

LA ADOPCIÓN POR Y EN PAREJAS HOMOSEXUALES

María Paz García Rubio

Catedrática de Derecho Civil. Universidad de Santiago de Compostela.

*****Este trabajo se publicará próximamente en el Libro Homenaje al Pr. Lluís Puig Ferriol. Barcelona. 2004.**

SUMARIO. 1. El presente: el Auto JPI núm. 3 de Pamplona. 1.1. Presentación del supuesto. 1.2. La vigencia y aplicación de la Ley Foral 6/2000 de igualdad jurídica de las parejas estables. 1.3. El art. 8.1 de la ley. 2. El futuro. Algunas alternativas posibles.

1. EL PRESENTE: EL AUTO JPI NÚM. 3 PAMPLONA.

1.1. PRESENTACIÓN DEL SUPUESTO.

Esta modesta aportación, escrita en homenaje a un gran y querido maestro, va a tratar de abordar, con las lógicas limitaciones derivadas de un trabajo de esta índole, un problema jurídico de enorme actualidad: el derivado de la adopción de un menor por una pareja homosexual. En efecto, en el momento de redactar estas líneas se acaba de hacer público un Auto de la Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm 3 de Pamplona¹ que, con fundamento en la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, de igualdad jurídica de las parejas estables², acuerda la adopción a favor de la compañera sentimental de la madre biológica de dos niñas con las que ambas adoptadas conviven.

En el informe evacuado oportunamente por el Ministerio Fiscal se había manifestado la oposición de éste a la adopción con fundamento en dos motivos: el primero, que el Código civil en su artículo 154, únicamente reconoce la paternidad y la maternidad de las personas pero no la posibilidad de dos maternidades, así como que la Ley del Registro Civil sólo contempla dos clases de filiación, la paterna y la materna en sus arts. 47 y 48; el segundo motivo alegado es que la Ley Foral 6/2000 es inconstitucional porque, según palabras literales “vulnera el principio de legalidad al estar en clara colisión con el Derecho Común [...] y debe

¹ Procedimiento 1337/2003. Sección B-1. El contenido íntegro del auto se puede consultar en <http://www.codigo-civil.net>.

² BO Navarra, 7 de julio de 2000.

esperarse a la resolución de los recursos de inconstitucionalidad que actualmente penden ante el más Alto Tribunal”.

Con estos antecedentes y antes de entrar en el contenido de la resolución judicial, conviene traer a colación que la Ley foral 6/2000 está efectivamente pendiente en este momento de un doble pronunciamiento del Tribunal Constitucional. Por providencia de 25 de marzo de 2003 este órgano admitió a trámite una cuestión de inconstitucionalidad contra el art. 2.3 de la citada ley, planteada por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, por supuesta violación del art. 149.1.8ª de la CE³; de conformidad con el mencionado art. 2.3 *“Las disposiciones de la presente Ley Foral se aplicarán a las parejas estables cuando, al menos, uno de sus miembros tenga la vecindad civil navarra”*. Bastante anterior es el recurso de inconstitucionalidad número 5297/2000⁴, promovido por ochenta y tres Diputados del Grupo Parlamentario Popular contra la Ley foral para la igualdad jurídica de las parejas estables, uno de cuyos motivos es, precisamente, el reconocimiento del derecho de adoptar a las parejas homosexuales, aunque en realidad afecta al íntegro contenido de la norma autonómica. Como se ha dicho, en ambos casos se está pendiente de la resolución de máximo intérprete de la Constitución circunstancia de la cual, como se verá a continuación, es perfectamente consciente la resolución judicial que nos ocupa.

El Auto parte del art. 8.1 de la reiteradamente citada ley foral a cuyo tenor *“Los miembros de la pareja estable podrán adoptar de forma conjunta con iguales derechos y deberes que las parejas unidas por matrimonio”*, norma que, puesta en relación con el concepto de pareja estable descrito en el art. 2.1 del mismo cuerpo legal⁵, lleva a la Magistrada-Juez a afirmar que

“[...] la conclusión no puede ser otra que la admisión de la adopción, conjunta, por quienes integran una unión libre de pareja, con independencia de la identidad sexual de los adoptantes, de tal manera que la remisión efectuada por la Ley 74 del Fuero Nuevo⁶, deberá entenderse hecha a estos preceptos”.

La respuesta judicial que se avanza así desde el comienzo de la resolución puede parecer un tanto precipitada, si bien todo el contenido posterior se

³ BOE, 7 de abril de 2003.

⁴ BOE, 15 de noviembre de 2000.

⁵ *“A efectos de la aplicación de esta Ley Foral, se considera pareja estable la unión libre y pública, en una relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su orientación sexual, de dos personas mayores de edad o menores emancipadas sin vínculo de parentesco por consaguinidad o adopción en línea recta o colateral hasta el segundo grado, siempre que ninguna de ellas esté unida por un vínculo matrimonial o forme pareja estable con otra persona”*.

⁶ Conforme a este precepto *“En todo lo no previsto en la Ley anterior [prohijamiento] y en las demás de esta Compilación, se aplicará a la adopción y al prohijamiento lo establecido en el Código Civil y en las leyes especiales”*.

destina a fundamentar jurídicamente la decisión, con lo que resulta plenamente conforme con las exigencias del art. 24 del texto constitucional.

1.2. LA VIGENCIA Y APLICACIÓN DE LA LEY FORAL 6/2000 DE IGUALDAD JURÍDICA DE LAS PAREJAS ESTABLES.

En sus Fundamentos Segundo y Cuarto el Auto del Juzgado navarro entra a considerar los dos motivos alegados por el Ministerio Fiscal en contra de la adopción solicitada, motivos cuyo denominador común es la inaplicabilidad de la ley foral a este supuesto. En primer lugar, la Magistrada-Juez se plantea la trascendencia que, en orden a esa aplicabilidad, tienen tanto el recurso como la cuestión de inconstitucionalidad que penden sobre la norma navarra y que más arriba se han mencionado. Respecto del recurso de inconstitucionalidad, la resolución recuerda que, a tenor de lo dispuesto en el art. 30 LOTC⁷, éste carece de efectos suspensivos y, por tanto, no condiciona la plena vigencia de la norma. En tal sentido es pertinente recordar –como se hace en el Auto- que la situación de la ley navarra es en este punto del todo diferente a la que padece la ley homónima vasca⁸, sobre cuya situación me permito detenerme brevemente.

En el caso vasco, conforme a artículo 8 de la ley de parejas de hecho del País Vasco “*Los miembros de parejas formadas por dos personas del mismo sexo podrán adoptar de forma conjunta, con iguales derechos y deberes que las parejas formadas por dos personas de distinto sexo y las parejas unidas por matrimonio*”. El precepto, como el correspondiente navarro, ha sido recurrido al Tribunal Constitucional, si bien en este caso el Presidente del Gobierno, promotor del recurso, invocó el art. 161.2 de la Constitución, lo que dio lugar a la consiguiente suspensión de la vigencia y aplicación del precepto impugnado⁹. En fecha relativamente reciente, por Auto 18 de diciembre de 2003¹⁰, el Tribunal Constitucional ha acordado el mantenimiento de la suspensión de la vigencia del citado precepto vasco con variados argumentos. El primero, de índole procesal, rechaza el agravio comparativo con la situación de la ley navarra, al considerar que la diferencia en el sujeto promotor del recurso supone que

⁷ Según la disposición referida “*La admisión de un recurso o de una cuestión de inconstitucionalidad no suspenderá la vigencia ni la aplicación de la ley, de la disposición normativa o del acto con fuerza de ley, excepto en el caso en que el Gobierno se ampare en lo dispuesto por el art. 161.2 de la Constitución, para impugnar, por medio de su Presidente, Leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de ley de las Comunidades Autónomas*”

⁸ Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho (BOPV, 23 de mayo de 2003).

⁹ BOE 20 de agosto de 2003.

¹⁰ Diario La Ley, núm. 5936, 20 de enero de 2004.

“Nos encontramos, pues, ante supuestos diferentes, con incidencias procesales asimismo distintas y que son indisponibles por este tribunal”.

Más sorprendente resulta, en mi opinión, la argumentación sustantiva que utiliza para el mantenimiento de la suspensión. Parte el Tribunal de que

“[...] nos encontramos ante el contraste entre la presunción de legitimidad de la Ley autonómica y el interés general que se vincula a su aplicación de un lado, y el interés de los adoptandos, adoptantes y padres por naturaleza, interés que se vincula estrechamente a una tupida red de efectos y consecuencias jurídicas conectados al negocio jurídico familiar de la adopción y a la extinción de la primitiva relación paternofilial”.

La afirmación no puede suscitar sino perplejidad por su inexactitud e incluso, si se me permite, por incurrir en groseros errores de apreciación jurídica. Tan negativa consideración merece la calificación, como un único interés digno de protección del “interés de los adoptandos, adoptantes y padres por naturaleza”, ya que tales intereses, que sin duda existen, son intereses diferentes e incluso, muchas veces, contrapuestos. Sobremanera, de conformidad con el ordenamiento jurídico español, el único interés en verdad determinante de la adopción es el interés del adoptado, tal y como exige el art. 21 la Convención sobre los Derechos del Niño¹¹, ratificada por España en 1990 y que nos vincula a todos en los términos del art. 39.4 de la CE¹². Es más, dicho interés es el exclusivamente mencionado por el legislador competente en las dos normas internas referentes a la cuestión: el art. 176.1 del CC y el art. 119 del Código de Familia de Cataluña.

Mayor estupor causa aún a cualquier conocedor de nuestro Derecho que un tribunal –más aún el Tribunal Constitucional- califique en el año 2003 a la adopción como “un negocio jurídico familiar”, pues es de sobra conocido, y por ello ociosa cualquier cita al respecto, que hace ya tiempo que la adopción no es un negocio de Derecho de familia formado por los consentimientos del adoptado (o sus padres, tutores o guardadores) y el adoptante que la autoridad judicial se limita a homologar, sino que es un acto de dicha autoridad, en la medida en que se constituye por una resolución judicial, tal y como se dice expresamente en el art. 176.1 del CC

¹¹ Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49. El referido art. 21 comienza diciendo, “*Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y: a) Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario[....]*”.

e implícitamente se deriva del también aludido art. 119 del Código de familia catalán a través de la remisión al procedimiento de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹³.

En un segundo momento y para fundamentar el mantenimiento de la suspensión de la ley de parejas vasca el Auto del Tribunal Constitucional señala:

“[...] la adopción produce por regla general la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptando y su anterior familia y es irrevocable salvo extinción de la misma acordada por el juez (arts. 178.1 y 180 del CC), es obvio que quienes fueron adoptados de acuerdo con el precepto recurrido experimentarían perjuicios de muy difícil, y acaso imposible, reparación si el precepto recurrido fuera en su día considerado inconstitucional y nulo, perjuicios extensibles también a la familia por naturaleza y a los adoptantes, con vulneración de las exigencias del principio de seguridad jurídica”.

De nuevo no puedo dejar de mostrar mi perplejidad por el contenido del texto transcrito, de carácter exclusivamente valorativo y ausente de argumentos de índole jurídica; es más, se me ocurre preguntar por qué el máximo guardián de la Constitución menciona exclusivamente el Código civil como norma configuradora del instituto de la adopción, cuando es notorio que existen otros cuerpos legales igualmente españoles y emanados de Parlamentos competentes para legislar en materia civil que regulan la institución y pueden ser aplicables a una adopción requerida por dos homosexuales en el País Vasco. Sencillamente parece increíble que el propio Tribunal Constitucional sea tan poco respetuoso con la Constitución que está obligado a salvaguardar.

En fin, volvamos de nuevo al Auto del Juzgado de Primera Instancia de Pamplona, recordando, como en él se hace, que la suspensión de la vigencia de la ley, tan subrayada para el caso de la norma vasca, no se ha producido en el supuesto de la navarra, por lo que prevalece la presunción de su legitimidad y validez, en tanto no se resuelva el recurso de inconstitucionalidad interpuesto. Nada que objetar, pues, en este punto.

A lo que apenas se refiere el Auto de Pamplona es al asunto que subyace en la cuestión de inconstitucionalidad que también pende sobre la ley foral tantas veces mentada y que afecta en concreto a su art. 2.3. De conformidad con este artículo *“Las disposiciones de la presente Ley Foral se aplicarán a las parejas estables cuando, al menos, uno de sus miembros tenga la vecindad civil navarra”*. Se trata en este caso de una norma unilateral

¹³ Dicho procedimiento es aún el establecido en los arts. 1829 y ss. de la LEC de 1881, que se mantienen en vigor tras la LEC de 2000, en tanto no se promulgue una nueva Ley de jurisdicción voluntaria.

delimitadora del ámbito de aplicación de la propia ley, muy similar a las contenidas en la mayor parte de las leyes de parejas autonómicas publicadas hasta el presente en España¹⁴ y que, según mi parecer, concorde con la mayor parte de la mejor doctrina que ha profundizado en ello, es inconstitucional por invadir la competencia exclusiva del Estado en materia de conflicto de leyes, según dispone el art. 148.1.8ª de la CE¹⁵, competencia exclusiva que afecta tanto a las normas de Derecho Internacional Privado, como a las de Derecho interregional¹⁶. Es cierto que una parte de la doctrina trata de salvar la constitucionalidad de las disposiciones aludidas interpretando que se trata de normas materiales de Derecho civil autonómico que operarían después de haber aplicado la norma estatal de conflicto pertinente lo cual, aparentemente, preserva la competencia exclusiva del Estado¹⁷. Este último planteamiento ha sido asumido, precisamente en relación con la ley navarra de parejas, por la SAP Navarra de 12 de junio de 2002¹⁸, en un supuesto en el que se ejercitó una acción para que se declarase que un hombre, de vecindad civil navarra y una mujer, de vecindad civil común, ambos residentes en Agreda

¹⁴ Por orden cronológico, la ya citada Ley 10/1998, de 15 de julio, de Cataluña, sobre Uniones Estables de Pareja; Ley 6/1999 de 26 de marzo, de Aragón, sobre Parejas Estables no Casadas; Ley Foral Navarra 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las Parejas Estables; Ley 1/2001, de 6 de abril, de la Comunidad Valenciana, por la que se regulan las Uniones de Hecho; Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de las Islas Baleares, de Parejas Estables; Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de la Comunidad de Madrid, sobre Uniones de Hecho; Ley 4/2002, de 23 de mayo, de Asturias, de Parejas Estables; Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Andalucía, de Parejas de Hecho; Ley 5/2003, de 6 de marzo, de Canarias de Parejas de Hecho; Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Extremadura, sobre Parejas de Hecho; Ley 2/2003, de 7 de mayo, del País Vasco, ya citada, reguladora de las parejas de hecho. Con un rango menor, aunque con contenido similar al de algunas leyes de las Comunidades autónomas que carecen de competencias en materia de Derecho civil, se debe citar también el Decreto 117/2002, de 24 de octubre, por el que se crea el Registro de Uniones de Hecho en Castilla y León. En Galicia se encuentra en tramitación en el momento de redactar estas líneas la Proposición de Ley de parejas de hecho de Galicia (BOPG de 12 de noviembre de 2003).

¹⁵ Trato la cuestión con mayor extensión en M.P. GARCÍA RUBIO, "Parejas de hecho y lealtad constitucional", *Libro Homenaje al Pr. Javier Serrano García*, Pendiente de publicación.; en la literatura jurídica española se manifiesta por la inconstitucionalidad de estas normas, entre otros, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "¿Derecho interregional civil en dos escalones?", *Libro Homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2001, pp. 1787-1808, espec. p. 1802; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, "Nuevos modelos familiares y Derecho internacional privado", *Las uniones estables de pareja, Cuadernos de Derecho Judicial*, 1-2003, pp. 127-164, espec. p. 132; A. FONT I SEGURA, "Nota a la SAP Navarra núm. 99/2002 (Sección 2ª)", de 12 de junio y a la SAP Girona núm. 474/2002 (Sección 2ª), de 2 de octubre", *REDI*, 2003-1, vol. LV, pp. 474-485, espec. p. 480-481; C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, *Uniones de hecho. Una nueva visión después de la publicación de las leyes sobre parejas estables*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 296 ss.; M.E. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.E. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, *La legislación autonómica sobre uniones de hecho. Revisión desde la Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003 pp. 60-61.

¹⁶ En tal sentido se ha pronunciado ya varias veces el Tribunal Constitucional; así, STC 236/2000, de 16 de octubre, F.J. núm. 2.

¹⁷ Postura que ha sido mantenida, entre otros, por A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, Comares, Granada, 2000, p. 89; la posibilidad interpretativa había sido ya insinuado por M. MARTÍN CASALS, "Aproximación a la Ley catalana de uniones estables de pareja", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 12, 1998, pp. 143-187, espec. p. 173.

¹⁸ Aranzadi/Westlaw, JUR 2002/201896.

(Segovia), gozaban de la condición de pareja estable en el sentido de la ley foral de parejas. Según la referida Sentencia

“[...] puede evitarse el planteamiento de la cuestión [de inconstitucionalidad], interpretando el artículo 2.3 como una norma material de Derecho navarro que operaría «después» de haber aplicado la oportuna norma estatal de conflicto”,

interpretación de conformidad con la cual el tribunal estima

“En este caso, el art. 9.2 CC lleva a considerar como ley de la unión estable a la de la «residencia habitual común», que fue Agreda (Segovia). De aquí que dicha unión estable no pueda regirse por el Derecho navarro, sino por el llamado Derecho civil común o general”,

añadiendo a continuación

“Si por el contrario los convivientes hubieran tenido su «residencia habitual común» en Navarra, el propio artículo 9.2. CC llamaría a la aplicación del Derecho navarro, en concreto al artículo 2.3 de la LF 6/2000”.

La interpretación referida no es en absoluto convincente pues, como señala S. Álvarez González, produce una innecesaria complejidad, además de conducir a situaciones discriminatorias y a lagunas de regulación, por ejemplo, en el caso de que ambos miembros de la pareja sean extranjeros¹⁹. Es más, paradójicamente, como señala el mismo autor, este intento de salvaguardar la constitucionalidad de tales preceptos supone una reducción de su ámbito de aplicación ya que, “a lo sumo, este tipo de normas, si se quieren ver como un segundo escalón (nunca podrían ser el único) no sólo no “extienden” la aplicación del propio derecho, sino que sólo pueden tener una eficacia “reductora o restrictiva” de la aplicación del mismo²⁰. En resumen, vuelvo a reiterar mi firme convicción acerca de la inconstitucionalidad del art. 3.2 de la Ley foral 6/2000.

No parece sustentar la misma opinión la autora del Auto que da origen a este trabajo ya que, no obstante mencionar la existencia de la cuestión de inconstitucionalidad sobre el citado precepto, no se plantea en absoluto la pertinencia de interponer otra en idéntico sentido. En realidad, si se repara detenidamente en el texto del Auto, se observa que la Magistrada atisba el

¹⁹ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Derecho internacional civil en dos escalones...”, *loc. cit.*, pp. 1800 ss. a quien sigue, A. FONT SEGURA, “Nota...”, *loc. cit.*, pp. 480-481.

²⁰ Añade el autor que el razonamiento es evidente: dos “filtros” filtran más que uno. ¿Será ésa la finalidad de las mismas? ¿El legislador catalán habrá elaborado la norma de extensión de la ley sobre uniones estables de pareja para limitar los casos de aplicación de la misma por debajo de los que la normativa estatal prevé? Sería posible; podría, incluso, estar justificado para no desnaturalizar la esencia de la institución (aunque el ejemplo no es el más afortunado), pero me cuesta creerlo” (S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Derecho interregional civil en dos escalones...”, *loc. cit.*, p. 1804).

problema de Derecho interregional que pudiera plantearse y pasa como de puntillas sobre él, como parece indicar la afirmación según la cual

“[...] dado que el solicitante y su pareja ostentan, según los documentos aportados con el escrito de demanda, la vecindad civil foral navarra, el contenido de tal cuestión no afecta al supuesto ahora planteado”.

Esto es, la Magistrada introduce implícitamente una norma de aplicación en cuya virtud, puesto que tanto la madre biológica como la que pretende adoptar poseen la vecindad civil navarra, es indiferente que la norma unilateral contenida en el art. 2.3 de la ley foral sea constitucional o no, pues esa doble vecindad asegura la aplicabilidad del Derecho navarro.

La cuestión no es, sin embargo, tan sencilla, ni existe total certeza sobre cuál ha de ser el Derecho aplicable en casos similares al resuelto por el Auto que nos ocupa. Es verdad que en el supuesto, además de las dos mujeres, también las niñas adoptandas poseen vecindad civil navarra y todas ellas tienen residencia habitual en Navarra, lo que parece excluir cualquier factor de interregionalidad y, por tanto, eliminar *ex ante* la eventual colisión del Derecho navarro con cualquier otro que pudiera ser aplicable al caso. No hubiera estado de más, sin embargo, que la autoridad judicial argumentase las razones por las que el Derecho navarro era el aplicable, y ello porque tanto si se presupone la inconstitucionalidad de las normas unilaterales autonómicas delimitadoras de su ámbito de aplicación personal, como si se salva su inconstitucionalidad en la inteligencia de que se trata de un segundo escalón o estancia de aplicación, es preciso determinar cuál es la norma de conflicto estatal que nos lleva a la aplicación de uno u otro Derecho civil estatal en lo relativo a la adopción. Sabido es que el art. 16 del CC remite, para resolver las cuestiones suscitadas por la coexistencia de distintos ordenamientos civiles en España, a las normas dictadas en materia de Derecho Internacional Privado. En concreto, esta remisión nos llevaría en el supuesto estudiado al art. 9.5, norma que constituye un paradigma de la inadecuación de la remisión operada por el citado art. 16, trasplantando sin más las normas de DIPr al Derecho interregional²¹. En efecto, según el art. 9.5 del CC, *“La adopción constituida por Juez español se regirá, en cuanto a los requisitos, por lo dispuesto en la ley española”*; pues bien, preguntémonos, ¿qué ley española?; porque tan española es la navarra, como la catalana o la contenida en el Código civil. Casi con seguridad, el juez navarro interpretará que la remisión lo es a la ley navarra, el catalán a la catalana o

²¹ Sobre las múltiples razones que reclaman la existencia de un sistema de Derecho interregional propio y distinto del sistema de DIPr. puede consultarse, por todos, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Derecho interregional: claves para su reforma”, *Anuario de Derecho Internacional Privado*, 2003, Pendiente de publicación en el momento de redactar estas líneas.

el de Valladolid al Código civil, conclusión que ni es evidente, ni probablemente, la más adecuada. Y es que la llamada del art. 9.5 a la ley del foro se hace sobre una presunción de índole valorativa que deriva en la priorización de la ley española sobre cualquier otra extranjera que regule la adopción, priorización que ningún juez español puede sustentar respecto de ninguna ley civil española (autonómica o estatal), so pena de violar el principio de paridad esencial entre los ordenamientos jurídicos coexistentes en España.

1.3. EL ART. 8.1 DE LA LEY.

Avanzando en el análisis de la resolución de Pamplona, en el Fundamento Tercero del Auto, la Magistrada se detiene en la interpretación adecuada del art. 8.1 de la ley foral de parejas estables. Textualmente, el precepto sólo se refiere a la adopción conjunta, es decir, a la realizada simultáneamente por ambos miembros de la pareja. La norma no contempla, por el contrario, la posibilidad de que sólo uno de los miembros de la pareja adopte al hijo biológico o previamente adoptado por el otro conviviente (lo que denomina la Magistrada, adopción sucesiva). Una interpretación literal estricta podría llevar a entender que, en el supuesto en cuestión, la norma navarra impide a la compañera de la madre biológica de las menores adoptar a éstas. Sin embargo, la Magistrada-Juez estima que

“[...] si el legislador navarro está permitiendo la adopción conjunta por parejas homosexuales, difícilmente se puede encontrar sentido a una exclusión de la adopción por el compañero/a del padre o madre adoptivo, del hijo/a/s de éste, o por la compañera de la madre biológica, del hijo/a/s de ésta, en tales supuestos de maternidad o paternidad previa individual cuando para acceder a ésta la propia legislación común lo permite con independencia de la identidad sexual o convivencia con pareja del mismo sexo”.

Esta interpretación es la única cabal. Es cierto que las leyes de pareja sólo contemplan de modo expreso la adopción conjunta²² y, excepto en el caso catalán, donde el Código de familia se refiere expresamente a “*la adopción del hijo de la persona de sexo distinto con quien el adoptante convive maritalmente*”, existe una laguna legal respecto a la adopción del hijo del otro miembro de la pareja. A este respecto, la Disposición Adicional Tercera de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que modificó el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción equiparó “*al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal*” con las personas unidas en matrimonio, pero sólo a efectos de “*capacidad de los cónyuges para*

²² Por ejemplo, los reiterados art. 8 de la ley navarra y vasca, o el art. 6 de la catalana.

adoptar simultáneamente [el énfasis es añadido] a un menor”. Una interpretación formalista de este precepto impediría a uno de los miembros de la pareja heterosexual la adopción del hijo de su compañero/a lo que, además de contravenir el prioritario interés del adoptando, carecería de toda lógica; no es de extrañar pues que el criterio de las Audiencias lleve a considerar que la adopción del hijo del conviviente es perfectamente posible y amparada por el Derecho²³. Si ello es así para las parejas heterosexuales, debe serlo también para las homosexuales que tengan reconocido su derecho a adoptar, so pena de incurrir en violación del principio de igualdad de trato y paridad de ordenamientos. En esta misma línea es del todo punto correcta la consideración de que en el caso tampoco era exigible la propuesta previa de la entidad pública, por la equiparación entre pareja y consorte a los efectos del art. 176.2.2ª del Código Civil.

No merece mucha explicación la alegación por parte del Ministerio Fiscal según la cual la Ley Foral 6/2000 es inconstitucional porque vulnera el principio de legalidad al estar en clara colisión con el Derecho Común. Es evidente que, para determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley autonómica que permita la adopción a los miembros de una pareja perteneciente al mismo sexo, no es el principio de legalidad, sino el de competencia el que puede estar afectado. Entender, como hizo el Ministerio Fiscal, otra cosa, significa partir de la superioridad jerárquica y/o lógica de las normas civiles estatales (de Derecho Común en la terminología usada por él), sobre las normas civiles autonómicas lo que supone un craso error y una ignorancia absoluta acerca de la estructura del ordenamiento jurídico español y el principio de paridad entre los distintos ordenamientos, sean éstos el estatal o los autonómicos²⁴. Es el principio de competencia el que resulta de aplicación al caso y, más en concreto, si la atribución de competencias a Navarra y su correlativa asunción en su Estatuto de Autonomía, fundadas en el art. 149.1.8ª y la subsiguiente doctrina del Tribunal Constitucional de él dimanante, son o no suficientes para legitimar una ley navarra que autorice la adopción por homosexuales. El Auto de Pamplona que mantiene nuestra atención da una respuesta afirmativa basada en el conocido criterio de la “conexión suficiente” entre la nueva norma autonómica y el ordenamiento civil allí preexistente, sancionado en la STC 88/1993. Con tal fundamento el Auto se expresa así:

²³ Así se ha reconocido, por ejemplo, en el AAP de Valladolid de 12 de junio de 2000 (*Aranzadi Westlaw*, AC 2000\1625), aunque con razonamientos más valorativos que jurídicos; también en el AAP Barcelona de 30 de diciembre de 2002 (*Aranzadi Westlaw*, *JUR* 2003\108019), en el que, por cierto, ni se menciona la legislación catalana. Ambos autos son erróneamente citados como sentencias por el Auto de Pamplona objeto de análisis en este trabajo.

²⁴ Es del todo pertinente la mención de la STC 236/2000, referida además a un supuesto en el que se hallaba implicado el Derecho civil navarro.

“Teniendo en cuenta que la Ley 73 Fn [Fuero Nuevo] contiene normas sobre la adopción en esta materia, la conexión de la Ley Foral con dicho precepto se estima clara, de manera que asimismo se entiende que la regulación por parte del Legislador navarro de la admisión como adoptantes a dichas parejas, cuando ya regulaba la adopción, entra dentro de sus competencias como así lo ha entendido la mayor parte de la doctrina científica”.

Sin que pueda detenerme ahora en el análisis del significado del criterio la “conexión” y de su alcance, ya suficientemente tratado por la mejor doctrina civilista²⁵, quiero manifestar también en este punto mi total acuerdo con el criterio de la Magistrada.

Finalmente el Auto entra en el análisis de lo que considera la “cuestión esencial” alegada por el Ministerio Fiscal, al basar la supuesta inconstitucionalidad de la ley foral en la “imposibilidad de dos maternidades”. Acierta de nuevo, a mi entender, la autora del Auto cuando fundamenta la irrelevancia del régimen de la filiación paterna y materna establecida en la normativa sustantiva y registral, en la medida en que dicho régimen está pensado para la filiación biológica, y no para la adoptiva. Aunque sea cierto que, en su configuración moderna y propia de los países de nuestro entorno, la adopción crea un vínculo de filiación entre adoptante y adoptado²⁶, el principio básico por el que ha de regirse no es en absoluto el de simular en lo posible la relación de maternidad y/o paternidad biológica, sino únicamente el de priorizar el interés superior del niño que va a ser adoptado, tal y como expresan los tratados internacionales en la materia de los que forma parte el Estado español y cuyo contenido es vinculante en los términos absolutos del art. 39.4 de la Constitución; me refiero básicamente a dos tratados ya aludidos en este texto: la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, que se refiere a la adopción en su art. 21, y el Convenio de la Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional el cual, como puede observarse, hace hincapié en su rúbrica en la idea de protección del

²⁵ A mi juicio sigue siendo especialmente recomendable y esclarecedor al respecto el trabajo de J. DELGADO ECHEVERRÍA, “Doctrina del Tribunal Constitucional sobre la competencia legislativa autonómica en materia de Derecho civil”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 1994-4, pp. 361-404.

²⁶ Así, por ejemplo, se expresa el art. 26.1.a) 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. Desde el Derecho Internacional Privado se ha dicho que este Convenio representa un “cambio de modelo” en el tratamiento de la adopción internacional, al superar una realidad “situada en el ámbito de la filiación”, ya pasar a “una regulación asentada en la órbita de la protección de menores” (S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Adopción internacional y sociedad multicultural”, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1998, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 177-211, espec. pp. 186-187); añade el autor citado “Este cambio es el que refuerza la idea de control, de intervención pública, pero también la de situar al menor adoptando en el centro de los intereses concurrentes, como sujeto de un interés que es preponderante; más aún, se ha señalado que dicho convenio es «un instrumento de derechos humanos», fruto de una nueva perspectiva en la que las claves son la cooperación y la interacción entre derechos humanos y Derecho internacional privado”.

niño y no alude en absoluto al término filiación²⁷. Dadas las circunstancias de convivencia desde el nacimiento de las niñas, creadora con toda seguridad de una “doble maternidad” social y en atención a ese interés superior de las adoptandas, la Magistrada acordó la adopción por parte de la compañera de la madre biológica de manera absolutamente impecable. Ello conllevará la patria potestad compartida de ambas mujeres y la creación de todo el entramado de derechos y deberes derivados de la relación de filiación (biológica en un caso, adoptiva en el otro), en beneficio de las hijas.

2. EL FUTURO. ALGUNAS ALTERNATIVAS POSIBLES.

El Auto que ha sido objeto de comentario en los párrafos precedentes ha puesto en el candelero la densa problemática que suscita el tema de la adopción por parte de parejas homosexuales o por uno de sus miembros cuando el adoptando es hijo biológico del otro. La cuestión, que ya ha sido abordada por el legislador en varios países de nuestro entorno, se halla en el nuestro muy mediatizada por la peculiar situación legislativa que en este momento existe en España en torno a las parejas de hecho.

Sabido es que el legislador estatal se niega por el momento a establecer un estatuto jurídico integral de las parejas de hecho, heterosexuales u homosexuales, mientras que, por el contrario, gran parte de las Comunidades Autónomas entre las que se hallan todas las que indiscutiblemente tienen competencias en materia de Derecho civil, excepto Galicia, han elaborado su propia ley autonómica al respecto. Con independencia del juicio de legitimidad constitucional que merezca tanto la omisión del legislador estatal²⁸, como la actuación de los legisladores autonómicos en relación con las parejas de hecho, lo cierto es que constituyen una realidad plenamente reconocida en nuestra sociedad y que plantean una densa problemática jurídica a la que, tarde o temprano, el legislador habrá de dar respuesta.

Entre el cúmulo de cuestiones que se suscitan en torno a las parejas, una de las más sensibles es, sin duda, la relativa a la aceptación o no de la adopción de menores cuando los dos miembros de la pareja pertenecen al mismo sexo. A nadie se le oculta que se trata de un asunto teñido de más tintes que los meramente jurídicos. Tratando de ceñirme en lo posible únicamente a estos últimos, debo señalar que cualquier respuesta adecuada

²⁷ El Convenio de la Haya no fue mencionado en el Auto de Pamplona, a pesar de tratarse de una norma absolutamente imprescindible en materia de adopción.

²⁸ Tema que trato exhaustivamente en el ya citado trabajo, M.P. GARCÍA RUBIO, “Parejas de hecho y lealtad constitucional”, de una de cuyas partes se han extraído las ideas fundamentales que han dado origen a éste.

del legislador exige, a mi juicio, un cambio de perspectiva, pues no se trata de dilucidar si los homosexuales tienen o tienen derecho a adoptar –nadie lo tiene, tal derecho no existe²⁹ - sino si, tal y como ya se dijo más arriba, el “superior interés del niño” susceptible de ser adoptado se salvaguarda más y mejor con una u otra respuesta.

Aunque reitero mi intención de no entrar en argumentos metajurídicos a favor y en contra de la adopción de menores por parejas de *gays* o lesbianas, sí creo necesario señalar que en cualquier país que admita, como es el caso del nuestro, la adopción por una sola persona o el acceso a la maternidad a través de las técnicas de reproducción asistida por mujer sola, muchos niños nacen o son adoptados en hogares constituidos por parejas homosexuales, en el seno de los cuales crecen, aunque uno sólo de los miembros de la pareja tenga la patria potestad de los menores. Ante esta innegable realidad no estoy segura que lo más acorde con el principio de protección máxima del interés del menor sea negar a esos niños la seguridad que para su futuro les puede proporcionar la adopción del otro miembro de la pareja, en caso, por ejemplo, de indigencia o fallecimiento del progenitor biológico. De cualquier forma, aún cuando se mantenga, como creo que puede hacerse, la absoluta legitimidad de la negativa a admitir la adopción por dos homosexuales, cuesta creer que no sea igualmente legítima la alternativa contraria, si bien, desde luego, habrá que esperar la respuesta del Tribunal Constitucional a los recursos interpuestos por esta razón frente a las leyes navarra y vasca.

Lo que deseo mostrar a continuación es que otras alternativas son posibles y que tal vez, enconado como está el debate ideológico, algunas de esas alternativas entre las dos opciones enfrentadas pueden ofrecer una respuesta adecuada en el tema que nos ocupa. En las líneas que siguen voy a intentar describir varias posibilidades que se le abren al legislador (estatal o autonómico) situadas en puntos intermedios entre adopción y/o no adopción *tout court* y que serían asimismo respetuosas con nuestro texto constitucional. Todas ellas están inspiradas en modelos de Derecho comparado.

Para empezar, no cabe duda de que una solución intermedia que podemos considerar de “mínimos” sería la legalización de la posibilidad de acogimiento familiar en la línea que han establecido algunos legisladores autonómicos, como el asturiano, el andaluz o el extremeño³⁰. Otra cosa es

²⁹ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos lo ha confirmado en su decisión *Fretté v France*, de 26 de febrero de 2002, de conformidad con la cual no cabe deducir del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la existencia de un derecho a adoptar.

³⁰ Cf. los arts. 8 de la ley asturiana que contempla la posibilidad de que los miembros de la pareja puedan “acoger a menores de forma conjunta”; art. 9 de la ley andaluza, que expresa además que “[...] *en relación*

que al hacerlo se hayan extralimitado en el ejercicio de sus competencias, puesto que en los tres supuestos citados, se trata de Comunidades Autónomas cuya competencia en materia de Derecho civil es muy limitada. En cualquier caso esta opción estaría totalmente abierta tanto para el legislador estatal, como para las Comunidades Autónomas cuya competencia en materia de Derecho civil resulta indiscutible.

Un paso más está representado en el modelo holandés. El 21 de diciembre de 2000 el Parlamento holandés aprobó sendas leyes³¹, una para abrir el matrimonio a las parejas homosexuales y la segunda para admitir la adopción de niños nacidos en Holanda por parte de miembros de parejas del mismo sexo. En el proceso de elaboración de la ley, el Gobierno rechazó la posibilidad de incluir también las adopciones internacionales, por el temor a que los países de origen de los niños rechazasen la adopción por dos personas del mismo sexo³², temor que asimismo se manifestó en Suecia durante el proceso de elaboración que culminó con la aprobación por el *Riksdag* sueco en mayo de 2002 de la ley que permitió la adopción por parejas homosexuales³³, aunque en este último caso la opción final fue la de permitir la adopción, sin distinguir entre la nacional y la internacional³⁴. Pues bien, en la línea marcada por el legislador holandés entiendo que sería perfectamente asumible en nuestro marco constitucional que el legislador competente otorgara, en el caso de una pareja de posibles adoptantes homosexuales, una respuesta distinta en función del carácter interno o internacional de la adopción. En este sentido, estoy de acuerdo con S. Álvarez González cuando afirma que el hecho de que el Derecho civil posibilite la adopción conjunta por adoptantes parejas estables del mismo sexo o por un matrimonio entre personas del mismo sexo y que la

con los criterios de valoración de idoneidad aplicados a dichos procedimientos [de acogimiento], en ningún caso podrá ser utilizado como factor discriminatorio la opción o identidad sexual de los solicitantes"; el art. 8 de la ley extremeña también reconoce la posibilidad de que los miembros de la pareja puedan acoger de forma conjunta.

³¹ Ambas entraron en vigor el 1 de abril de 2001.

³² W. SCHRAMA, "Reforms in Dutch Family Law during the Course of 2001: increased pluriformity and complexity", *The International Survey of Family Law*, 2002, ISFL, Bristol, 2002, pp. 277-303, espec. p. 291. Esta misma autora pone de manifiesto que el número de adopciones internas en los Países Bajos está entre 50 y 100 (*cf.* nota 69), lo que evidencia la más que limitada trascendencia práctica de la norma. No obstante, es fácil suponer que en el caso de las parejas de lesbianas, el recurso a las técnicas de fecundación asistida por parte de una de ellas deja paso a la adopción (no internacional) de la otra, incrementando así las posibilidades de aplicación de la ley.

³³ La noticia de la ley y algunos detalles sobre los pasos previos a su elaboración pueden verse en A. SALDEEN, "Minor amendments and statutory proposals: Brussels II, Same-Sex, Adoption and other matters", *The International Survey of Family Law*, 2003, ISFL, Bristol, 2003, pp. 411-416, espec. p. 414.

³⁴ La ley entró en vigor el 1 de febrero de 2003. Entre las consultas realizadas por el Gobierno sueco antes de la aprobación de la ley estaban las dirigidas a los veinticinco países a los que acuden principalmente los suecos en caso de adopción. Ninguno de ellos se mostró receptivo a la aceptación de una pareja homosexual como padres adoptivos. No obstante, la respuesta no fue determinante para el Gobierno sueco, el cual estimó que tales actitudes de rechazo cambian con el tiempo y, en el futuro, nuevos países con otra actitud podrían cobrar interés por estas adopciones (*cf.* <http://www.sweden.se>).

solución de Derecho internacional privado excluya tal posibilidad para el reconocimiento de las adopciones internacionales, resulta tan justificado como la solución contraria, pues con esta alternativa se pretende eliminar los recelos que muchos países de origen de los adoptados tendrían ante la adopción conjunta por personas del mismo sexo, con lo que se ofrece una solución específicamente adaptada a la adopción internacional³⁵.

Con toda seguridad, también sería constitucional una respuesta similar a la de la *Lebenspartnerschaftsgesetz* alemana³⁶, donde no se reconoce el derecho a la adopción conjunta a las parejas homosexuales registradas, ni el derecho de adopción de los hijos de los miembros de la pareja por parte del otro. Ello no obstante, el § 9 sí admite el llamado *kleines Sorgerecht* o pequeño derecho de custodia. Este último da al no-progenitor, de conformidad con su pareja, un derecho de codecisión con el progenitor que tiene en exclusiva la patria potestad del niño sobre los asuntos que conciernan al menor que cohabita con ambos³⁷, aunque los juzgados de familia tienen el poder de limitar o excluir tal facultad si es preciso para el bienestar del niño. Asimismo, en caso de ruptura de la pareja, el miembro no-progenitor que ha convivido con el niño durante un extenso periodo de tiempo tiene derecho a comunicarse con él³⁸. Se trata del mismo derecho que los § 1687 b y § 1685.2 del BGB, precisamente ambos modificados por la *Lebenspartnerschaftsgesetz*, otorgan al cónyuge no-progenitor (ni natural ni adoptivo) de un hijo que convive con el matrimonio, y que se incorpora a la tendencia a dar reconocimiento jurídico a las situaciones denominadas de paternidad o maternidad social, muy frecuentes en nuestro tiempo por la creciente presencia de las llamadas familias reconstituidas³⁹. El gran problema de la regulación alemana, en lo que atañe a las parejas registradas homosexuales, es que no responde adecuadamente a los casos en los que el niño no es hijo de uno de los miembros de la pareja nacidos de una relación

³⁵ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "Igualdad, competencia y deslealtad en el sistema español de Derecho interregional (y en el de Derecho internacional privado)", *REDI*, 2001-1 y 2, vol. LIII, pp. 49-74, espec. p. 70.

³⁶ *Gesetz zur Ergänzung des Lebenspartnerschaftsgesetzes und anderer Gesetze*, de 2001, que únicamente regula las parejas constituidas por dos personas del mismo sexo ("*Zwei Personen gleichen Geschlechts*"); sus líneas generales son trazadas por N. DETHLOFF, "The Registered Partnership Act of 2001", *The International Survey of Family Law*, 2002, ISFL, Bristol, 2002, 171-180.

³⁷ Con las limitaciones que también se contemplan para los padres en el § 1629.2 del BGB, al que se remite por analogía.

³⁸ Sobre la insuficiencia de esta regulación para el caso de que el niño haya nacido a consecuencia de una decisión conjunta de los miembros de la pareja, N. DETHLOFF, *loc. cit.*, p. 177.

³⁹ Relaciones jurídicas similares entre los padrastros y madrastras de los niños que conviven con ellos existen también en países como Suiza, Islandia u Holanda. Las líneas maestras de la compleja regulación de este último ordenamiento relativa a la custodia compartida, introducida en 1998 y modificada en 2001 (en vigor desde el 1 de enero de 2002) para extender esa custodia automática a los supuestos en los que el niño nace en el seno de la pareja de hecho registrada (también ahora al matrimonio homosexual) pueden verse en C. FORDER, "To marry or not to marry: that is the question", *The International Survey of Family Law*, 2001, ISFL, Bristol, 2001, pp. 301-320, espec. pp. 316-317.

anterior, sino fruto de una decisión conjunta de la pareja de ser padres⁴⁰. La compleja normativa holandesa permite la custodia automática compartida en el caso de un niño nacido de una mujer (por ejemplo, que ha utilizado las técnicas de reproducción asistida con espermatozoides de donante anónimo), quien convive con otra de su mismo sexo o está casada con ella cuando el niño no tiene determinada la paternidad; en la práctica esta normativa es imposible de aplicar para el caso de una pareja de hombres⁴¹. En síntesis, tanto el modelo alemán como el holandés nos muestran la posibilidad de dar cauce a los legítimos deseos de las parejas homosexuales y a la protección del superior interés del menor a través de un sistema de custodia compartida, que puede coexistir o no con la posibilidad de adopción⁴².

Permítase volver, para concluir, a la situación legislativa española en el momento actual en lo que atañe a la adopción por o en el seno de una pareja de homosexuales. Dicha situación significa la coexistencia de normativas tan dispares como las siguientes. Una, la navarra, vigente y aplicable, que permite la adopción por parejas homosexuales; otra, la vasca, que igualmente lo permite, pero cuya vigencia está suspendida por el Tribunal Constitucional; otras, la asturiana, andaluza y extremeña, que permiten el acogimiento en el seno de las referidas parejas; en fin, las leyes de pareja aragonesa, catalana y balear guardan silencio al respecto⁴³, si bien parece que al menos en las dos primeras está avanzado el proyecto de modificación de la ley para permitir en ambas la adopción por parte de las parejas homosexuales. Finalmente la legislación estatal sobre parejas homosexuales sencillamente no existe y de la normativa de la adopción sólo se puede extraer la respuesta negativa a su posibilidad de adoptar. Por supuesto, el silencio es también la única norma estatal relativa a otros posibles derechos de custodia o similares por parte de las parejas homosexuales.

⁴⁰ Sobre la insuficiencia de esta regulación para el caso de que el niño haya nacido a consecuencia de una decisión conjunta de los miembros de la pareja, N. DETHLOFF, *loc. cit.*, p. 177.

⁴¹ W. SCHRAMA, *loc. cit.*, p. 295.

⁴² Debe destacarse la desidia del legislador español en lo que se refiere a las particulares circunstancias generadas en las familias reconstituidas, esto es, aquéllas cuyos miembros han pertenecido a otro núcleo familiar previo. Es relativamente frecuente que en este tipo de familias uno de los dos cónyuges o convivientes de hecho o ambos aporten al nuevo nicho familiar hijos habidos de relaciones anteriores. Con frecuencia estos niños desarrollan fuertes lazos afectivos y de dependencia tanto psicológica, como material, con la nueva pareja de su progenitor, hasta el punto que esta situación es calificada de verdadera paternidad/maternidad social. Resulta inconcebible que el legislador español, a diferencia de lo que ha sucedido con otros de nuestro mismo entorno jurídico, algunos aquí ya reseñados, siga negando relevancia jurídica a esa realidad social. En el ámbito estatal creo que se ha perdido una excelente oportunidad de hacerlo a través de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre (BOE 22 de noviembre), la cual se limitó a modificar algunos preceptos en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, pero ignoró completamente las relaciones en esta nota aludidas; de esta suerte, en el estado actual del Código civil estos progenitores sociales son, cuando más, simples “allegados” del menor (Cf. art. 160 CC).

⁴³ También la valenciana y la madrileña, por lo demás de escaso contenido normativo-civil.

Ante este panorama no quiero dejar de manifestar el desconcierto que produce la diferencia que en este momento existe, desde la perspectiva del superior interés del niño, entre las distintas situaciones internas españolas. En función del lugar dónde se ubique la autoridad administrativa que haya de decidir sobre la idoneidad de los adoptantes (o en su caso acogedores), primero y la autoridad judicial que haya de constituir la adopción, después, la respuesta al mismo requerimiento de una pareja homosexual en relación con un menor puede ser radicalmente distinta. Me pregunto si, aun admitiendo que el principio del superior interés del niño permita distintos grados de actuación y diversas posibilidades de configuración legal, resulta conforme con la Constitución de 1978 la enorme distancia que se percibe entre el tratamiento jurídico dado a esta situación, por ejemplo, en el ordenamiento jurídico de Navarra, donde se reconoce la adopción por las parejas homosexuales de conformidad con el recurrido, pero no suspendido art. 8.1 de su ley de parejas estables, y la situación que podría llegar a producirse, por ejemplo, en Galicia, si finalmente se aprueba la prohibición de adoptar a las parejas que no estén casadas, tal y como se prevé en el Proyecto de reforma de la Ley de Derecho civil de Galicia de 1995, elaborado por una Comisión de Expertos y que parece estar durmiendo plácidamente en algún estante institucional.⁴⁴

No desconozco que el carácter abierto de nuestra Constitución⁴⁵ consagra la libertad de configuración normativa tanto del legislador estatal como del legislador autonómico con competencias en materia de Derecho civil, con el único límite de lo establecido en la propia Constitución, tal y como ha recordado, entre otras, la ya citada STC 236/2000, de 16 de octubre. Ahora bien, me pregunto si un grado de diversidad legislativa en materia civil como el que se manifiesta en el ejemplo propuesto, no incurre en ninguna infracción constitucional derivada, tal vez, del principio de igualdad estampado en el art. 14 e, incluso, de la cláusula de atribución de competencias al Estado plasmada en el art. 149.1.1 CE.

En fin, todo lo que antecede no pretende sino mover a la reflexión. Querámoslo o no, el Derecho no puede vivir de espaldas a la realidad social que constituye su razón de ser, su principio y su fin. Las parejas de hecho, homosexuales o no, son parte incontestable de esa realidad. Quienes las constituyen tienen con frecuencia hijos biológicos; para gran cantidad de

⁴⁴ Conforme al art. 31 del Documento para la posible actualización de la Ley de Derecho civil de Galicia, sometido a la consideración de la “Comisión superior para o estudio do desenvolvemento do Dereito civil galego *“Salvo os casos de adopción por ámbolos cónxuxes, ningún pode ser adoptado por máis dunha persona”*”.

⁴⁵ Sobre la apertura de la Constitución como derivación necesaria del principio democrático I. DE OTTO, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1988, pp. 46 ss.

niños, nacidos en cualquier parte del mundo, cualquier alternativa que les proporcione afecto y cuidado es mejor que la indigencia o incluso la muerte. Conviene tener presente que, en gran cantidad de ocasiones, la opción moral depende de las alternativas posibles.