

***LA ADOPCIÓN POR MATRIMONIOS HOMOSEXUALES
Y LA RDGRN, DE 18 DE FEBRERO DE 2009***

por

ISIDORO CASANUEVA SÁNCHEZ

Profesor de Derecho Privado, Universidad de Extremadura

SUMARIO: A. TEXTO DE LA RESOLUCIÓN.

A) TEXTO DE LA RESOLUCIÓN

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 18 de febrero de 2009.

En el expediente de inscripción de nacimiento, remitido a este Centro en trámite de recurso por virtud del entablado por los interesados, contra auto del encargado del Registro Civil Consular de España en Los Ángeles-California (Estados Unidos).

HECHOS

1. Mediante escrito presentado en el Registro Civil Consular de Los Ángeles (Estados Unidos), Don... y Don..., ambos ciudadanos españoles, solicitan la inscripción de nacimiento de sus hijos..., nacidos en San Diego, California (Estados Unidos) el... de octubre de 2008 mediante «gestación de sustitución». Adjuntan como documentación: certificados de nacimiento de los menores, certificados de nacimiento de los promotores, libro de familia de los interesados, que contrajeron matrimonio en Valencia el... de octubre de 2005.

2. El encargado del Registro Civil Consular, mediante auto de fecha... de noviembre de 2008, deniega lo solicitado por los interesados, 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» 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.

3. Notificados los interesados, estos interponen recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, solicitando la inscripción de los menores en el Registro Civil español.

4. Notificado el recurso al Ministerio Fiscal, que no presenta alegación alguna al respecto, el encargado del Registro Civil Consular remite el expediente a la Dirección General de los Registros y del Notariado para su resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. Vistos los artículos 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 1989; 6 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Consejo de Europa), hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950; 14 y 39 de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978; 7.3 y 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo de 2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida; 9.4, 12.4, 12.6 y 17.1 del Código Civil; 323.2.^o de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 2 de la Ley del Registro Civil; 81, 85, 86 y 88 del Reglamento del Registro Civil y las Resoluciones de 23 de noviembre de 2006 y de 25 de septiembre de 2006.

II. La inscripción en el Registro Civil español del nacimiento de sujeto español acaecido en el extranjero puede tener lugar a través de la correspondiente declaración del sujeto (art. 168 del Reglamento del Registro Civil) o a través de la presentación de una certificación registral extranjera en la que conste el nacimiento y la filiación del nacido.

En el caso de inscripción del nacimiento por declaración, el encargado del Registro deberá proceder a un control de legalidad de los hechos referidos en la declaración y de esta misma. Para ello, el encargado deberá aplicar las normas jurídicas pertinentes y si el supuesto presenta elementos extranjeros, deberá, en primer término, concretar la Legislación, española o extranjera, reguladora de dichos hechos y declaraciones. A tal efecto, el encargado deberá aplicar inexorablemente, las normas de conflicto españolas, que son aplicables de oficio (art. 12.6 del CC). Es decir, en estos supuestos surge una cuestión de «Derecho aplicable» a ciertos hechos y declaraciones y ello exige la precisión de la Ley reguladora de los mismos a través de las normas de conflicto españolas.

Por el contrario, en el caso de inscripción del nacimiento mediante presentación de la correspondiente certificación registral extranjera en la que conste el nacimiento y la filiación del nacido, la solución legal es completamente distinta. Una correcta perspectiva metodológica conduce a afirmar que el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español debe valorarse no a través de la aplicación del Derecho sustantivo español ni a través de las normas de conflicto españolas, sino a través de las normas específicas que en Derecho español disciplinan el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español. Perspectiva metodológica que ha asumido nuestro legislador. En efecto, para estos supuestos, el legislador ha previsto un mecanismo técnico específico que se encuentra recogido en el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil. La certificación registral extranjera constituye una «decisión» adoptada por las autoridades extranjeras y en cuya virtud se constata el nacimiento y la filiación del nacido. En consecuencia, y visto que existe una «decisión extranjera» en forma de certificación registral extranjera, el acceso de la misma al Registro Civil español constituye no una cuestión de «Derecho aplicable», sino una cuestión de «validez extraterritorial de decisiones

extranjeras en España», en este caso, una cuestión de acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro.

La aplicación del artículo 81 del Reglamento del Registro Civil excluye, por tanto, la utilización de las normas españolas de conflicto de Leyes, y en concreto, la del artículo 9.4 del Código Civil. Por tanto, también excluye la aplicación de la Ley sustantiva a la que tales normas de conflicto españolas pudieran conducir, como la Ley 14/2006, de 26 de mayo de 2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida. Las normas de conflicto españolas y las normas sustantivas designadas por tales normas de conflicto son solo aplicables a los supuestos que surgen ante las autoridades españolas sin que haya sido dictada una «decisión» por autoridad pública extranjera. Por consiguiente, son aplicables en el presente caso las normas jurídicas españolas que regulan el acceso al Registro Civil español de las certificaciones registrales extranjeras, esto es, el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil y no las normas de conflicto españolas y tampoco las normas sustantivas españolas que determinan la filiación.

III. Con arreglo al artículo 81 del Reglamento del Registro Civil, el legislador español no exige que la solución dada a la cuestión jurídica que consta en la certificación registral extranjera sea igual o idéntica a la solución que ofrecen las normas jurídicas españolas. En efecto, el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil acoge otra perspectiva diametralmente opuesta: las certificaciones registrales extranjeras deben superar, naturalmente, un «control de legalidad», pero dicho control de legalidad no consiste en exigir que la autoridad registral extranjera haya resuelto el caso de modo idéntico a como lo habría resuelto una autoridad registral española. Esta solución es lógica y se explica por varias razones, que a continuación se exponen separada y sucesivamente, aunque todas tengan importancia similar o pareja.

En primer lugar, exigir que la autoridad registral extranjera haya resuelto el caso de modo idéntico a como lo habría resuelto una autoridad registral española supondría reconocer que cada Estado dispone de su propio Derecho y de su propio sistema de Derecho Internacional Privado, y que, como regla general, y en virtud del principio de exclusividad del Derecho Internacional Privado, las autoridades públicas de un Estado solo aplican a la resolución de los casos internacionales que se les plantean, sus propias normas de Derecho Internacional Privado.

En segundo lugar, pero no en menor importancia, exigir que la autoridad registral extranjera haya resuelto el caso de modo idéntico a como lo habría resuelto una autoridad registral española supondría también un perjuicio muy notable para la seguridad jurídica, valor superior de un ordenamiento jurídico consagrado en el artículo 9 de la Constitución Española en el contexto internacional. En efecto, un mismo caso podría ser resuelto de una manera distinta en Estados distintos, de modo que la situación jurídica válidamente creada y legalmente existente en un Estado resultaría inexistente y/o inválida en España. Ello no es deseable, pues las posiciones jurídicas de los particulares cambiarían de Estado a Estado, y se quebraría la coherencia de reglamentación de las situaciones privadas internacionales y su continuidad en el espacio, como ha subrayado recientemente el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (STJUE de 2 de octubre de 2003, García Avello, y STJUE de 14 de octubre de 2008, Grunkin-Paul). Por otra parte, en el contexto internacional, la realización efectiva de la «tutela judicial» exige que la solución jurídica alcanzada en un Estado sea segura, estable y continua. Así, con carácter general, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que el derecho a un proceso equitativo

(art. 6 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950) comprende el derecho de «acceso a un tribunal» y el derecho a una «ejecución efectiva de la decisión obtenida» (STEDH de 19 de marzo de 1997, caso Hornsby vs. Grecia). La tutela judicial efectiva exige evitar, hasta donde sea posible, las «decisiones claudicantes», inefectivas e inejecutables en el extranjero. Ello conduce a una clara conclusión: el Derecho Internacional Privado español se orienta, como regla general, hacia la admisión de los efectos jurídicos en España de las decisiones extranjeras para así ajustarse, como no puede ser de otro modo, a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución Española) y al derecho a un «proceso equitativo» (art. 6 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950).

En tercer lugar, a mayor abundamiento, exigir que la autoridad registral extranjera haya resuelto el caso de modo idéntico a como lo habría resuelto una autoridad registral española supondría igualmente para los particulares un elevado coste, pues les obligaría a volver a plantear la cuestión jurídica ante las autoridades españolas, de modo que la certificación registral extranjera no superaría el «cruce de frontera» y carecería de todo efecto jurídico en España. Con ello, además, la economía procesal sufriría un fuerte daño y se fomentarían los «dobles procedimientos», lo que perjudicaría no solo a los particulares, sino a los Estados implicados. Es por ello que el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil permite que las certificaciones registrales extranjeras puedan acceder al Registro Civil español, ya que de ese modo, se evitan dobles procedimientos y se respeta la economía procesal.

IV. El artículo 81 del Reglamento del Registro Civil dispone que: «el documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales». A tenor de dicho precepto, el documento extranjero debe satisfacer diversas exigencias legales para acceder al Registro Civil español. Tales exigencias legales conforman el control de legalidad requerido a las certificaciones registrales extranjeras. Dicho control de legalidad se compone de diversos requisitos.

En primer lugar, se exige que la certificación registral extranjera sea un documento «público», esto es, un documento autorizado por una autoridad extranjera. Con arreglo al artículo 323.2.^º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, un documento extranjero puede ser considerado como «público» cuando en la confección de dicho documento se han observado los requisitos que se exijan en el país donde se hayan otorgado para que el documento pueda ser considerado como «documento público» o documento que hace «prueba plena en juicio» (art. 323.2.^º de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y siempre que se acompañe de la correspondiente legalización (art. 88 del Reglamento del Registro Civil) o apostilla. Debe recordarse que quedan eximidos de legalización los documentos cuya autenticidad le consta directamente al encargado del Registro, o los que le han llegado por vía oficial o por diligencia bastante. En el presente caso, no cabe dudar, ni se ha dudado, de la autenticidad de la certificación registral extranjera, que se ha presentado con las exigencias formales exigidas por la legislación española. Por otro lado, se exige igualmente que el documento se presente con la correspondiente traducción (art. 86 del Reglamento del Registro Civil), como también ha sucedido en el caso.

En segundo lugar, se requiere también que la certificación registral extranjera haya sido elaborada y adoptada por una autoridad registral extranjera que desempeñe funciones equivalentes a las que tienen las autoridades registrales

españoles. Así lo exige el artículo 85 del Reglamento del Registro Civil, que indica que: «Para practicar inscripciones sin expediente en virtud de certificación de Registro extranjero, se requiere que este sea regular y auténtico, de modo que el asiento de que se certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española», como ha tenido ocasión de subrayar también este Centro Directivo (RDGRN de 23 de noviembre de 2006 y RDGRN de 25 septiembre de 2006). Nada hay que dudar en el presente supuesto, en el que la autoridad registral californiana no se ha limitado a «dar fe» de unas manifestaciones de voluntad de los interesados, sino que ha intervenido en la constatación registral del nacimiento y de la filiación, con un grado de implicación sustancial y constitutivo, es decir, mediante un control del ajuste de los hechos y de los actos a la Ley aplicable. La constancia registral del nacimiento y de la filiación de los nacidos es el resultado de un proceso lógico jurídico y constitutivo llevado a cabo por la autoridad registral extranjera competente. Por tanto, puede afirmarse que, en el presente caso, la certificación registral californiana constituye una auténtica «decisión» y ello permite comprobar que el Registro Civil de California desarrolla funciones similares a las españolas.

En tercer lugar, se deduce del artículo 81 del Reglamento del Registro Civil la necesidad de un control de legalidad del acto contenido en la certificación registral extranjera. Al Registro Civil español solo acceden documentos en los que constan actos presumiblemente «válidos», lo que se acredita con la función de la calificación de la certificación extranjera presentada, que debe realizar el encargado. No obstante, a tal efecto, el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil no exige que se lleve a término una aplicación de las normas de conflicto españolas y de la Ley española o extranjera a la que conducen tales normas de conflicto españolas, como antes se ha adelantado. El artículo 81 del Reglamento del Registro Civil no exige que la solución jurídica contenida en la certificación registral extranjera sea «idéntica» a la solución jurídica que habría alcanzado una autoridad registral española mediante la aplicación de las normas legales españolas, como tampoco se exige que la Ley extranjera designada por nuestras normas de conflicto presente un contenido «idéntico» al de las Leyes españolas (vid. art. 9.4 del CC). Lo que exige el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil es que la certificación registral extranjera cumpla con determinadas exigencias imperativas ineludibles para que pueda tener «fuerza en España» y acceder, de ese modo, al Registro Civil español. Aparte la exigencia de la competencia de la autoridad registral extranjera y del respeto, en su caso, de los derechos de defensa de los interesados, extremos de los que no cabe dudar en el presente caso, se exige, como no puede ser de otro modo, que la certificación registral extranjera no produzca efectos contrarios al orden público internacional español.

V. En relación con el ajuste al orden público internacional español de la certificación registral californiana presentada, debe subrayarse que dicha certificación registral extranjera no vulnera dicho orden público internacional. En efecto, dicha certificación no lesiona los principios jurídicos básicos del Derecho español que garantizan la cohesión moral y jurídica de la sociedad española. Es decir, la incorporación de esta certificación registral extranjera al orden jurídico español no daña los intereses generales, esto es, no perjudica la estructura jurídica básica del Derecho español y, por ello, tampoco lesiona la organización moral y jurídica general, básica y fundamental de la sociedad española. En consecuencia, la introducción en la esfera jurídica española de la certificación extranjera presentada no altera el correcto y pacífico funcionamiento de la sociedad española, como estructura supraindividual, establecido por el legislador. En concreto, el

ajuste de la certificación registral extranjera presentada al orden público internacional español se explica por los siguientes motivos.

En primer término, 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 también en Derecho español se admite la filiación en favor de dos varones en casos de adopción, sin que quepa distinguir entre hijos adoptados e hijos naturales, ya que ambos son iguales ante la Ley (art. 14 de la Constitución Española). Si la filiación de un hijo adoptado puede quedar establecida en favor de dos sujetos varones, idéntica solución debe proceder también en el caso de los hijos naturales.

En segundo término, 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). 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 artículo 14 de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978.

En tercer lugar, el interés superior 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, quedarían privados de una filiación inscrita en el Registro Civil. Ello vulnera el artículo 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 1989 (*BOE* núm. 313, de 31 de diciembre de 1990), en vigor para España desde el 5 de enero de 1991, cuyo texto indica que: «1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.» Denegar la inscripción en el Registro Civil español de la certificación registral extranjera vulnera también el citado precepto por cuanto el interés superior de los menores, recogido en el artículo 3 de la citada Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 1989, exige que estos queden al cuidado de los sujetos que han dado su consentimiento para ser padres, ya que ello constituye el ambiente que asegura al niño «la protección y el cuidado que [son] necesarios para su bienestar».

En cuarto lugar, debe recordarse que el «interés superior del menor» al que alude el antes citado artículo 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 1989 se traduce en el derecho de dicho menor a una «identidad única», como ha destacado recientemente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE de 2 de octubre de 2003, caso García Avello, STJUE de 14 de octubre de 2008, caso Grunkin-Paul). Este derecho de los menores a una identidad única se traduce en el derecho de tales menores a disponer de una filiación única válida en varios países, y no de una filiación en un país y de otra filiación distinta en otro país, de modo que sus padres sean distintos cada vez que cruzan una frontera. La inscripción de la certificación

registral californiana en el Registro Civil español es el modo más efectivo para dar cumplimiento a este derecho de los menores a su identidad única por encima de las fronteras estatales. Esta jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea presenta un valor supracomunitario, ya que no se trata, meramente, de subrayar el derecho a la identidad única de los ciudadanos comunitarios, sino que se trata de una jurisprudencia que destaca el derecho a una identidad única referida a los menores. Ello encaja con el interés superior del menor recogido en el artículo 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 1989.

En quinto lugar, es preciso recordar que en el Derecho español, la filiación natural no se determina necesariamente por el hecho de la «vinculación genética» entre los sujetos implicados, como se deduce del antes citado artículo 7.3 de la Ley 14/2006, precepto que permite que la filiación natural de un hijo conste en el Registro Civil a favor de dos mujeres, personas del mismo sexo. Por ello, no existen obstáculos jurídicos a la inscripción en el Registro Civil español de una certificación registral extranjera que establezca la filiación en favor de dos varones españoles.

En sexto lugar no cabe afirmar que los interesados han llevado a cabo un fraude de Ley, fenómeno al que aluden el artículo 12.4 del Código Civil para los casos internacionales y, en general, el artículo 6.4 del Código Civil. Los interesados no han utilizado una «norma de conflicto» ni tampoco cualquier otra norma con el fin de eludir una ley imperativa española. No se ha alterado el punto de conexión de la norma de conflicto española, mediante, por ejemplo, un cambio artificioso de la nacionalidad de los nacidos para provocar la aplicación de la Ley de California mediante la creación de una conexión existente pero ficticia y vacía de contenido con el Estado de California. Y tampoco se puede estimar que los interesados hayan incurrido en el conocido como «Forum Shopping fraudulento» al haber situado la cuestión de la determinación de la filiación en manos de las autoridades californianas con el fin de eludir la Ley imperativa española. En efecto, la certificación registral californiana no es una sentencia judicial que causa efecto de cosa juzgada y que se intenta introducir en España para provocar un efecto inalterable de filiación oponible *erga omnes*. Dicho aspecto debe ser vinculado con el interés del menor, que es un interés «superior» (vid. de nuevo el citado art. 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 1989), de forma, modo y manera que dicho interés se impone sobre cualquier otra consideración en juego, tal y como podría ser la represión de movimientos presuntamente fraudulentos a los que, por cierto, el auto recurrido denegatorio de la inscripción ni siquiera se ha referido. Y el interés superior del menor exige la continuidad espacial de la filiación y la coherencia internacional de la misma, así como un respeto ineludible del derecho a la identidad única de los menores que prevalece, en todo caso, sobre otras consideraciones.

En séptimo lugar, es indudable que los contratos de gestación por sustitución están expresamente prohibidos por las Leyes españolas (vid. art. 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida). Es indudable también que «la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto» (art. 10.2 de la Ley 14/2006). Ahora bien, dicho precepto no es aplicable al presente caso, ya que no se trata de determinar la filiación de los nacidos en California, pues no procede determinar el «Derecho aplicable» a la filiación y tampoco procede determinar la filiación de tales sujetos. Se trata, por el contrario, de precisar si una filiación ya determinada en

virtud de certificación registral extranjera puede acceder al Registro Civil español. Tampoco se pretende, de ningún modo, con la inscripción en el Registro Civil de la certificación registral californiana de nacimiento de los nacidos, la ejecución o el cumplimiento de un presunto contrato de gestación por sustitución. Es claro que la certificación registral californiana se expide a los solos efectos de acreditar la identidad de los nacidos, y establece una presunción de paternidad que puede ser destruida por sentencia judicial (California Family Code section 7611). Ahora bien, debe recordarse que la inscripción en el Registro Civil español de la certificación registral californiana surte los efectos jurídicos señalados por las Leyes registrales españolas (vid. art. 2 de la Ley del Registro Civil). Por ello, cualquier parte legitimada puede impugnar el contenido de dicha inscripción ante los Tribunales españoles en la vía civil ordinaria. En tal caso, los Tribunales españoles establecerán de modo definitivo la filiación de los nacidos. Por tanto, la certificación registral extranjera no produce efectos jurídicos de «cosa juzgada». Y debe también subrayarse que en la certificación registral expedida por las autoridades californianas no consta en modo alguno que el nacimiento de los menores haya tenido lugar a través de gestación por sustitución. En la disyuntiva de dejar a unos menores que son indudablemente hijos de ciudadano español (art. 17.1 del CC) sin filiación inscrita en el Registro Civil y admitir una situación de no certeza en la filiación de los menores en la que dichos menores cambiarían de filiación cada vez que cruzan la frontera de los Estados Unidos con destino a España y viceversa, lo que vulneraría el artículo 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 1989, o de permitir la inscripción en el Registro Civil español de la filiación determinada en virtud de la certificación californiana, siempre es preferible proceder a dicha inscripción en nombre del «interés superior del menor».

VI. Debe, por último, recordarse que los menores nacidos en California ostentan la nacionalidad española con arreglo al artículo 17.1.a) del Código Civil, ya que son españoles de origen los nacidos de español o española. El precepto citado se refiere a los «nacidos» de padre o madre españoles y no a los «hijos» de padre o madre españoles. Se trata esta de una precisión legal extraordinariamente importante incorporada por la Ley 18/1990, de 17 de diciembre de 1990, sobre reforma del Código Civil en materia de nacionalidad. En efecto, según el criterio *jus sanguinis* acogido en el artículo 17.1.a) del Código Civil son españoles los hijos de españoles. Pero ello plantea un «problema circular». En efecto, cuando no está acreditada la filiación del hijo se podría producir un «círculo vicioso» o situación de «doble espejo», pues es necesario saber qué «filiación» ostenta el sujeto para determinar si ostenta o no ostenta «nacionalidad española», mientras que es necesario también saber qué «nacionalidad» ostenta el sujeto para saber cuál es su «filiación» (art. 9.4 del CC), es decir, quiénes son sus padres. Pues bien, el art. 17.1.a) del Código Civil utiliza la expresión «nacidos» de padre o madre españoles, porque con dicha expresión deshace el *circulus inextricabilis* y rompe el «doble espejo». El artículo 17 del Código Civil indica que son españoles los «nacidos» de padre o madre españoles. Por tanto, el precepto no exige que haya quedado «determinada legalmente» la filiación. Es suficiente que quede acreditado el «hecho físico de la generación». Por ello, para considerar «nacido» de español a un individuo, basta que consten «indicios racionales de su generación física por progenitor español». Por ejemplo, por posesión de estado o inscripción en el Registro Civil (RDGRN de 7 de mayo de 1965, RDGRN de 4 febrero de 1966, RDGRN de 29 de diciembre de 1971, RDGRN de 19 de diciembre de 1973, RDGRN de 11 de agosto de 1975, RDGRN de 19 de enero de 1976, RDGRN de

11 de abril de 1978, RDGRN de 7 de mayo de 1980, RDGRN de 5 de marzo de 1986, RDGRN de 28 de octubre de 1986 y Circular DGRN de 6 junio de 1981). En este caso, pues, no es precisa la determinación legal de la filiación de los «nacidos», con lo que no es necesario recurrir al artículo 9.4 del Código Civil y a la Ley nacional del «nacido» para acreditar de quién es «hijo». En consecuencia, al tratarse en el presente caso de la inscripción del nacimiento y filiación de sujetos españoles al ser nacidos de progenitor español, procede su acceso al Registro Civil español (art. 15 de la Ley del Registro Civil).

Esta Dirección General ha acordado, de conformidad con la propuesta reglamentaria, que procede:

- 1.^a Estimar el recurso y revocar el auto apelado.
- 2.^a Ordenar que se proceda a la inscripción, en el Registro Civil Consular, del nacimiento de los menores y que consta en la certificación registral extranjera presentada, con las menciones de filiación constantes en la certificación registral aportada, de la que resulta que son hijos de D... y de Don....

Contra esta Resolución cabe recurso en la vía judicial ordinaria: la jurisdicción civil (cfr. art. 362 del Reglamento del Registro Civil).

Madrid, 18 de febrero de 2009.

La Directora General,
Pilar BLANCO MORALES LIMONES

B) COMENTARIO

España ha sido una de las naciones pioneras (1) 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

(1) Junto a Holanda y Suecia en Europa, México DF 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 *et al.*, *Same sex marriage: The psychological evolution in America*. Middletown, 2006. Recordemos que en aquel 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 solo diecisésis 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 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.

de estas uniones. Es una equiparación en toda regla. Tal y como ha quedado redactado el artículo 44 del Código Civil, 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, parece que son muchos. Ciertamente la naturaleza no es aliada de cara a la procreación por parte de las parejas homosexuales (2). Y recordemos que la procreación no se encuentra ni entre los derechos ni entre los deberes conyugales, como tampoco entre los derechos fundamentales. Existe 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 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 se la proporcione.

La adopción aparece ciertamente configurada como un derecho. Pero solemos olvidar que es básicamente un derecho del adoptado más que del adoptante, a pesar de que también estos últimos gozan de ciertos derechos, pero 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. Hay muchas parejas que no tienen descendencia 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, reduciéndolo a la mera procreación. El concepto de familia es mucho más amplio y en él encajan perfectamente las parejas sin descendencia.

(2) 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, *Et elles eurent beaucoup d'enfants. Histoire d'une famille homoparentale*. Manosque, 2005.

Lo mismo podemos alegar en cuanto a ese supuestamente pretendido derecho a la procreación (3): el derecho a tener hijos tampoco es un derecho constitucionalmente reconocido ni cabe 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. Derecho que 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 la adopción busca (4). Cualquier consideración que se haga 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 menor (5). Restringir la posibilidad de gozar de un hogar de adopción frente a la vida en la inclusa no es un principio general aceptable en la defensa del interés del menor. Además del mejor interés del menor debemos introducir su concepto correlativo: el menor perjuicio al interés del menor (6). Concepto subsidiario a usar cuando en este orden de cosas debemos buscar la alternativa que menos 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 Hammurabi (7). Como es lógico, pues 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

(3) Vid. WILKINS, CHRISTENSEN, SELDEN, «Adult sexual desire and the best interest of the child», en *Saint Thomas Law Journal*, 2005, págs. 543 y 544.

(4) Para la conceptualización de en qué consiste el interés del menor: RIVERO HERNÁNDEZ, *El interés del menor*, Madrid, 2000, págs. 35 y sigs. 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, «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, pág. 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*, mayo/junio de 2006, donde aparecen diferentes artículos desde diversos puntos de vista académicos y prácticos en relación al tema que en este artículo tratamos.

(5) «Developments in the Law: Sexual Orientation and the Law», en *Harvard Law Review*, 1988-1989, págs. 1645 y 1646.

(6) Cfr. GOLDSTEIN [et al.], *The best interests of the child: the least detrimental alternative*, Nueva York, 1998.

(7) Preceptos 185 y sigs. Para su evolución en España: OTERO VARELA, «Dos estudios histórico jurídicos: el riepto en el derecho castellano-leonés; la adopción en la historia del Derecho español», en *Cuadernos del Instituto Jurídico Español*, 4. Roma, 1955.

por ende de una de sus creaciones, el ordenamiento jurídico (8). 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 a que la adopción sea entendida como un proceso más natural y a que no sea socialmente denostado. Este paso legal ha sido fundamental para ayudar a que la percepción social de la filiación adoptiva no sea conspirada 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. Ciento 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 afectivo (9). Es por ello normal que siempre se haya preferido la adopción por parte de familiares del menor que por extraños, a pesar de que económicamente no fuera preferible en ocasiones. Solo 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

(8) En general: BRODZINSKI, SCHECHTER, *The psychology of adoption*, Nueva York, 1990.

(9) 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, *Family matters: Secrecy and disclosure in the history of adoption*, Cambridge, 1998, págs. 223 y sigs.). 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 más tiemben que ver 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. Cada vez más por ello 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, «Perfect Substitutes or the Real Things?», en *Duke Law Journal*, 2003, pág. 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.

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 psico-afectiva: un hogar donde los principios afectivos y sociales le sean inculcados por unos progenitores que actúan simultáneamente a esta función educadora, como protectores de la integridad económica, física y emocional del menor hasta su llegada a la edad adulta. Función que entendemos van a realizar mejor que el Estado, dada su inmediatez, frente a la impersonalidad y distancia que 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 funciones (10). 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 en la actualidad se dan, 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 pertenecen (11).

Como indicábamos para el 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 tomándola como referencia, la normativa se aadecue a tales avances. Y 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 frentes (12). Y el ordenamiento jurídico es proverbialmente lento en adaptarse a las demandas

(10) En otros países, como Estados Unidos, es posible prestar esa función 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.

(11) Desde una concepción aristoteliana 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 deban optar a poder formar una familia al completo a menos que haya una causa que les prive del derecho a recibir tal beneficio. Veremos más sobre este aspecto al considerar a quién le corresponde la carga de la prueba en cuanto a la idoneidad de las parejas homosexuales para poder adoptar.

(12) 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: cuales son los elementos constitutivos de la familia, cuál es la relación entre los miembros que la integran en el sentido de cuales son las obligaciones morales entre ellos, cuanto duran esas obligaciones... Cfr. CAHN, «The moral complexities of family law», en *Stanford Law Review*, 1997, págs. 225 y sigs. SHANLEY, *Making babies, making families*.

sociales en un buen número de aspectos (13) (siendo la mejor adaptabilidad 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 católica (14). 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 por 100 más) frente a 94.170 civiles. En cuanto a los enlaces realizados por otros ritos religiosos, en 2009 fueron 785, en línea con años anteriores (15). 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 en España se está produciendo. 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 aceptado (16). La diversidad en la realidad social es patente. 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 social (17), pues como veremos, las técnicas de reproducción artificial, la maternidad subrogada (gestación de sustitución, más conocida como «vientre de alquiler» (18) y ciertas

What matters most in an age of reproductive technologies, surrogacy, adoption and same-sex and unwed parents, Boston, 2001, págs. 1 y sigs.

(13) Cfr. CHRISTENSEN, «Legal ordering of family values: The case of gay and lesbian families», en *Cardozo Law Review*, 1997, pág. 1302. GATOS, «Third parent adoption in lesbian and gay families», en *Vermont Law Review*, 2001, pág. 197.

(14) Según los datos provisionales del Instituto Nacional de Estadística.

(15) 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.

(16) Véase, en general: ELOVITZ, SCHNEIDER, *Legal issues facing the nontraditional family*, Nueva York, 1995.

(17) Cfr. ELLMAN, «Thinking about custody and support in ambiguous father families», en *Family Law Quarterly*, 2002, pág. 52.

(18) 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: ANDREWS, «Beyond Doctrinal Boundaries: A Legal Framework for Surrogate Motherhood», en *Virginia Law Review*, 1995, págs. 2343 y sigs. GARRISON, «Making for baby making: an interpretive approach to the determination of legal parentage». En *Harvard Law Review*, 2000, págs. 837 y sigs.

adopciones novedosas en nuestra estructura jurídica, lo desafían (19). 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 sexo (20). 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 acatada (21); y a día de hoy la legislación española se encuentra entre las que proporcionan un marco en el que las parejas homosexuales son tratadas igualitariamente respecto de las parejas tradicionales en cuanto a las categorías del derecho de familia, lo cual es bastante novedoso en nuestro entorno jurídico (22).

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, 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, ha ido modificándose y adaptándose a la evolución social de cada momento (23). No es igual el concepto sobre la familia que se tenía en la época

(19) Vid. JOSLIN, «Interstate Recognition of Parentage in a Time of Disharmony: Same-Sex Parent Families and Beyond», en *Ohio State Law Journal*, 2009, págs. 594 y sigs.

(20) O incluso tres progenitores, como el caso que plantea GATOS (un caso real en Massachusetts que relata en: «Third parent adoption in lesbian and gay families», en *Vermont Law Review*, 2001, págs. 195 y sigs.) 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.

(21) En este sentido es interesante la apreciación que hace LIN («Social norms and judicial decision-making: Examining the role of narratives in same sex adoption cases», en *Columbia Law Review*, 1999, págs. 739 y sigs.) 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.

(22) No olvidemos que todo trato diferenciado ha de ser justificado: una discriminación injustificada no se ajusta a los requisitos del artículo 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).

(23) 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.

griega, que en la romana, en la edad media, en el siglo XIX, que en la actual. Las costumbres y modos de comportamiento han ido cambiando (24). 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, 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.

A parte de los avances científicos, la ley proporciona el instrumento de la adopción para que las familias homoparentales puedan gozar de descendencia; es el instrumento legal del que gozamos es la adopción (25). 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. Crea, por tanto, un lazo familiar en sustitución de la sangre, que es la que normalmente lo crea. Esta

(24) Ver una aproximación a esta evolución en lo referente a la homosexualidad en: SILVA JUNIOR, *A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais*, Curitiba, 2008. Asimismo, es significativo aclarar que hoy se estima que existe una diferencia conceptual entre sexo, género y orientación sexual (cfr. ROSKI, «Like father, like son: homosexuality, parenthood, and the gender of homophobia», en *Yale Journal of Law and Feminism*, 2009, pág. 274).

(25) Las adopciones extra-jurídicas por la vía de hecho no las contemplamos por salirse del objeto meramente jurídico del presente estudio. Mencionar que la más popular, o al menos curiosa, es la que MALDONADO (vid., *Os caminhos do coração: pais e filhos adotivos*. São Paulo, 2001, pág. 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, *Marriage and family law agreements*. Colorado Springs, 1984, págs. 307 y 308).

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 adopciones se realizan por encargo. Así es 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 puedan acceder a la adopción las parejas homosexuales ha sido ampliamente criticada (26). 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 diferente (27). Claro que no tenemos datos de qué ocurre con los adoptados por parejas homosexuales, puesto que este fenómeno es demasiado reciente. Se argumenta que los problemas psicológicos de estos adoptados se dispararán, 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,

(26) Consecuente con su virtualidad, esta corriente aleja de momento bastante la posibilidad de consentir la adopción por parejas homosexuales (cfr. TOBIAS, «Several steps vendid: Gay and lesbian adoptions», en HASLANGER, WITT, *Adoptions matters: Philosophical and feminist essays*, Ithaca, 2005, págs. 95 y sigs.). Hay incluso quien aboga por prohibir la adopción por cualquier pareja no casada, independientemente de su composición: Cfr. WAR-DLE, «Comparative perspectives on adoption of children by cohabiting, nonmarital couples and partners», en *Arkansas Law Review*, 2010, pág. 32.

(27) OLIVEIRA, BORTOLOZZI, *Adopçao por homossexuais. A família homoparental sob o olhar da psicología jurídica*, Curitiba, 2009, pág. 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 haber diferencia significativa. 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 eludirlos 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, «The endurance of the biological connection: Heteronormativity, same sex parenting and the lessons of adoption», en *Brigham Young University Journal of Public Policy*, 2007-2008, págs. 291 y sigs. También: ROBERTS, «The Genetic Tie», en *University of Chicago Law Review*, 1995, págs. 219 y sigs.). Es por ello importante tener en cuenta no solo 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.

pues se reduce a una opinión proclamada por sus detractores (28). 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 progresión estaremos ante hipótesis afirmadas por unos y negadas por otros, pero ambas sin conocimiento riguroso. No hay elementos comparativos ni estadísticos ni posibilidad de análisis regresivo para poder 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 que 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 en orfanato y de casa de acogida donde las figuras maternal y paternal 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

(28) 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, citando numerosos estudios científicos y jurídicos que respaldan sus premisas: ROSKI, «Like father, like son: homosexuality, parenthood, and the gender of homophobia», en *Yale Journal of Law and Feminism*, 2009, págs. 257 y sigs. STACEY, BIBLARZ, «(How) Does the Sexual Orientation of Parents Matter?», en *American Sociological Review*, 2001, págs. 159 y sigs. POLIKOFF, «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*, 1990, págs. 459 y sigs. ELOVITZ, «Adoption by lesbian and gay people: the use and misuse of social science research», en *Duke journal of gender law and policy*, 1995, págs. 211 y sigs. GREEN, «Same sex adoption. An alternative approach to gay marriage in New York», en *Brooklyn Law Review*, 1996, págs. 399 y sigs. ADAMS, «Whose family is it anyway? The continuos struggle of lesbians and gay men seeking to adopt children», en *New England Law Review*, 1995, págs. 592 y sigs.), como los que afirman que el menor criado en una familia homoparental sufrirá daño psicológico (WARDLE, «Considerering the impact on children and society of lesbiangay parenting», en *Quarterly law journal*, 2004, págs. 550 y sigs. REKERS, «An empirically supported racional basis for prohibiting adoption, foster parenting and and contested child custody for any person residing in a household that includes a homosexually behaving member», en *Saint Thomas Law Review*, 2005, págs. 325 y sigs.) 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, «Adoption by lesbian and gay people», en: ELOVITZ, SCHENIDER, *Legal issues facing the nontraditional family*, págs. 171 y sigs. Nueva York, 1995. WILKINS, CHRISTENSEN, SELDEN, *op. cit.*, págs. 575 y sigs. (con abundantes referencias a la doctrina psicológica y sociológica). La prestigiosa American Psychology Association (APA) tiene editada la guía «Lesbian and Gay Parenting» destinada a servir se guía 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 generaba.

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 de 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 normalidad (29), 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 y llevarán una vida normal, simplemente que 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 escondra 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. 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), frente a 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) (30). 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

(29) Estadísticamente hablando.

(30) 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 OLIVEIRA, BORTOLOZZI, *op. cit.*, págs. 180 y sigs. También: MALLON, *Lesbian and gay foster and adoptive parents. Recruiting, assessing and supporting an untapped resource for children and youth*, Washington, 2006, pág. 32 y sigs.; 47 y sigs. Desde un punto más ortodoxamente psicológico de la formación de los papeles de género en los menores: SILVA JUNIOR, *op. cit.*, págs. 103 y sigs.

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 las que 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, 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 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 adopción (31), negar a una pareja no heterosexual que sí está dispuesta a adoptar a ese niño la opción de poder hacerlo 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 este 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 quieren (32), 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 SIDA (33).

(31) A modo de ejemplo el mencionado por TOBIAS (*op. cit.*, pág. 95) que cita a una pareja homosexual que tenía en régimen de acogida a cinco niños nacidos seropositivos y el Estado de Florida les ha denegado la posibilidad de adoptarlos.

(32) En contra de esta estigmatización: EVALL, «Sexual orientation and adoption matching», en *Family Law Quarterly*, 1991, págs. 361 a 364.

(33) Cfr. ADAMS, *op. cit.*, págs. 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, «The Ha-

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 heterosexual extraña, que son las únicas parejas que pueden adoptar en España actualmente. De no existir 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 acerca de la idoneidad o imidoneidad 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 que no 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. 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 en un hogar homosexual, es una realidad que escapa al control del legislador (34). 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 mano 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, tome 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 socio-políticamente hablando, ni constitucionalmente admisible en base a la obligación de no discriminación del artículo 14 CE (35). Entonces este hecho hace surgir la cuestión de si es posible limitar

gue 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*, 2008, pág. 116).

(34) En Estados Unidos se estima que dos millones de menores, adoptados o no, se encuentran criándose en hogares homoparentales (cfr. SILVA JUNIOR, *op. cit.*, pág. 124. Datos que confirma e incluso amplía WARDLE, «Considering the impact on children and society of lesbian and gay parenting», en *Quarterly LawJournal*, 2004, pág. 542, nota 5). Y de ellos, unos 250.000 han sido adoptados (cfr. Ross, «Finstuen v. crutcher: the tenth circuit delivers a significant victory for same-sex parents with adopted children», en *Denver University Law Review*, 2008, pág. 685).

(35) 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. Incluso 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

las adopciones por parejas homosexuales en base al pretendido posible perjuicio que el menor pueda sufrir: pero 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 alega: solo en los casos en que se demuestre un perjuicio podrá actuarse. No debiera, 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 las parejas homosexuales sean idóneas para adoptar (36); ciertamente para eso existen los filtros administrativos. Estos existen desde hace mucho, porque tampoco todas las parejas heterosexuales son buenos padres: la Administración lo sabe y por eso las selecciona para darles un hijo en adopción. 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 de los procesos de adopción. Ello 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 por ende 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. Casos en lo que esto no ha ocurrido son numerosos, sin embargo. La correlación es incierta, porque entonces, según ese razonamiento, de un hogar heterosexual no podría surgir alguien homosexual, lo cual sabemos no es cierto. Pero incluso en el caso de que 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.

típico del abusador de menores en un 95 por 100 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», en *Harvard Law Review*, 1988-1989, págs. 1638 a 1640).

(36) Vid. MALLON, *Lesbian & gay foster and adoptive parents. Recruiting, assessing and supporting an untapped resource for children and youth*. Washington, 2006, pág. 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.

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. 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 el actual estado de cosas asume (37).

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 de 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 información y facilidad de desplazarse físicamente suficientes 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. No ocurre lo mismo con la normativa registral, en concreto con la Ley del Registro Civil. Los artículos 42 y siguientes de la Ley del Registro Civil y los artículos 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 del que 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 poder adoptar a 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 adopciones (38).

(37) Es una vulneración del derecho a la no discriminación, del de igualdad y según BALL, inmoral (vid. «The Immorality of Statutory Restrictions on Adoption by Lesbians and Gay Men», en *Loyola University of Chicago Law Journal*, 2007, págs. 379 y sigs.)

(38) 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, «The status of same sex adoption in the

Al objeto de regresar a España, la pareja pretende obtener la inscripción del menor como hijo de los dos hombres, con filiación matrimonial. Para ello hacen la oportuna solicitud ante el Consulado de Los Ángeles, quien la deniega, pues consta en la documentación que el menor es fruto de un contrato de vientre de alquiler (39). Al estar estos contratos expresamente prohibidos por la legislación española, el encargado consular, estima que no puede proceder a la inscripción filiatoria (40), 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 «(...), 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,

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*, 2003, págs. 314 y sigs.), 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 es: *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, «Second parent adoption: A model brief», en *Duke Journal of Gender Law and Policy*, 1995, págs. 233 y sigs. SCHACTER, «Constructing families in a democracy: Courts, legislature and second parent adoption», en *Chicago Kent Law Review*, 2000, págs. 933 y sigs.

En España la describe GARCÍA RUBIO, «La adopción por y en parejas homosexuales», publicado en el *Libro Homenaje al Profesor Luis Puig Ferriol* (Valencia, 2006) a raíz de un Auto de Juzgado de Primera Instancia, núm. 3 de Pamplona, en el que se establecía una adopción de este tipo.

(39) 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 citar algunos de los trabajos destacados en las diferentes áreas en las que este tipo de contratos tienen relevancia: FIELD, «Surrogate motherhood», Cambridge, 1988. GARRISON, «Surrogate parenting: What should legislatures do?», en *Family law quarterly*, 1988, págs. 149 y sigs. POSNER, «The ethics and economics of enforcing contracts of surrogate motherhood», en *Journal of Contemporary Health Law and Policy*, 1989, págs. 21 y sigs. SCHUCK, «The social utility of surrogacy», en *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 1990, págs. 132 y sigs. STUMPF, «Redefining mother: A legal matrix for new reproductive technologies», en *Yale Law Journal*, 1986, págs. 187 y sigs. De entre los más recientes, post explosión doctrinal derivada del caso *Baby M.*: SPAR, «For the love and money: The political economy of commercial surrogacy», en *Review of international political economy*, 2005, págs. 287 y sigs. MARKENS, *Surrogate motherhood and the politics of reproduction*, Berkeley, 2007. MERINO, *Adoption and surrogate pregnancy*, Nueva York, 2010.

(40) 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.

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 artículo 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 que figuraba como padres de sus 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 incumplimientos (41); y para evitar que se pueda repetir la situación, optaron por medidas preventivas (42).

Aun así la Resolución no aborda directamente el conflicto que mencionamos, pues diríme la cuestión en base a 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 de entender que la validez del negocio jurídico que da origen a la adopción ha de ser tenido 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 tanto debate ha generado en las últimas décadas entre la doctrina (43). Digamos en resumen que la Dirección

(41) Línea que sigue la Resolución de la DGRN a la que aquí hacemos referencia.

(42) Vid. *infra* nota 50.

(43) 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

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 posibilita a cada Estado para aplicar una u otra posición; tampoco soluciona el problema del traslado transfronterizo de las familias homoparentales.

La DGRN, para intentar homogeneizar las respuestas que los distintos registros civiles han de dar a situaciones como la que se planteó en este tipo de casos, dictó la Instrucción de 5 de octubre de 2010. Así, a pesar de la prohibición que la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, establece en su artículo 10.1 de los contratos de gestación subrogada, entiende que debe quedar posibilitado el padre biológico para poder reclamar la paternidad, inscribiendo al menor en el Registro civil (44). Lo contrario sería dejar al menor en una situación de desamparo no deseable; pero nada se dice de la situación del cónyuge homosexual del padre biológico. Para ello fija las directrices para la calificación por parte de los encargados del Registro civil de las solicitudes de inscripción de nacimiento de menores nacidos en el extranjero como consecuencia del uso de técnicas de gestación por sustitución (o subrogada). Se exige para poder proceder a la inscripción que el proceso de filiación subrogada haya sido supervisado por un juez con competencia judicial internacionalmente reconocible, conforme a la legislación local y que haya concluido el procedimiento con una resolución firme y que su contenido sea irrevocable. Además, en caso de que en la legislación del foro dicho proceso tenga carácter contencioso, es necesario también que un juez español conceda previamente el *exequátur* (garantizándose así que la resolución extranjera sea conforme a los requisitos del Ordenamiento jurídico español). En caso de no verificarse los requisitos expuestos, el encargado del Registro civil deberá denegar la inscripción (45).

materno y por pareja homosexual. El primero lo prohíbe expresamente nuestra legislación; el segundo ahora es conforme a nuestro ordenamiento jurídico.

(44) Así la Instrucción se promueve con el objetivo de garantizar: «...en primer lugar, los instrumentos necesarios para que la filiación tengan acceso al Registro Civil español cuando uno de los progenitores sea de nacionalidad española, como vía de reconocimiento a efectos registrales de su nacimiento; en segundo lugar, la inscripción registral en ningún caso puede permitir que con la misma se dote de apariencia de legalidad supuestos de tráfico internacional de menores y; en tercer lugar, la exigencia de que no se haya vulnerado el derecho del menor a conocer su origen biológico, según se expresa en el artículo 7, número 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989; artículo 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, así como en sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de septiembre de 1999. Junto a los del menor, deben valorarse otros intereses presentes en los contratos de gestación por sustitución, especialmente la protección de las mujeres que se prestan a dicha técnica de reproducción, renunciando a sus derechos como madres». Por ello se debe prestar especial atención a que los requisitos de prestación del consentimiento se cumplan escrupulosamente: capacidad, libertad sin violencia, intimidación o coacción y veracidad de su emisión, sin mediar error o simulación.

(45) Reza la instrucción que las directrices a aplicar serán: «Primera.—1. La inscripción de nacimiento de un menor, nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución, solo podrá realizarse presentando, junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido. 2. Salvo que resultara aplicable un convenio internacional, la resolución judicial extranjera deberá ser objeto de *exequátur* según el procedimiento contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Para proceder a la inscripción de nacimiento deberá presentarse ante el Registro Civil español, la solicitud de la inscripción y el auto judicial

Las adopciones internacionales han sido un fenómeno en franco auge durante las últimas dos décadas (46). 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 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 allí (47), y los países son libres de formar acuerdos bilaterales con terceros estados ajenos al Convenio de acuerdo al artículo 39.

En principio, el Convenio establece el reconocimiento de las adopciones hechas en otros países de acuerdo a su legalidad vigente, válidos en todos los países firmantes del convenio. Pero con la excepción de que no sean contrarias al orden público del país donde se solicita el reconocimiento (48). Para comprobarlo, el

que ponga fin al mencionado procedimiento de *exequáutur*. 3. No obstante lo anterior, en el caso de que la resolución judicial extranjera tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, el encargado del Registro Civil controlará incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución judicial puede ser reconocida en España. En dicho control incidental deberá constatar: a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado. b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española. c) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante. d) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente. e) Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que este hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado».

Segunda.—En ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante.

(46) Vid. O'HALLORAN, *The politics of adoption: International perspectives on law, policy and practice*, Dordrecht, 2006.

(47) 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. Ireland Law Reform Comisión, *Aspects of intercountry adoption law. Report*, 2008, pág. 71) si bien rehabilitó las etapas al año siguiente al cambiar el país africano su normativa en la materia. Para otras aplicaciones prácticas del tratado, véase: ROMANO, «Intercountry adoption: An overview for the practitioner», en *Transnational Lawyer*, 1994, págs. 567 y sigs.

(48) Artículo 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

país que proporciona la adopción del menor, debe emitir un documento probatorio de que la adopción se ha realizado de acuerdo a las reglas del Convenio. Así el artículo 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 del 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 el caso de sospechar que las adopciones realizadas en algún país concreto (incluidos los firmantes del Convenio) violan la normativa de interés público interno, pudiendo no solo denegar la homologación de la adopción, sino incluso prohibir la entrada en territorio británico del menor originario de esa nación (49). Se busca así evitar la práctica de adoptar en un país ajeno al convenio para así poder evitar las exigencias a las que este obliga

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 de 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 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).

(49) 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» (aún 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.

a la vez que se intenta el aprovecharse de los beneficios que otorga (50), incluso mediante la re-adopción del menor una vez en el propio país ya de acuerdo con las reglas internas (51). 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 en base a 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 a su legítima familia (52), 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

(50) Vid. O'HALLORAN, *The politics of adoption: international perspectives on law, policy & practice*, Nueva York, 2006, pág. 265; citado en: Ireland Law Reform..., *op. cit.*, pág. 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 caso concreto incluso en contra de la reglamentación administrativa (proceso denominado *fair acompli*) 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 de dónde 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 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 wardship)* [1997] 2 FLR 221 y 230. Citados en: *Ireland Law Reform...* *op. cit.*, pág. 74).

(51) 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.

(52) 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, *A practical guide to international family law*, Bristol, 2008, pág. 225); LOWE, EVERALL, NICHOLS, *International movement of children: law practice and procedure*. Bristol, 2004.

que se reconocen en estos Estados cumplen con todas las garantías de legalidad que protejan a los ciudadanos de aquellos países de los instintos depredadores del dinero fácil y la avidez de personas occidentales de acceder a una adopción (53).

Este 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 por 100 de la población estadounidense cambia de domicilio cada año (54): 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, requiriéndose 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 allí hay que convalidar 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 solo 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, dejando al menor en estado de desamparo. Y la consecuencia de un menor en Estado de desamparo sabemos que es que el Estado se hace cargo de su guarda y custodia (55). El tratamiento que a las adopciones por parejas homosexuales se le da en los diferentes estados es variable, como ocurre entre los estados del mundo.

(53) 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 5.^º 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.

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* núm. 291, de 2 de diciembre de 2010, con entrada en vigor para España el 1 de enero de 2011.

(54) Cfr. WARDLE, «A critical analysis of interstate recognition of lesbian/gay adoptions», en *Ave Maria Law Review*, 2005, pág. 568.

(55) 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 extre-

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 reconocen (56): 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. 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 estados (57). La consecuencia es aterradora: el niño carece de progenitores, está

mo. 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 las ha llevado a calificar por OLSON 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*, 2009, págs. 161 y sigs.).

(56) Muestra de la discusión doctrinal en la que se halla envuelta la cuestión: JOSLIN, «Interstate Recognition of Parentage in a Time of Disharmony: Same-Sex Parent Families and Beyond», en *Ohio State Law Journal*, 2009, págs. 557 y sigs.). ARADER, «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*, 2010, págs. 187 y sigs.

(57) 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, *op. cit.*, págs. 614 a 616). Tampoco parece que las leyes que algunos estados han intentado aprobar, prohibiendo expresamente el reconocimiento en 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. *Finstuen v. Clutcher* 496 F.3d 1139, explicado detalladamente por SPECTOR, «The Unconstitutionality of Oklahoma's Statute Denying Recognition to Adoptions by Same-Sex Couples from Other States», en *Tulsa Law Review*, 2005, págs. 467 y sigs.). La peculiaridad de esta decisión es que se basa en el reconocimiento de un sentencia judicial que establecía la adopción. Por ello en este caso la homologación venía obligada por el artículo 4 de la Constitución norteamericana (cfr. el comentario a este caso en *Harvard Law Review*, 2007, págs. 661 y sigs.). 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 debate su alcance (vid. COX, «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*, 2003, págs. 751 y sigs.). 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, «Interstate recognition of same sex parents in the wake of gay marriage, civil unions and domestic partnerships», en *Boston College Law Review*, 2004, págs. 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*, 2005, págs. 381 y sigs.

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 delimitado por el Convenio y cada país lo hará de acuerdo a su normativa. Y esto entre firmantes del tratado, que no son todos los del mundo, pues fuera de él la libertad de cada Estado es absoluta.

Planteamos 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: el ordenamiento interno lo repudiará y esa relación de esclavitud no será válida (58). 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 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 lo ampara el 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. Pero el bienestar y la libertad de circulación de cada vez más personas requieren que el asunto sea abordado y se adopten medidas que otorguen la necesaria seguridad jurídica de los menores en esta situación.

Lo cierto es que en el flujo de decisiones judiciales la tendencia es a legalizar este tipo de adopciones: APPELL, *op. cit.*, pág. 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 de que 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, «Same-Sex Parents in a Comparative Perspective», en *International Law Forum*, 2005, págs. 195 y sigs. VIARDINGERBROEK, «Trends on (inter-country) adoptions by gay and lesbian couples in western Europe», en *Saint Thomas Law Review*, 2005, págs. 508 y sigs.).

(58) Vid. SCARMAN, «English law and foreign adoptions», en *International and Comparative Law Quarterly*, 1962, pág. 638.

RESUMEN

**ADOPCIÓN
MATRIMONIO HOMOSEXUAL**

El matrimonio entre personas del mismo sexo ha sido incorporado a la legislación española; dejando de lado en este artículo la controversia que suscita, trae como consecuencia la determinación de la filiación de la descendencia de esas parejas. Tal extremo no ha quedado suficientemente aclarado y legalmente delimitado en nuestro Ordenamiento jurídico, lo cual ha suscitado polémica en cuanto a diferentes extremos relativos a ella. En este artículo nos hemos centrado en la adopción por estas parejas, su conveniencia y legalidad, tanto a nivel nacional como transfronterizo. Precisamente este último punto es el que suscita más problemas jurídicos y, al hilo de la Resolución mencionada en el título de este artículo y la Instrucción de 5 de octubre de 2010. Trataremos de dar una visión de cuál es la situación legal de las adopciones por parejas del mismo sexo.

ABSTRACT

**ADOPTION
GAY MARRIAGE**

Gay marriage is now incorporated to Spanish legislation; aside from its controversy, it brings the need to determine the filiations of their offspring. This point is not clear enough in our law and this brings different ground points of discussion. In this article we review the gay adoption issue: its necessity and legality, both in internal Spanish law and in international law. This last point is specially problematic from a legal point of view given the Decision that we mention in the title and the Instrucción de 5 de octubre de 2010. We will also try to give an overview of the legal situation of gay adoptions.