció la obligación constitucional (art. 4 de la Constitución de los EE.UU.) de reconocer los actos válidos celebrados en otro estado en un caso que podría parecerse a la hipótesis planteada, lo cierto es que no entró a valorar los argumentos de orden público aducidos y que podrían haber llevado a la anulación de la adopción realizada válidamente (Cfr. *Embry v. Ryan*, 2009 Westlaw 1311599 [Fla. 2nd District Ct. App., May 13, 2009]). Nada impide que en un futuro se plantee de nuevo el problema que hemos esbozado, pues la cuestión se halla enconada (Vid. Wardle, Lynn. "A critical analysis of interstate recognition of lesbian-gay adoptions", *op. cit.* p. 614 a 616). Tampoco parece que las leyes que algunos estados han intentado aprobar prohibiendo expresamente el reconocimiento es sus estados de este tipo de adopciones gocen del favor jurisdiccional, pues alguno ya ha sido anulado, como ha sido el caso de Oklahoma (Vid. *Firstuen v. Clutcher* 496 F.3d 1139, explicado detalladamente por Spector, Robert G. "The Unconstitutionality of Oklahoma's Statute Denying Recognition to Adoptions by Same-Sex Couples from Other States", en *Tulsa Law Review*, vol. 40, No. 3, 2005, p. 467 y ss.). La peculiaridad de esta decisión es que se basa en el reconocimiento de una sentencia judicial que establecía la adopción. Por ello en este caso la homologación venía obligada por el art 4 de la Const. Norteamericana (Cfr. el comentario a este caso en *Harvard Law Review*, 2007. P. 661 y SS.). Pero en cuanto a los actos jurídicos en general se puede dar la no homologación por razones de orden público. El uso de tal cláusula constitucional (denominada *full faith and credit clause*) en esta materia es objeto de debate, sobre el cual el Tribunal Supremo norteamericano no se ha pronunciado aún, y la doctrina discute su alcance (Vid. Cox, Barbara J. "Adoptions by lesbian and gay parents must be recognized by sister states under the full faith and credit clause despite anti-marriage statutes that discriminate against same-sex couples", en *Capital University Law Review*, vol. 31, No. 4, 2003, pp. 751 y ss.). Pero lo que es indudable y no se discute es que tal obligación de reconocimiento es de derecho interno y no alcanza a los actos y negocios jurídicos provenientes de otros países (Cfr. Forman, Deborah. "Interstate recognition of same sex parents in the wake of gay marriage, civil unions and domestic partnerships", en *Boston College Law Review*, vol. 46, No. 1, 2004, pp. 78 y 79). Para estos se deberá atender a los tratados internacionales que el país tenga suscritos y bajo la premisa general del respeto al orden público interno. En nuestro ámbito de estudio, véase: Seymore. "International adoption and international comity: When is adoption repugnant?", en *Texas Wesleyan Law Review*, vol. 10, 2005, pp. 381 y ss.

Lo cierto es que en el flujo de decisiones judiciales la tendencia es a legalizar este tipo de adopciones: Appell, Annette R. "The Endurance of the Biological Connection: Heteronormativity, Same Sex Parenting

el niño carece de progenitores, está en situación de desamparo, es huérfano legalmente y en estas situaciones lo que la ley marca es que la Administración se hará cargo de su custodia.

¿Por qué razón podría denegar un Estado el reconocimiento de una adopción legalmente realizada en otro estado? Por las mismas razones que el Convenio de la Haya establece para las adopciones internacionales propiamente dichas: que sea contraria la adopción al orden público del ordenamiento jurídico. Así que esto mismo que se plantea a nivel interno dentro de aquel país, bien puede suceder a nivel internacional cuando una pareja homosexual con un hijo legalmente adoptado en su país se desplace a un país que no reconoce las adopciones conjuntas por personas del mismo sexo; qué decir de aquellos que no consienten estas relaciones o incluso las criminalizan. De acuerdo con la Ley de estos países, el no reconocimiento de la adopción iría perfectamente en línea con su concepto del mejor interés del menor (requisito para la denegación de acuerdo con el art. 23 de la Convención), pues la perfilación de tal concepto no queda delimitada por el Convenio y cada país lo hará de acuerdo a su normativa. Esto se da entre firmantes del tratado, que no son todos los del mundo, pues fuera de él la libertad de cada estado es absoluta. La defensa de la propia tradición jurídica a través del desarrollo legislativo no puede ser puesta en duda, y ni siquiera el Convenio osa hacerlo. Solo la defensa del interés del menor nos puede hacer pensar que este principio absoluto quizás debiera contar con cierta excepcionabilidad en aras exclusivamente de la fragilidad e indefensión de los menores.

Planteemos pues la posibilidad de que un estado no reconozca la normativa interna de otro, bajo la cual se ha celebrado el acto jurídico, por razones de orden interno. Esto es perfectamente posible, por ejemplo, casi ningún país reconocerá un acto jurídico que someta a esclavitud a otro ser humano, pues el ordenamiento interno lo repudiará y esa relación de esclavitud no será válida⁶¹. Así, al entrar en nuestro país, por ejemplo, ese esclavo será automáticamente libre, porque el propietario no podrá hacer valer su título de propiedad por ser contrario al orden público de nuestro país, a pesar de ser perfectamente válido

and the Lessons of Adoption”, *op. cit.*, p. 317, citando los casos: *In re K.M. & D.M.*, 653 N.E.2d 888 (Ill. App. 1995) y *In re Infant Girl W.*, 845 N.E.2d 229 (Ind. App. 2006), y *In re K.S.P.*, 804 N.E.2d 1253 (Ind. Ct. App. 2004), *In re M.M.G.C.* 785 N.E.2d 267 (Ind. Ct. App. 2003), *In re Sharon S.*, 31 Cal. 4th 417, 73 P.3d 554 (Cal. 2003), *In re R.B.F. & R.C.F.*, 803 A.2d 1195 (Pa. 2002), *In re H.N.R.*, 666 A.2d 535 (N.J. Super. Ct. App. Div. 1995), *In re M.M.D. & B.H.M.*, 662 A.2d 837 (D.C. 1995), *In re Jacob*, 660 N.E.2d 397 (N.Y. 1995), *In re Tammy*, 619 N.E.2d 315 (Mass. 1993) y *In re Adoptions of B.L.V.B. & E.L.V.B.*, 628 A.2d 1271. Además, varios estados han dictado leyes admitiéndolas expresamente sin que hayan sido impugnados con éxito.

En Europa la tendencia es de igual modo hacia la legalización (Cfr. Dethloff, Nina. “Same-Sex Parents in a Comparative Perspective”, en *International Law Forum*, vol. 7, No. 3, 2005, pp. 195 y ss. Vlaardingerbroek, Paul. “Trends on (inter-country) adoptions by gay and lesbian couples in western Europe”, en *Saint Thomas Law Review*, vol. 18, 2005, pp. 508 y ss.).

61 Vid. Scarman, Justice. “English law and foreign adoptions”, en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. II, No. 3, 1962, p. 638.

en el suyo. Trasladada la cuestión al ámbito internacional, nos encontramos con que es posible que se plantee esta posibilidad de desamparo del menor al viajar a un país que se niegue a reconocer la adopción por considerarla contraria a su orden público interno y ello es conforme al Derecho internacional, como hemos visto. La solución no es fácil, puesto que el orden público interno de cada país no puede ser fijado por ninguna clase de convenio. Es más cierto que algunos países rechazan suscribir ciertos convenios por estimar que esto puede entrar en conflicto con el ordenamiento interno y ante tener que elegir entre la tradición jurídica propia y la introducción de una norma ajena a esta o que obligará a cambiarla, los países rara vez prefieren este segunda opción. La tradición jurídica tiene un peso importante a la hora de la toma de decisiones que afectan a instituciones de antiguo arraigo, como aquellas a las que nos estamos refiriendo.

Cuando la adopción es unipersonal, este problema parece que no lo es tanto. Una adopción unipersonal rara vez planteará conflictos interjurisdiccionales, pues es una categoría universalmente aceptada. El problema lo plantea la adopción conjunta. Si solo hay un progenitor y su cónyuge del mismo sexo no tiene relación paterno-filial con el menor, entonces no nos enfrentaremos a la hipótesis que planteamos⁶². El menor, al tener un progenitor que se haga cargo de su patria potestad, no es huérfano y por tanto el Estado no tiene razón alguna para hacerse cargo de su guarda y custodia. Así al menos el menor no será físicamente separado de sus padres adoptivos y, aunque se pierda la relación paterno filial con uno de los progenitores, el bien del menor (que no olvidemos es el bien jurídico protegido de mayor relevancia y el que ha de ser defendido con mayor firmeza) queda preservado en su mayor medida, o al menos las prerrogativas de mayor relevancia de entre aquellas con las que un menor debiera necesariamente contar, sí que van a permanecer.

Aquellos países que no reconocen las adopciones homoparentales, sea por ausencia de previsión legal, prohibición expresa o por incompatibilidad con su tradición jurídica, deben asegurar que los menores que se someten a adopción en países que sí las aceptan no queden desprotegidos al trasladarse de estos a aquéllos. El interés del menor y la conservación de la relación paterno-filial que válidamente se constituyó en el país de origen de la adopción requieren ponerse en equilibrio con los requisitos legales del país de acogida. Tan injusto es no respetar la Ley del estado al que se viaja, como que este ignore (aunque sea con el beneplácito del Convenio) el interés del menor, que ya fue evaluado

62 Incluso podría llegar a ser una solución de compromiso: si no se va a reconocer la adopción homoparental, al menos que se reconozca como progenitor a uno de los dos miembros de la pareja homosexual al objeto de no dejar al menor en situación de orfandad. El silencio del Convenio de la Haya en este sentido bien valdría la pena una revisión que diera una solución a este problema, dada la importancia de los bienes jurídicos merecedores de protección que aquí se plantean.

en el país de origen al consentir este la constitución de la adopción⁶³. Se diferencia así la adopción de otras instituciones jurídicas que igualmente plantean problemas interjurisdiccionales, como pudiera ser la bigamia. En la adopción, el bien jurídico protegido es el interés no de los adultos, sino el del menor; ello debería permitir un entendimiento más fluido entre los diferentes principios inspiradores de la protección de los menores y cómo la evaluación de este interés ha de ser llevada a la práctica.

El bienestar de los ciudadanos y la libertad de circulación de cada vez más personas, a la que la modernidad nos está acostumbrando de manera creciente, requieren que el asunto sea abordado con seriedad y urgencia y que se adopten medidas que otorguen la necesaria seguridad jurídica a la condición de los menores en esta situación. La realidad de los acontecimientos requiere soluciones legislativas que resuelvan los problemas que la rica casuística nos ofrece. Ante el caso que planteamos, el bienestar del menor exige una solución que debemos admitir que no es fácil de encontrar. Dentro de un país como Estados Unidos, una ley federal o una sentencia del Tribunal Supremo ofrecerá una solución que homogenizará la praxis para el reconocimiento interestatal de las adopciones homoparentales, pero en el ámbito internacional la toma de decisiones y su aplicación es sensiblemente más compleja. Las tradiciones jurídicas son en este caso mucho más dispares y por tanto la posibilidad de conciliar las necesidades o preferencias de unos y otros posicionamientos frente a casos del tipo que planteamos da lugar a escenarios muchos más enmarañados. Ello es más así porque algunas de las instituciones implicadas, además de entrar de lleno en la tradición jurídica nacional, en muchos países entra al mismo tiempo en colisión con principios religiosos fuertemente arraigados entre las poblaciones, que producen no sólo un rechazo de la legislación, sino también un rechazo por parte de amplios sectores o la inmensa mayoría de la población. La respuesta a cómo compatibilizar el respeto a tantos intereses en conflicto es prácticamente un túnel sin salida en la actual configuración que el Derecho internacional nos ofrece⁶⁴.

63 No se constituyen adopciones en perjuicio expreso del menor. Todo lo contrario, si se permite una adopción es porque, por una razón o por otra, se ha considerado que el interés del menor queda mejor protegido con la adopción que sin ella.

64 Agravado por la falta de entendimiento, cuando no ya enfrentamiento abierto, entre las distintas civilizaciones o familias jurídicas del mundo. El rechazo mutuo entre las categorías jurídicas aceptadas y aplicadas en unos y en otros es patente.

BIBLIOGRAFÍA

- Adams, William E. "Whose family is it anyway? The continuous struggle of lesbians and gay men seeking to adopt children", en *New England Law Review*, vol. 30, No. 3, 1995, pp. 579-622.
- Appell, Annette R. "The endurance of the biological connection: Heteronormativity, same sex parenting and the lessons of adoption", en *Brigham Young University Journal of Public Policy*, vol. 22, No. 2, 2008, pp. 289-325.
- Arader, Jared B. "Chambers v. Ormiston: The harmful and discriminatory avoidance of the laws of comity and public policy for valid same sex marriages", en *Roger Williams University Law Review*, vol. 15, No. 1, 2010, pp. 187-216.
- Ball, Carlos. "The Immorality of Statutory Restrictions on Adoption by Lesbians and Gay Men", en *Loyola University of Chicago Law Journal*, vol. 38, No. 2, 2007, pp. 379-397.
- Blanc, Myriam. *Et elles eurent beaucoup d'enfants. Histoire d'une famille homoparentale*. Manosque, Le Bec en l'Air, 2005.
- Brodzinski, David M. y Schechter, Marshall D. *The psychology of adoption*, Nueva York, Oxford University Press, 1990.
- Bryant, Suzanne. "Second parent adoption: A model brief", en *Duke Journal of Gender Law and Policy*, vol. 2, No. 1, 1995, pp. 233-241.
- Cahn, Naomi. "The moral complexities of family law", en *Stanford Law Review*, vol. 50, No. 1, 1997, pp. 225-271.
- Cahn, Naomi. "Perfect Substitutes or the Real Things?", en *Duke Law Journal*, vol. 52, No. 6, 2003, pp. 1077-1166.
- Cantor, Donald et al. *Same sex marriage: The psychological evolution in America*, Middletown, Wesleyan University Press, 2006.
- Carp, Wayne E. *Family matters: Secrecy and disclosure in the history of adoption*, Cambridge, Harvard University Press, 1998.
- Christensen, Craig W. "Legal ordering of family values: The case of gay and lesbian families", en *Cardozo Law Review*, vol. 18, No. 4, 1997, pp. 1299-1416.

De Oliveira, Mariana y Bortolozzi, Ana Cláudia. *Adopçao por homossexuais. A família homoparental sob o olhar da psicología jurídica*, Curitiba, Juruá, 2009.

Dethloff, Nina. "Same-Sex Parents in a Comparative Perspective", en *International Law Forum*, vol. 7, No. 3, 2005, pp. 195-205. DOI: 10.1163/157180405774580008

Elovitz, Marc E y Schneider, Cynthia. *Legal issues facing the nontraditional family*, Nueva York, Practising Law Institute, 1995.

Elovitz, Marc E. "Adoption by lesbian and gay people: the use and misuse of social science research", en *Duke Journal of Gender Law and Policy*, vol. 2, No. 1, 1995, pp. 207-215.

Elovitz, Marc E. "Adoption by lesbian and gay people". En: Elovitz, Marc E. y Schneider, Cynthia. *Legal issues facing the nontraditional family*. Nueva York, Practising Law Institute, 1995, p. 171-191.

Ellman, Ira M. "Thinking about custody and support in ambiguous father families". En *Family Law Quarterly*, vol. 36, 2002, pp. 49-78.

Evall, Joseph. "Sexual orientation and adoption matching", en *Family Law Quarterly*, vol. 25, No. 3, 1991, pp. 347-379.

Field, Martha A. *Surrogate motherhood*, Cambridge, Harvard University Press, 1988.

Forman, Deborah. "Interstate recognition of same sex parents in the wake of gay marriage, civil unions and domestic partnerships". En *Boston College Law Review*, vol. 46, No. 1, 2004, pp. 1-81.

García Rubio, María Paz. "La adopción por y en parejas homosexuales", en *Libro Homenaje al Profesor Luis Puig Ferriol*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2006-

Garrison, Marsha. "Law Making for Baby Making: An Interpretive Approach to the Determination of Legal Parentage", en *Harvard Law Review*, vol. 113, No. 4, 2000, pp. 835-923. <https://doi.org/10.2307/1342435>

Garrison, Marsha. "Surrogate parenting: What should legislatures do?", en *Family law quarterly*, vol. 22, No. 2, 1988, pp. 149-172.

- Gatos, Pamela. "Third parent adoption in lesbian and gay families", en *Vermont Law Review*, vol. 26, No 1, 2001, pp. 195-220.
- Goldstein, Joseph, et al. *The best interests of the child: the least detrimental alternative*, Nueva York, Free Press, 1998.
- Green, Samuel y Long, John. *Marriage and family law agreements*, Colorado Springs, Shepard's/McGraw-Hill, 1984.
- Green, Vincent C. "Same sex adoption. An alternative approach to gay marriage in New York", en *Brooklyn Law Review*, vol. 62, No. 1, 1996, pp. 399-429.
- Hodson, David. *A Practical Guide to International Family Law*, Bristol, Family Law, 2008.
- Joslin, Courtney G. "Interstate Recognition of Parentage in a Time of Disharmony: Same-Sex Parent Families and Beyond", en *Ohio State Law Journal*, vol. 70, No. 3, 2009, pp. 563-617.
- Leonard, Arthur S. *Sexuality and the law*, Nueva York, Routledge, 1993.
- Lieberman, Martha E. "The status of same sex adoption in the keystone state subsequent to the state supreme court's decision in *Adoption of R.B.F. and R.C.G.*", en *Journal of Law and Policy*, vol. 12, No. 1, 2003, pp. 287-325.
- Lin, Timothy E. "Social norms and judicial decision-making: Examining the role of narratives in same sex adoption cases". En *Columbia Law Review*, vol. 99, No 3, 1999, pp. 739-794. <https://doi.org/10.2307/1123520>
- Lowe, Nigel V., Everall, Mark y Nichols, Michael. *International movement of children: law practice and procedure*, Bristol, Family Law, 2004.
- Maldonado, Maria Tereza. *Os caminhos do coração: pais e filhos adotivos*, São Paulo, Saraiva, 2001.
- Mallon, Gerald. *Lesbian & gay foster and adoptive parents. Recruiting, assessing and supporting an untapped resource for children and youth*, Washington, Child Welfare League of America, 2006.
- Markens, Susan. *Surrogate motherhood and the politics of reproduction*, Berkeley, University of California Press, 2007.
- Merino, Faith. *Adoption and surrogate pregnancy*, Nueva York, Facts on File, 2010.

Michael. "Approaching same sex marriage: How second-parent adoption cases can help courts achieve the best interest of the same-sex family". En *Connecticut Law Review*, 2003.

O'Halloran, Kerry. *The politics of adoption: International perspectives on law, policy and practice*, Dordrecht, Springer, 2006.

Olson, Christine L. "Second Class Families: Interstate Recognition of Queer Adoption", en *Family Law Quarterly*, vol. 43, No. 1, 2009, pp. 161-180.

Otero Varela, Alfonso. *Dos estudios histórico jurídicos: el riepto en el derecho castellano-leonés; la adopción en la historia del Derecho español*, Roma y Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas Delegación de Roma, 1955.

Polikoff, Nancy. "This child does have two mothers: redefining parenthood to meet the needs of children in lesbian-mother and other nontraditional families", en *Georgetown Law Journal*, vol. 78, No. 3, 1990, pp. 459-576.

Posner, Richard A. "The ethics and economics of enforcing contracts of surrogate motherhood", en *Journal of Contemporary Health Law and Policy*, vol. 5, No. 1, 1989, pp. 21-31.

Rekers, George A. "An empirically supported rational basis for prohibiting adoption, foster parenting and contested child custody for any person residing in a household that includes a homosexually behaving member", en *Saint Thomas Law Review*, vol. 18, No. 2, 2005, pp. 325-424.

Rivero Hernández. *El interés del menor*, Madrid, Dykinson, 2000.

Roberts, Dorothy E. "The Genetic Tie", en *University of Chicago Law Review*, vol. 62, No. 1, 1995, pp. 209-273.

Romano, Rosanne L. "Intercountry adoption: An overview for the practitioner", en *Transnational Lawyer*, vol. 7, No. 2, 1994, pp. 545-582.

Roski, Clifford J. "Like father, like son: homosexuality, parenthood, and the gender of homophobia", en *Yale Journal of Law and Feminism*, vol. 20, No. 2, 2009, pp. 257-282.

Ross, Spencer. "*Finstuen v. crutcher*: the tenth circuit delivers a significant victory for same-sex parents with adopted children", en *Denver University Law Review*, vol. 85, No. 3, 2008, pp. 685-700.

Sandel, Michael J. *Justice: What's the Right Thing to Do?*, Nueva York, Farrar, Straus and Giroux, 2009.

Scarmen, Justice. "English law and foreign adoptions", en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 11, No. 3, 1962, pp. 635-664.

Schacter, Jane. "Constructing families in a democracy: Courts, legislatures and second parent adoption", en *Chicago Kent Law Review*, vol. 75, No. 3, 2000, pp. 933-950.

Schuck, Peter H. "The social utility of surrogacy", en *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 22, No. 2, 1990, pp. 132-138.

Seymore. "International adoption and international comity: When is adoption repugnant?", en *Texas Wesleyan Law Review*, vol. 10, 2005, pp. 381-401.

Shanley, Mary Lyndon. *Making babies, making families. What matters most in an age of reproductive technologies, surrogacy, adoption and same-sex and unwed parents*, Boston, Beacon, 2001.

Silva Junior, Enézio de Deus. *A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais*. Curitiba, Juruá, 2008.

Solé Resina, Judith. "Adopción y parejas homosexuales", en Navas Navarro, Susana. *Matrimonio homosexual y adopción*, Madrid, Reus, 2006.

Spar, Debora. "For the love and money: The political economy of commercial surrogacy", en *Review of international political economy*, vol. 12, No. 2, 2005, pp. 287-309.

Spector, Robert G. "The Unconstitutionality of Oklahoma's Statute Denying Recognition to Adoptions by Same-Sex Couples from Other States", en *Tulsa Law Review*, vol. 40, No. 3, 2005, pp. 467-478.

Stacey, Judith y Biblarz, Timothy J. "(How) Does the Sexual Orientation of Parents Matter?", en *American Sociological Review*, vol. 66, No. 2, 2001, pp. 159-183.

Stumpf, Andrea E. "Redefining mother: A legal matrix for new reproductive technologies", en *Yale Law Journal*, vol. 96, No. 1, 1986, pp. 187-208.

- Tobias, Sarah. "Several steps behind: Gay and lesbian adoptions", en Haslanger, Sally y Witt, Charlotte. *Adoptions matters: Philosophical and feminist essays*. Ithaca, Cornell University Press, 2005, pp. 95-111.
- Vlaardingerbroek, Paul. "Trends on (inter-country) adoptions by gay and lesbian couples in western Europe", en *Saint Thomas Law Review*, vol. 18, 2005, pp. 495-502.
- Wardle, Lynn. "Considering the impact on children and society of lesbigay parenting", en *Quarterly Law Journal*, vol. 23, No. 2, 2004, pp. 558-566.
- Wardle, Lynn. "A critical analysis of interstate recognition of lesbian-gay adoptions". En *Ave Maria Law Review*, vol. 3, No. 2, 2005, pp. 561-617.
- Wardle, Lynn. "The Hague convention on intercountry adoption and american implementing law: Implications for international adoptions by gay and lesbian couples or partners", en *Indiana International and Comparative Law Review*, vol. 18, No. 1, 2008, pp. 113-152.
- Wardle, Lynn. "Comparative perspectives on adoption of children by cohabiting, nonmarital couples and partners", en *Arkansas Law Review*, vol. 63, 2010, pp. 31-112.
- Wilkins, Richard G., Christensen, Trent y Selden, Eric. "Adult sexual desire and the best interest of the child", en *Saint Thomas Law Journal*, Vol. 18, No. 2, 2005, pp. 543-680.