



89

**Un acercamiento a las nuevas
estructuras familiares:
la adopción homoparental**

Nuria González Martín

DERECHO INTERNACIONAL

Noviembre de 2006

En el presente documento se reproduce fielmente el texto original presentado por la autora, por lo cual el contenido, el estilo y la redacción son responsabilidad exclusiva de ésta. D. R. © 2006, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad de la Investigación en Humanidades, Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F. ❖ Venta de publicaciones: Coordinación de Distribución y Fomento Editorial, Arq. Elda Carola Lagunes Solana, Tels. 5622-7463/64 exts. 703 o 704, fax 5665-3442.

www.juridicas.unam.mx

15 pesos

DR © 2006.

Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

CONTENIDO

I. Las familias en el siglo XXI.....	1
II. Conclusiones	24

I. LAS FAMILIAS EN EL SIGLO XXI

Como premisa toral de este trabajo debemos comenzar exponiendo que en materia familiar hemos comenzado el siglo XXI con grandes cambios producidos por la necesidad de atender nuevas circunstancias sociales.

Tenemos, por una parte, que se presenta a la familia, prácticamente en todos los foros, como base primordial para el desarrollo del ser humano y de manera paralela se plantea la evidente crisis de la institución familiar que cae irremediamente en la figura del matrimonio en el que concurren, en la actualidad, muchas y diversas situaciones como son los matrimonios tardíos, matrimonios de muy poca duración, proliferación de hijos extramatrimoniales, etcétera. Son focos que marcan una llamada de atención en donde la política familiar pasa a ser una prioridad social y pública que debe apoyar la unidad y/o estabilidad familiar para un buen desarrollo del ser humano y todo lo que de ello deriva.¹

De manera paralela tenemos otras circunstancias, que implica asimismo a la materia familiar, como es el trasiego transfronterizo, no sólo en los aspectos comerciales y/o económicos sino en los aspectos personales, que ha propiciado reformas de trascendencia que implican una redimensión, o mejor una neodimensión, reconceptualización en la aplicación del derecho cuando nos situamos ante una familia multicultural² y multidiversa, una cuestión de máximo interés y no menos complejidad.³

Versiones preliminares de este trabajo han sido presentadas como ponencias en el *Congreso Internacional de Derecho Internacional de los Derechos Humanos* Coordinado por el Dr. Ricardo Méndez Silva, celebrado en el IJ-UNAM en mayo de 2006 y en el *II Seminario-Taller Internacional. Familia, inmigración y multiculturalidad: una perspectiva jurídica comparada*, Coordinado por Nuria González Martín y Andrés Rodríguez Benot, celebrado en el IJ-UNAM en junio de 2006. Agradezco las opiniones vertidas en sendos eventos.

La autora es doctora en derecho. Investigadora Titular de Tiempo Completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

¹ En el contexto europeo podemos apoyar estas observaciones en datos referentes a matrimonios tardíos y menos frecuentes; una explosión de la ruptura matrimonial; al crecimiento lento de la población, en donde más del 80% del crecimiento poblacional ha sido por la inmigración pero donde la población sigue siendo mayoritariamente adulta con una pirámide poblacional casi invertida; en el elevado número de abortos (en la Europa de los 25 Estados Miembros se produce un aborto cada 30 segundos), en la natalidad extramatrimonial en donde uno de cada tres niños se produce fuera del matrimonio y en los escasísimos apoyos institucionales a nivel familiar. *Informe evolución de la familia en Europa 2006*, España, Instituto de Política Familiar, 2006.

En el contexto americano el panorama es otro pero igualmente alarmante, quizás no podamos esperar una intervención estatal en pro de una política familiar y los cauces haya que derivarlos al mantenimiento y fortalecimiento coherente de la educación y la planificación familiar fundamentalmente.

² En relación a la “familia multicultural”, aconsejamos la lectura de Diago Diago, María del Pilar, “La nueva regulación española de las crisis matrimoniales” en Calvo Caravaca, Alfonso-Luís et Castellanos Ruíz, Esperanza (Dir.), *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2003, pp. 271 y ss., espec. p. 272.

³ Maestre Casas, Pilar, “Multiculturalidad e internacionalización de valores: incidencia en el sistema español de derecho internacional privado”, en Calvo Caravaca, Alfonso Luis et Iriarte Ángel, J.L., *Mundialización y familia*, Madrid, Colex, 2001, pp. 195 y ss, esp. 199, en el que se manifiesta constantemente que al Derecho internacional privado le compete aportar soluciones que permitan la convivencia pacífica entre sistemas en contacto, soluciones justas y respetuosas de la diversidad.

Son cuestiones sociales que implican la interacción del Derecho y en este sentido, tal y como manifiesta García Velasco, el Derecho internacional privado constituye uno de los campos más propicios del Derecho desde el que poder probar la íntima conexión entre las realidades sociales y la aparición, la interpretación y aplicación o la desaparición de la norma jurídica.⁴

Ante estos señalamientos, la familia, célula básica de nuestra sociedad queramos o no queramos, se ha visto obligada a adaptarse a una época de grandes contrastes, grandes cambios. Así, por ejemplo, se ha pasado de un modelo familiar y laboral en el que la división de roles de género era dominante a un nuevo modelo en que tanto mujeres como hombres participan directamente en el mundo del trabajo remunerado, y de ahí el establecimiento de leyes como la española, la *Ley 39/1999 para la conciliación de la vida familiar y laboral* —y dígame de paso con el *lapsus* de no incluir la “vida personal”—, que consiste fundamentalmente en la procuración de una efectiva equidad en la distribución de las responsabilidades familiares y laborales como elemento imprescindible (pero o el único) para la efectiva igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.⁵ No obstante, el problema persiste en el hecho de que dicha normativa legal, que apoya e impulsa la igualdad de oportunidades, se ha producido sin que se haya puesto en marcha, de forma seria y coincidente, un desplazamiento en las conductas y en los roles públicos y privados de muchos hombres, en la cultura que envuelve el mundo del trabajo —el estilo de organización, la distribución de los horarios o la legislación que regula las relaciones laborales—, en la dinámica de funcionamiento familiar, en las políticas de apoyo que ofrecen las instituciones públicas, etcétera, lo que conduce a poner de manifiesto la existencia de desajustes y la permanencia de desigualdades.⁶

Asimismo, en España en el año 2003 se modificó el artículo 107 del Código Civil en el que se establece la ley aplicable a la separación judicial y el divorcio, modificado, como decimos, por la *Ley Orgánica 11/2003 de 29 de septiembre de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*.⁷

Con dicha reforma se ha establecido un nuevo régimen de divorcio para los residentes en España,⁸ es decir, con la reforma se concede la separación de un matrimonio a pesar de que esté

⁴ García Velasco, Inocencio, *Derecho internacional privado (reflexiones introductorias)*, Salamanca, 1994, p. 20.

⁵ González Martín, Nuria, “Acciones positivas: orígenes, conceptualización y perspectivas”, Torre Martínez, Carlos, de la (Coord.), *Memorias del Diplomado sobre el derecho a la no discriminación*, México, CDHDF-CONAPRED-UNAM, 2006.

⁶ Flecha García, Consuelo, “Educación y relaciones de género”, *Jornadas Conciliar vida laboral, familiar y personal. Descripción y análisis interdisciplinar de los bancos de tiempo. Legislación e impacto social*. Universidad de Sevilla. Servicio de Asistencia a la Comunidad Universitaria, 28 y 29 de mayo de 2003.

⁷ Un análisis exhaustivo y siempre certero, en torno a la reforma del 107 Cc, lo podemos encontrar en Campuzano Díaz, Beatriz, “Consideraciones acerca de la reforma del artículo 107 del Código Civil”, en Calvo Caravaca, Alfonso-Luís y Castellanos Ruíz, Esperanza (Dirs.), *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2003, pp. 183 y ss. “La Ley 11/2003 se compone de tres apartados. En los dos primeros se recogen modificaciones formales motivadas por el contenido del nuevo artículo 107 Cc, que también se ocupa ahora de determinar la ley aplicable a la nulidad matrimonial. Así, el apartado Uno dice que la rúbrica del Capítulo XI del Título IV del Libro I del Código Civil queda redactada del siguiente modo: “Ley aplicable a la nulidad, la separación y el divorcio”; y en el apartado Dos se establece que el segundo párrafo del apartado 2 del artículo 9 del Código Civil queda redactado del siguiente modo: “La nulidad, la separación y el divorcio se regirán por la ley que determina el artículo 107 Cc”. En el apartado Tres, es donde se recoge la reforma del artículo 107 Cc”.

⁸ El anterior precepto establecía como ley aplicable a estas situaciones en primer lugar la ley nacional común de los cónyuges al tiempo de presentación de la demanda, en defecto de esta ley de la residencia habitual común del

prohibida en el país donde se contrajo el mismo, en el entendido y con el criterio de que la opción de divorcio de la pareja debe primar sobre el criterio que supone la aplicación de la ley nacional.⁹ Así las cosas, la separación a residentes se concede a pesar de lo que establezca la ley donde se contrajo matrimonio y de esta manera, la justicia española puede conceder el divorcio a un matrimonio musulmán, casado bajo ese rito en Marruecos, a pesar de que Marruecos no admite la disolución del matrimonio.¹⁰

Como decimos, la reforma del artículo 107 del Código Civil español considera que en casos de separación o divorcio, se aplicará la ley española, es decir, la ley del domicilio o residencia habitual, siempre que “las leyes nacionales no reconocieran la separación o el divorcio, o lo hicieran de forma discriminatoria o contraria al orden público”.¹¹ Con esta reforma se pretende “garantizar la protección de la mujer frente a nuevas realidades sociales que aparecen con el fenómeno de la inmigración”,¹² adaptándose el derecho a dichas nuevas realidades,¹³ es lo que se ha venido a llamar “una respuesta inclusiva” de los diferentes actores en presencia.¹⁴

matrimonio y, si los esposos tuvieran su residencia habitual en diferentes estados, por la ley española, siempre que los tribunales españoles resultaran competentes.

Sobre las críticas que tuvo el precepto 107 Código Civil antes de su modificación véase Espinar Vicente, J.M., “Normas de derecho internacional privado”, *Comentarios a las reformas del derecho de familia*, Madrid, 1984, pp. 758 y ss; Blázquez Rodríguez, Irene et Adam Muñoz, M. Dolores, *Inmigración magrebí y derecho de familia*, Sevilla, Junta de Andalucía. Consejería de Gobernación. Dirección General de Coordinación de Políticas Migratorias, 2005, pp. 228 y ss.

⁹ Hablamos de la aplicación de la ley del domicilio o de la residencia habitual para regular las relaciones personales del extranjero. Esta solución no resulta una novedad en el derecho internacional privado comparado, ya que en un principio fue propuesta por Niboyet, J.P., *Traité de droit international privé français*, t. V, Paris, 1948, pp. 243-246.

No obstante, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de los países de la Unión Europea y, en particular España, ha regido históricamente el estatuto personal por la ley nacional de origen con la consiguiente pervivencia del estatuto personal musulmán en Occidente. De hecho se promovió la realización de un Código europeo de derecho musulmán que tendría la virtualidad de adaptar el derecho musulmán a las exigencias de Occidente, un “Islám europeo”, lo cual no deja de ser contradictorio, dado el carácter universal de la religión del Islám. Blázquez Rodríguez, Irene et Adam Muñoz, M. Dolores, *Inmigración magrebí y derecho de familia ... op cit supra*, pp. 175 y ss.

Los partidarios de la aplicación de la ley del domicilio o de la residencia habitual, mantienen que con la aplicación de estas leyes se logra la integración en el país de acogida del emigrante que tiene la intención de asentarse de una manera estable en el mismo; sin embargo, los partidarios de la aplicación de la ley nacional mantienen que con la misma se logra el respeto a la identidad cultural, lo cual no se consigue con la aplicación de la ley de la residencia habitual o de la ley domiciliar. Blázquez Rodríguez, Irene et Adam Muñoz, M. Dolores, *Inmigración magrebí y derecho de familia ... op cit supra*, p. 196.

¹⁰ Es interesante el cambio actual del estatuto personal, y de ahí el interés que cobra la discusión en torno a qué ley debe regir, si la del lugar de origen, la ley nacional, a modo de preservar identidades culturales, o la del domicilio o residencia habitual, con el fin de la mejor integración cultural del país donde viven. Hay opiniones como la manifestada por el profesor Adame con un sentido de preocupación por la debilidad que manifiesta Europa por defender su tradición cultural cristiana frente al vigor del Islám y su defensa a ultranza. Cuestiones que pudieran cambiar la conciencia cultural europea y que no dejarían de ser cuestiones muy delicadas dado el contexto actual.

Motilla de la Calle, Agustín, “Identidad cultural y libertad religiosa de los musulmanes en España. Problemas en la adaptación del derecho de familia al ordenamiento español” en Calvo Caravaca, Alfonso Luis et Blanco-Morales Limones, Pilar, *Globalización y derecho*, Madrid, Colex, 2003, pp. 381.

¹¹ Véase en torno al orden público, García Rodríguez, Isabel, “La celebración del matrimonio en una sociedad multicultural: formas e *ius connubi* (especial referencia a la poligamia)”, *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, Madrid, Escuela Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos de Derecho Judicial, núm. VIII, 2002, pp. 145 y ss.

¹² Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Núm. 3 de Nules, Castellón, España.

Por otro lado, y ante las nuevas exigencias demandadas por una sociedad plural, algunos Estados han respondido con leyes materiales específicas en temas de especial sensibilidad como es el caso del matrimonio poligámico¹⁵ o el repudio como por ejemplo la *Polygamous Marriages Act* aprobada de 1972 por el gobierno británico con el fin de regular en su territorio determinados aspectos del matrimonio poligámico¹⁶ o la ley holandesa en materia de disolución del matrimonio y de separación de cuerpos y de reconocimiento de los mismos, de 25 de marzo de 1981, cuyo articulado alude a los efectos del repudio islámico.¹⁷

Para estos temas, hay una gran variedad de soluciones y una de ellas es la conclusión de convenios bilaterales o multilaterales con el país o países de origen de sus inmigrantes, a través de la cooperación internacional, y en concreto en el contexto europeo lo que pretenden los países

¹³ Como comentamos, en España, antes de la reforma mencionada, para los residentes la concesión de un divorcio se daba teniendo en cuenta la ley que regía en el país donde se había contraído matrimonio. Estamos ante un supuesto en el que el divorcio debe primar sobre el criterio que supone la aplicación de la ley nacional que rige para el matrimonio.

Otra cuestión diferente son las prohibiciones que se dan dentro de una determinada comunidad y que van en contra de su orden jurídico interno como por ejemplo cuando la homosexualidad está prohibida en algunos países árabes y se transgrede la ley, es el caso que se dio a finales de febrero de 2006 en el que se encarcela a 11 hombres por organizar una boda gay en los Emiratos Arabes Unidos.

¹⁴ Este planteamiento no es una cuestión de fácil o clara solución, no olvidemos que para un musulmán la renuncia a la ley personal a favor de la ley del país de residencia puede ser equivalente a renegar públicamente de la propia religión llegando a considerarse incluso como una especie de apostasia dentro de una óptica jurídica confesional. Quiñones Escámez, A., “Inmigrantes de países islámicos: ¿qué derecho de familia” en *La inmigración en España: contextos y alternativas*, pp. 317-318.

El Corán dedica mucha atención al matrimonio en comparación con otras cuestiones legales. De sus 2636 versículos sólo 200 tienen contenido jurídico, es decir, sólo el tres por ciento tiene sentido legal refiriéndose éstos al derecho de familia y sucesiones, fundamentalmente. Margadant, Guillermo Floris, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, México, Porrúa, 1999; Moursi, G., “Islamic Law: its Relation to other Legal Systems”, *American Journal of Comparative Law*, 1978, vol. 26, pp. 187-198.

¹⁵ García Rodríguez, Isabel, “La celebración del matrimonio en una sociedad multicultural...” *op cit supra*, pp. 145 y ss.

¹⁶ Irene Blázquez destaca, en nota a pie, que en concreto esta ley británica consideraba nulos tanto los matrimonios denominados “potencialmente poligámicos”, es decir celebrados en un país extranjero donde se permitía la poligamia, y los “realmente poligámicos”, a saber aquellas uniones donde uno de los contrayentes estuviese unido previamente por un vínculo marital. Dada lo rígido de la norma, la *Private International Law Act* de 1995 produjo un cambio fundamental en este sentido. De este modo la Parte II de esta ley, bajo la rúbrica “Validity of Marriages under a Law which Provisions Permit Polygamy” deja de considerar nulos a los llamados “matrimonios potencialmente poligámicos” en los territorios de Inglaterra, Gales y Escocia. Véase Freeland, R. “The Islamic Law of Marriage and English Courts”, *Fam. Law*, 1999, pp. 44 y ss; Saunders, W., “The Matrimonial Proceedings (Polygamous Marriages) Act 1972”, *International ad Comparative Law Quarterly*, 1972, pp. 781 y ss; Pearl, D., “Polygamy and Bigamy”, *The Cambridge Law Journal*, 1976, pp. 48 y ss. Cit. por Blázquez Rodríguez, Irene et Adam Muñoz, M. Dolores, *Inmigración magrebí y derecho de familia ... op cit supra* p. 59.

¹⁷ Igualmente la profesora Blázquez manifiesta, en nota a pie, que en concreto esta disposición establece que “la disolución del vínculo matrimonial sobrevenida en el exterior del Reino de los Países Bajos por una declaración unilateral pronunciada por el marido no es reconocida a menos que: a) la ruptura del vínculo matrimonial por repudio sea conforme a la ley personal del marido; b) la disolución produzca efectos jurídicos desde el día de su pronunciamiento; c) resulte claramente que la esposa ha consentido expresa o tácitamente el divorcio o se haya resignado al mismo”. Véase Sttatsblad (Bulletin des lois) Pays-Bas, *Revue Critique de Droit International Privé*, 1981, pp. 809 y ss. Cit. por Blázquez Rodríguez, Irene et Adam Muñoz, M. Dolores, *Inmigración magrebí y derecho de familia... op cit supra* p. 59. Véase, asimismo, García-Vaso Pérez-Templado, Cristina, “El repudio islámico: posibles soluciones ante su reconocimiento” en Calvo Caravaca, Alfonso-Luis et Castellanos Ruíz, Esperanza (Dirs.), *El derecho de familia ante el siglo XXI: Aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2003, pp. 411 y ss.

de origen es asegurar el respeto de su identidad cultural, fundamentalmente religiosa, mientras que los Estados de recepción buscan una mayor apertura de los pueblos musulmanes, fundamentalmente, hacia la cultura europea.¹⁸

Otro fenómeno social, ligado al trasiego transfronterizo, ligado al cruce de fronteras en busca de mejores condiciones económicas, mejores condiciones de vida, es el tema de los matrimonios de conveniencia,¹⁹ matrimonios de complacencia, en el que los jueces de lo civil, en sesiones a puerta cerrada, interrogan a los futuros contrayentes, tratando de dilucidar si lo que se pretende, en realidad, es un matrimonio que posibilitará la adquisición de una residencia o de una nacionalidad y así legalizar su estancia en el país. Es tal la renuencia de muchos de los juzgados que incluso se da la paradoja de un “peregrinaje” de juzgado en juzgado en búsqueda de la aprobación y el enlace final.

Referirnos también a las familias ensambladas, tal y como se refiere en la práctica argentina, es decir, la nueva familia constituida cuando se dan segunda o sucesivas nupcias y la relación con la nueva pareja y los hijos anteriores, la relación de los “hermanos” en dichas familias, etcétera que invitan, asimismo, a nuevas reflexiones siempre en clave de protección de la minoridad.

Ante los cambios sociales, también encontramos novedades en las maneras de “nacer”, es decir, en la actualidad existen 27 maneras distintas de procrear y ninguna de ellas responde, en principio, a un capricho, no obstante, el uso de algunas de ellas suscita un apasionado debate, con cuestiones como si habría que poner un límite de edad para ser madre por medio de un tratamiento de fertilización ¿50, 60 ó 70 años?; la cuestión sin resolver sobre la elección del sexo de un bebé por parte de sus progenitores; la posibilidad de tener un bebé sano, a través de diagnósticos genéticos a los que se someten las parejas con anomalías genéticas de las denominadas enfermedades raras, la adopción de embriones como posible solución a la esterilidad biológica²⁰ y así un largo etcétera de presupuestos distintos en torno a la fertilización. En España, por cierto, debido a su elevado nivel de especialidad en este campo, los buenos precios de los centros y la restrictiva legislación de otros países europeos y no europeos ha florecido una nueva modalidad de turismo,

¹⁸ Otra cuestión es que esta práctica convencional no esté exenta de dificultades. En particular con respecto al Convenio hispano-marroquí sobre cooperación judicial de 30 de mayo de 1997, Rodríguez Benot destaca que “... diversas circunstancias tales como su incorrecta y confusa redacción en lengua española o las deficiencias técnicas de su articulado han llevado en la práctica a un crítica doctrinal y a una ignorancia jurisprudencial” Rodríguez Benot, Andrés, “Tráfico externo, derecho de familia y multiculturalidad en el ordenamiento español”, en *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, Consejo General del Poder Judicial, 2002, p. 57. El autor expresa que la única decisión de un tribunal español sobre el Convenio hispano-marroquí es la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 22) de 22 de junio de 2001 sobre la eficacia de un repudio otorgado en Marruecos (Actualidad Civil, núm. 1539, 2001).

¹⁹ Matrimonios que se han celebrado “por conveniencia” (los motivos a nadie le importan, y menos al derecho matrimonial, cada uno se casa por los motivos que quiere y allá cada uno con su conciencia) sino que estos matrimonios son, realmente, matrimonios simulados celebrados normalmente, entre extranjeros y nacionales, o entre extranjeros. Son “matrimonios” en los que no concurre un verdadero “consentimiento matrimonial” ... no son “verdaderos matrimonios” sino *negocios jurídicos simulados* o “matrimonios meramente aparentes”. Calvo Caravaca, Alfonso-Luís et Carrascosa González, Javier, “Matrimonios de complacencia y derecho internacional privado” en Calvo Caravaca, Alfonso-Luís et Castellanos Ruíz, Esperanza (Dirs.), *El derecho de familia ante el siglo XXI: Aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2003, p. 121.

²⁰ Stilerman, Marta N., Sepliarsky, Silvia E., *Adopción. Integración familiar*, Argentina, Edit. Universidad, 1999, p. 266 y ss.

el reproductivo. Italianos, alemanes, turcos, marroquíes y egipcios, entre otras nacionalidades, representan ya el 20% de los tratamientos que se efectúan en las clínicas españolas. De manera simpática, ya se dice que los extranjeros que siempre habían estado atraídos por el buen clima de España, ahora se acercan a buscar otros “soles”.²¹

Por acotar esta introducción referida a las nuevas estructuras familiares también debemos atender a las uniones de hecho, que aunque no son de nueva generación sí han proliferado denominándose “unión de hecho”, “pareja de hecho”, “unión libre”, “pareja no casada”, “uniones extramatrimoniales”, “familia de hecho”, etcétera en el que se dan una serie de situaciones como las que venimos proyectando, en las que se reivindican efectos patrimoniales, prestaciones económicas, laborales, de seguridad social, adopción, etcétera.²²

También queremos hacer referencia a la proliferación de las familias monoparentales, las cuales han tenido un incremento y cuyas causas fundamentales son el cada vez mayor número de hogares en que las mujeres quedan a cargo de los hijos, sea por el divorcio, las separaciones o la decisión de ser madres solteras dada su actual aceptación social.

En ese sentido, se produce un cambio en la percepción de la adopción que, a causa del descenso de la natalidad y la mencionada aceptación social de las madres solteras, ha hecho variar el perfil de los niños que necesitan una nueva familia. De esta manera, ha disminuido el número de bebés y la mayoría de los niños que buscan unos padres son niños “mayores” o presentan necesidades especiales; por otra parte, algunos niños necesitan relaciones muy cercanas e intensas (en particular aquellos que han pasado por muchos hogares) y las familias monoparentales son una opción para ellos ya que favorecen un apego más cercano que cubre la necesidad de afecto de estos niños y les permite alcanzar un mejor desarrollo afectivo.

Para culminar esta introducción queremos, por supuesto, integrar dentro de estas nuevas estructuras familiares a las familias homoparentales y más concretamente los “matrimonios” entre personas del mismo sexo y la adopción que será la parte central en este trabajo y por tanto objeto de un análisis pormenorizado.

Si se habla de una generalidad al plantear las diferentes nuevas estructuras familiares, metiendo en un “mismo saco” a las diferentes formas de convivencia, todas las formas de unión entre personas, no se debe a una falta de entendimiento de cada uno de los conceptos dada la proliferación de estas uniones e incluso de la dimensión de los derechos y obligaciones demandados a través de su regulación, sino simplemente a la presentación de un panorama real que debemos atender, independientemente de que la balanza se incline más a favor de unos que de otros sino, como reiteraremos a lo largo de este trabajo, en pro de un discurso congruente que busca soluciones armoniosas dentro del respeto a la divergencia y a los derechos fundamentales.

²¹ Cañizares, Francisco, *Revista Quo Cit. El periódico de la adopción*, Año II, núm. 33, mayo 2006.

²² Recomendamos la lectura, entre otras, en relación a las parejas no casadas, el trabajo de Comte Guillemet, Nicole, “Las parejas no casadas ante el DIPr.”, en Calvo Caravaca, Alfonso Luis et IriarteÁngel, J.L., *Mundialización y ... op cit supra*, “. 295 y ss. Se expresa que dada la transformación del tejido social y familiar ... se lucha por la consecución de un estatuto legal dentro del marco más amplio del nacimiento de un nuevo orden público tutelado por los Derechos fundamentales proclamados en Tratados y Convenios y recogidos por las constituciones de los Estados, interpretados por la labor pretoriana de los Tribunales, esp. P. 296. Asimismo, en relación a los comentarios anteriores, véase Feldstein de Cárdenas, Sara Lidia, “El orden público internacional: una mirada desde el Derecho internacional privado contemporáneo”, en Calvo Caravaca, Alfonso Luis et Blanco-Morales Limones, Pilar, *Globalización y derecho ... op cit supra*, pp. 263 y ss.

1. Familias homoparentales: adopción

En esa tónica de adaptación a los cambios familiares con una realidad que es una familia más democrática y mucho más diversificada, tenemos nuevamente el ejemplo español con la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio²³ y que dió pauta a la ley que regula el matrimonio entre personas del mismo sexo de 30 de junio de 2005 con entrada en vigor el 3 de julio del mismo año.

A pesar de las declaraciones de inconstitucionalidad,²⁴ los matrimonios (que no parejas) entre personas del mismo sexo fueron legalizados en España, como decimos, a finales de junio de 2005 cuando el Congreso modificó 16 artículos del Código Civil.²⁵

²³ *Boletín Oficial del Estado*, núm. 157 de 2 de julio de 2005.

²⁴ Fueron numerosas las manifestaciones en contra de esta ley de matrimonios homosexuales; incluso después de la modificación del Código Civil y con la ley en vigor, hubo magistrados que se negaron a celebrar bodas entre personas del mismo sexo. A estos pronunciamientos, se han sumado los pedidos de otros magistrados para que se sienta un criterio cuando uno de los integrantes de la pareja es extranjero y en su país de origen los casamientos homosexuales están prohibidos. Un juez del Registro Civil de Barcelona ha llevado una consulta a la Dirección General de Registros y del Notariado (DGRN) para que se pronuncie sobre esta cuestión, sobre los matrimonios entre personas del mismo sexo cuando uno de los dos es español y otro extranjero y en su país de origen no se permite este tipo de unión.

En torno al tema en el que uno de los contrayentes es extranjero y su ley nacional no reconoce la posibilidad de celebrar este tipo de enlaces véase la Resolución-Circular de 29 de julio de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo (*Boletín Oficial del Estado*, 8 de agosto) en interpretación de la ley 13/2005, de 1 de julio (BOE, 2 de julio) por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, reforma a la que estamos aludiendo. Y la Resolución de 26 de octubre de 2005 relativas a la aplicación de la ley material española del matrimonio celebrado entre español y extranjero cuya ley personal no contempla el matrimonio entre personas del mismo sexo (*Diario La Ley*, núm. 6408, de 26 de enero de 2006). Conexas a estas Resoluciones cabe mencionar otra de 24 de enero de 2005 (*Diario La Ley*, núm. 6226, de 7 de abril de 2005) en la que se autoriza la celebración de un matrimonio entre español y transexual cuya ley personal no reconoce el cambio de sexo. Véase Quiñones Escámez, A., “Límites a la celebración en España de matrimonios internacionales del mismo sexo”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 2005-4, pp. 1171 y ss Cit por Elvira Benayas. María Jesús, “Derecho de familia y sucesiones internacionales”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (2006), <http://www.reei.org>. Un estudio excelente, concretamente en torno a la citada Resolución-Circular de la DGRN de 29 de julio de 2005, la encontramos en Calvo Calvo Caravaca, Alfonso-Luís et Carrascosa González, Javier, “Aspectos internacionales de los matrimonios entre personas del mismo sexo: notas a la Resolución-Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, España, de 15 de febrero de 2006, núm. 2007 pp. 671-717.

El primer casamiento entre mujeres en España, fue entre una española y una argentina. El magistrado tuvo en cuenta que la ley argentina no autoriza los matrimonios entre personas del mismo sexo y por lo tanto probablemente se rechazaría la inscripción del matrimonio en el registro civil, no obstante, “ante la opción de autorizar un matrimonio que eventualmente sea declarado nulo o de coartar el ‘ius connubii’, este Centro Directivo ha de elegir la primera alternativa”. Entendemos que no existe por ahora, en tanto que se elabore una doctrina de la DGRN, la certeza racional y absoluta de obstáculos legales.

Como decimos, en España hubo diferencias de opiniones, así el Foro Español de la Familia organizó una marcha a Madrid para pedir a las autoridades españolas que desistieran de aprobar las modificaciones al Código Civil. Reacciones en esa tónica han primado a lo largo del globo terráqueo y así incluimos a Chile en el que ya hay un proyecto que propone modificar el primer artículo Constitucional para explicitar que los casamientos son entre hombres y mujeres. La propuesta es modificar el artículo primero de la Constitución que dice que “Es deber del estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia ..” añadiéndole que se “reconoce el matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer”.

Los cambios principales fueron la sustitución de las palabras “marido” y “mujer” por “cónyuges”; y “padre” y “madre” por “progenitores”. De igual manera, se amplió el artículo 44 del Código Civil y así queda establecido que “el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”.

Quizás el acto de casarse es, en sí, secundario respecto al hecho principal que es la protección de esas familias por el Estado con los derechos y obligaciones que conlleva la medida. De esta manera, tenemos implícitos una serie de derechos como bien pueden ser la concesión de la pensión de viudez a un homosexual,²⁶ la cobertura del seguro social,²⁷ exenciones tributarias

²⁵ La citada Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. La Ley presenta un exposición de motivos, un artículo único que se divide en 17 numerales, una disposición adicional única, una disposición final primera y por último una disposición final segunda.

Los artículos en concreto reformados fueron:

1. Artículo 44 Cc, en el que se señala el derecho a contraer matrimonio, en el que tendrán los mismos requisitos y efectos, cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.
2. Artículo 66 Cc se eliminan las denominaciones que diferencian a los matrimonios homosexuales de los heterosexuales y hablan de “cónyuges”.
3. Artículo 67 Cc se refiere al respeto entre lo cónyuges y la ayuda recíproca que se deben entre sí y para la familia.
4. Artículo 154 Cc, en referencia a la patria potestad y los deberes con respecto a los hijos en el que sólo reforman el vocablo “progenitores”.
5. Artículo 160 Cc, tan sólo se modifica el vocablo “progenitores”.
6. Artículo 164 Cc, en el marco del capítulo relativo a los bienes de los hijos y de su administración se modifica el apartado 2 del artículo en cuanto a los bienes administrados por quienes ejercen la patria potestad.
7. Artículo 175 Cc hace referencia a la adopción y en este sentido expresa, en primer lugar, que en la adopción por más de una persona sólo puede presentarse en los casos en que los adoptantes se encuentren casados de conformidad a lo establecido en el Código civil y ahí entraría la adopción por matrimonios de personas del mismo sexo.
8. Artículo 637 Cc, relativo a los efectos y limitaciones de las donaciones, pretende uniformar la legislación y establecer la nomenclatura de “cónyuges”.
9. Artículo 1323 Cc, respecto a la transmisión de bienes, nuevamente se hace la referencia a “cónyuges”.
10. Artículo 1344, 1361, 1365 y 1404 Cc, relativos todos ellos a la sociedad de gananciales, la reforma va en el mismo sentido anterior.
11. Artículo 1458 Cc, relativo al contrato de compra-venta, se introduce el vocablo “cónyuges”.
12. Culmina estableciendo el proyecto en su “Disposición Adicional Única. Aplicación en el ordenamiento. Las disposiciones legales que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes”.

²⁶ Tenemos que comentar que esta prestación de la pensión de viudez a un homosexual, se equipara a la situación que se dio en España a raíz de la ley de divorcio de 1981 que resolvía la situación de muchas personas que se separaban, con anterioridad a 1981, y empezaban una nueva relación sin poder casarse nuevamente y en caso de fallecimiento de uno de los miembros de la pareja, no había el derecho a percibir la pensión. Es decir, en 2005, el juzgador protege a aquellas personas que no han podido casarse con su compañero por la sencilla razón de que éste fallece antes de que el legislador reconozca a los ciudadanos capacidad para contraer matrimonio. En concreto, el supuesto es el de un juez español que concede el beneficio de la pensión por viudez a un homosexual pero no fijó la retribución desde 2002, año del fallecimiento de su pareja, sino desde la entrada en vigor de la ley que regula en España el matrimonio entre personas del mismo sexo y en la consideración de que había antecedentes jurídicos en el país a raíz de la ley de divorcio de 1981. Casos similares se han dado en otros países como es el caso de Argentina, a principios del 2005, en donde un juez reconoció el derecho de los homosexuales a una pensión por viudez, en un fallo sin precedentes. Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de La Plata, en autos “Y E A c/Caja Prev. Y Seguro Médico de la Prov. De B. A. S/amparo”.

Véase, por otro lado, Rodríguez, M.S.; Baéz Peña Wirth, V.; Scotti, L.B., Medina, F.A., “Las uniones de pareja a la luz del derecho internacional privado argentino”, en Calvo Caravaca, Alfonso-Luís et Castellanos Ruíz, Esperanza (Dirs.), *El derecho de familia ante el siglo XXI... op cit supra*, pp. 667 y ss.

por herencias, derecho a visitas en hospitales, las visitas íntimas de los presos homosexuales y en cuanto a la formación de una familia in extenso, la posibilidad de adoptar por parte de los matrimonios homosexuales, constituyendo éste uno de los puntos de mayor discusión, un punto realmente álgido.

Parece que la justificación real de concebir “matrimonios” entre personas del mismo sexo es la falta de una completa regulación de las uniones de los homosexuales frente al Estado, con el fin de que estas tengan todos los efectos jurídicos, como sucede en el caso del matrimonio o del concubinato en el Código civil y que aplican para todos los gobernados y de esta forma generar seguridad jurídica para todos, con lo cual no existiría argumento para invocar la discriminación.²⁸

La justificación parece que viene porque, de manera sistemática, las distintas leyes de parejas de hecho, se han desarrollado de manera tangencial a las leyes de los Códigos civiles y manejan términos distintos a los mismos, y por lo tanto no cubren efectos jurídicos considerados en beneficio de las parejas de matrimonios o de concubinos o uniones de hecho estables en otras leyes.²⁹ Así, muchos autores opinan que al considerar matrimonio y cónyuges, independientemente de la orientación sexual, queda resuelto el problema y no hay que reformar y modificar toda la legislación que tenga competencia en la materia.³⁰

El gobierno español desde el anteproyecto de ley³¹ que permitía equiparar jurídicamente el matrimonio entre homosexuales al de heterosexuales, ya tenía abierto un gran debate especial-

²⁷ Se dieron múltiples manifestaciones en torno a la naturaleza de estas uniones homosexuales por ser “contra natura” e incluso que no se debían de dar porque el término “convivencia marital” no comprende las uniones estables de hecho o de pareja cuando se trataba de uniones homosexuales, según el Concilio Vaticano II. Estas manifestaciones no tuvieron sustento para la resolución favorable de dar cobertura social a la pareja de un gay por parte de el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, basándose en una resolución de la Secretaria General de la Seguridad Social del 29 de diciembre de 1984 que dispone, con carácter excepcional, que basta con que se conviva maritalmente durante un año y de forma ininterrumpida, como mínimo, con el titular del derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, para que su pareja pueda disfrutar del derecho a ser beneficiario de ésta.

²⁸ Pérez Contreras, Maria Montserrat, “Comentarios a la ley por la que se modifica el Código civil español en materia de derecho a contraer matrimonio”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, Nueva Serie, Año XXXIX, Núm 117., septiembre-diciembre 2006.. pp. 779-804.

²⁹ *Idem*.

³⁰ En las leyes de parejas de hecho homosexuales este tipo de cuestiones se pueden arreglar a través de la realización de acuerdos determinados en la misma escritura de constitución de la relación de hecho o bien en acuerdos legales ante notario, el problema radica, entonces, en los casos de intestado, en los cuales, la enumeración hecha en el Código Civil español, por ejemplo, sobre quienes pueden acudir a la sucesión no suele contemplar a la pareja homosexual y sí a los cónyuges y a los concubinos. *Idem*.

³¹ Fueron muchos los debates y las enmiendas propuestas. El 17 de marzo de 2005 se inició el trámite para la promulgación de la ley 13/2005 que reforma el Código Civil para permitir el matrimonio homosexual. Posteriormente, el 21 de abril de 2005, el Pleno del Congreso de los Diputados aprueba el proyecto de ley por el que se modifica el Código civil para permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo y de ahí se pasó a la siguiente etapa que consistía en la aprobación en el Senado. Se propusieron enmiendas y finalmente el veto a la iniciativa de ley. Para evitar el veto se propusieron alternativas por parte de los opositores, entre las que se encontraron que la regulación de las uniones se realizaran al margen de la institución matrimonial; que se eliminara la posibilidad de adoptar para este tipo de parejas; así como que se regulara el derecho a la objeción de conciencia para los funcionarios del registro civil. El 31 de mayo comenzaron los trabajos en el Senado sobre el debate; en el seno de la Comisión de Justicia se presentaron dos propuestas de veto, la del Partido Popular y la de Convergencia i Unió (CIU), se debatieron en junio y acto seguido el texto pasó a ser votado por el pleno de la Cámara de Senadores y el resultado se dio el 22 de junio de 2005. El pleno del Senado vetó, con mayoría absoluta, el proyecto de ley. El proyecto fue devuelto al Congreso de los Diputados, quienes resolverían en última instancia sobre el futuro de la ley. El 30 de junio de 2005, el

mente sobre la adopción homoparental en el que hubo una comparecencia en el Senado de once expertos (seis psicólogos, tres abogados, un psiquiatra y un médico),³² en el que se expusieron los pros y lo contras de la adopción por parte de personas del mismo sexo, llegando a una conclusión, prácticamente mayoritaria, de que no existe ningún estudio científico, serio y riguroso, que advierta alguna desventaja en el desarrollo psicológico de los hijos de parejas homosexuales,³³ asumiendo, así, posturas favorables en torno a la adopción homoparental.

En otro orden de ideas, debemos subrayar que en los matrimonios entre personas del mismo sexo, deben separarse las diversas opciones para crear una familia extensa dependiendo de si los matrimonios están compuestos de mujeres o de hombres. Con respecto a las primeras, las opciones de extender la familia son más amplias, las familias de parejas lesbianas se forman por tres vías: al aportarse hijos de relaciones anteriores, acudiendo al banco de semen o a la adopción. En cambio, las familias de parejas *gays* se ven más restringidas en primer lugar porque normalmente no aportan hijos de relaciones anteriores, fundamentalmente porque no suelen tener la patria potestad y custodia de sus hijos biológicos, en segundo lugar podrían acudir a un “vientre de alquiler” pero esta práctica no está legalizada en la mayoría de los países y por tanto, la verdadera opción para extender la familia es la adopción.

Destacamos, en este momento, esta puntualización porque cada uno de los supuestos mencionados tiene una fundamentación y solución jurídica diferente.³⁴

Hasta el momento hemos hablado de los efectos jurídicos que se otorgan al momento de permitirse los matrimonios entre personas del mismo sexo y en esa tónica hemos destacado la adopción, pero no debemos perder de vista que no es una opción fácil. Los países desarrollados tienen, por regla general, una baja natalidad y listas cerradas de adopción nacional, sólo abierta para aquellas adopciones especiales, es decir, la adopción de grupos de hermanos, de niños “mayorcitos” o niños con algún tipo de discapacidad y/o enfermedad. No hay niños sanos (que son para los que mayoritariamente la autoridad central otorga el certificado de idoneidad para la adopción) susceptibles de darse en adopción ni para matrimonios heterosexuales, ni homosexuales, ni para solteros/as; la verdadera opción es la adopción internacional pero también tenemos trabas en ese ámbito.

Congreso levantó el veto a la ley aprobando la normativa que atiende el derecho a contraer matrimonio a personas del mismo sexo y, además les otorga la posibilidad de adoptar. Contreras Pérez, María Montserrat, “Comentarios a la ley por la que se modifica... op cit supra.

³² Los expertos comparecientes en el Senado fueron: D. Aquilino Polaino Lorente, psiquiatra y catedrático universidad privada; D. Ángel Bao Pérez, psicólogo y técnico de acogimiento familiar; D. José María Gonzalo Casal, abogado y responsable de Berdindu; Doña María del Mar González Rodríguez, profesora de Psicología Evolutiva de la Universidad de Sevilla; Doña Nuria Gispert Catalá, abogada y ex consejera de Justicia de la Generalidad de Cataluña; D. Fernando Chacón Fuentes, Decano del Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid; Doña Patricia Martínez Peroni y Doña Mónica Fontana Abad, del Departamento de Psicología de la Universidad San Pablo Ceu de Madrid; D. José Luis Linaza Iglesias, Catedrático de Psicología Evolutiva de la Universidad Autónoma de Madrid; D. José Luis Pedreira Massa, Doctor en Medicina y D. Javier Pérez Royo, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla.

³³ A excepción del D. Aquilino Polaino, autor de polémicas manifestaciones que han sido refutadas por sus propios compañeros, que las tachan de ningún rigor científico. Véase su postura en Polaino-Lorente, Aquilino, “Padres homosexuales, un futuro cercano?”, *Revista Istmo*, México, Año 43, núm. 255, pp. 255 y ss, entre una de sus numerosas publicaciones.

³⁴ García Rubio, María Paz, “La modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio”, *La Ley*, núm. 6359 (15 de noviembre de 2005), pp. 1125 y ss.

Las listas de espera en adopción internacional son amplias, con una demora realmente importante. En adopción internacional rige el principio de subsidiariedad y esto significa que la adopción internacional se dará después de haberse examinado adecuadamente las posibilidades de colocación del niño en su Estado de origen.³⁵ Todos los niños tienen derecho a crecer en una familia, así como conservar los vínculos con su grupo de origen, de su país, que responde al interés superior del menor, con lo cual la adopción internacional sólo se da en el supuesto de que el menor no sea adoptado por ningún nacional.³⁶

Por otra parte, el documento principal que conforma el expediente de adopción internacional es el certificado de idoneidad otorgado por la Autoridad Central del país de recepción de los menores y en él se especifica el rango de edad en el que debe estar comprendido los menores que se propondrán para la adopción futura y si se solicitan sanos o no. El supuesto normal es que se soliciten menores de corta edad y sanos porque difícilmente la Autoridad Central otorgará un certificado de idoneidad que incluya la aceptación, en principio, de menores de los denominados “mayorcitos” o con alguna discapacidad porque la adopción nacional, en el país de recepción, está abierta a este grupo de menores y la Autoridad Central “protegerá” de esta manera que ingresen en el país menores adoptados a los cuales tengan que darle una cobertura social importante que genere gastos al Estado, en el caso concreto de que no sean menores sanos.

A todo ello hay que incluirle que en la adopción internacional se tienen que analizar varios aspectos, de máximo interés si queremos estudiar, seriamente, la viabilidad teórica y práctica de las adopciones homoparentales. Así, destacamos la capacidad para adoptar determinando la ley aplicable y si admite a las familias homoparentales; el lugar de constitución de la adopción, y en función de donde se constituya la ley aplicable será una u otra; el procedimiento de cooperación entre autoridades en el marco del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 sobre protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional y cómo se incardina esta cuestión que genera tanta controversia; la valoración de idoneidad de los adoptantes pues siempre se han realizado los estudios teniendo en cuenta los requisitos exigidos por la legislación de ambos países, reconocimiento de la adopción y adopciones claudicantes.³⁷ Todos estos aspectos ameritan un estudio posterior, en el que nos detengamos en los aspectos que competen estrictamente a los matrimonios entre personas del mismo sexo y el Derecho Internacional Privado.

En general, encarar el tema de la adopción, y concretamente de la adopción homoparental, no es tarea fácil, e implica un análisis sumamente complejo de las condiciones socio-culturales, políticas, económicas y éticas del momento actual. Este, por lo tanto, pretende ser una primera reflexión, un primer acercamiento a esta nueva estructura familiar.

³⁵ Artículo 21.b de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho de los Niños de 1989 y el artículo 4.b del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 sobre protección de menores y cooperación en materia de adopción internacional.

³⁶ Y obviamente antes de la adopción nacional se procede siempre, en primer término, a la reintegración del menor con su familia biológica.

³⁷ Se pueden constituir, por ejemplo, adopciones en un determinado país que no van a tener efectos en los otros países vinculados a la misma, y por último, debemos estudiar el panorama de derecho comparado ya que pocos países la aceptan tal cual. Para estos temas, véase el artículo de Roca, E, sobre esta cuestión publicado en la *Revista Jurídica de Cataluña*, España, 2006. Véase, asimismo, el apartado D en este trabajo.

2. Acerca de la definición de matrimonio

Ante este cúmulo de adaptaciones del derecho a las nuevas realidades de la sociedad, nos encontramos, paralelamente, un cúmulo de situaciones que nos desbordan y que llevan implícitos numerosos cuestionamientos ya no sólo éticos y/o morales, como vemos, sino lingüísticos desde el momento que podamos dudar sobre la idoneidad de denominar matrimonios a uniones entre personas del mismo sexo.

Tradicionalmente el matrimonio ha sido la base fundamental sobre la que se sustenta la familia y tal y como estamos proyectando, en la actualidad existen numerosos modelos de familia que no pasan por la unión previa y formal en la que consiste el matrimonio, o simplemente no constituyen el matrimonio definido de manera tradicional como “la unión estable de un hombre y una mujer, concertada entre ellos de acuerdo con determinadas formalidades previstas por la ley, con ánimo de compartir vida y existencia”.

Tomando el contexto mexicano, y tal y como pone de manifiesto el profesor Jorge Adame, en México desde 1874 a 1917 la legislación evolucionó acerca de lo que es el matrimonio y dejó de ser “una sociedad legítima” con vínculo indisoluble para ser un contrato civil con vínculo soluble. Ya en 1932 se dan dos cambios significativos: se omite la referencia a la procreación y hay un reconocimiento del concubinato. De esta manera se marca la diferencia entre ambas figuras y así el matrimonio es la unión –entre varón y mujer- con plenos efectos legales y el concubinato una unión –entre varón y mujer- con efectos limitados. La reforma de 1992 define al matrimonio como actos del estado civil.³⁸

Adame expone una serie de reflexiones que demuestran la inviabilidad de que el matrimonio sea definido por el legislador y además nos propone el camino para rehacer el concepto de matrimonio a partir de lo que realmente es: una relación de amistad con características específicas y para ello parte del concepto de amistad que da Aristóteles en su *Ética Nicomaquea*, y señala las diferencias específicas que lo particularizan y distinguen de otras formas de amistad.³⁹ Con

³⁸ Adame Goddard, Jorge, “La superación del matrimonio legal” en González Martín, Nuria (Coord.), *Familia, inmigración y multiculturalidad: una perspectiva jurídica comparada*, México, Porrúa-UNAM, 2006, pp. 2-6.

³⁹ Conforme a la doctrina de Aristóteles sobre la amistad se puede sostener que el matrimonio es, esencialmente, una amistad natural entre varón y mujer.

“Esta amistad puede estar fundada, como todas las amistades, en alguno de aquellos tres bienes de que habla Aristóteles: en lo útil, en lo agradable o en el bien personal. Cada una de ellas es una especie de amistad diferente, como son diferentes los bienes en los que se fundan. Desde esta perspectiva se comprende que no se puede llamar propiamente con el mismo nombre, “matrimonio”, a tres relaciones entre varón y mujer que son muy diferentes entre sí. Se podrían denominar como uniones útiles, las que se fundan en el solo provecho económico o ventaja social. Uniones afectivas las que incluyen además el placer de la compañía y convivencia recíproca. Y uniones personales las que se fundan en el bien de las personas”. *Ibidem* pp. 10 y ss.

Adame concluye que se puede llamar propiamente matrimonio sólo a la amistad plena entre varón y mujer, a la amistad que para Aristóteles es la verdadera amistad. Las otras amistades afectivas entre varón y mujer, parafraseando a Aristóteles, parecen ser y no ser matrimonio. Parecen serlo porque hay un vínculo afectivo, pero no parecen serlo porque son, por su naturaleza, parciales y transitorias, y la amistad perfecta es plena y estable.

Puede entonces llamarse matrimonio propiamente a la amistad perfecta entre varón y mujer, y por participación a la amistad afectiva entre los mismos cuando tienen intención de procrear hijos. La amistad afectiva sin esa intención, por su carácter exclusivamente privado, debe mantenerse en ese ámbito y no dársele el reconocimiento público de matrimonio, lo cual no obsta para que pueden dársele ciertos efectos jurídicos como contrato.

Así las cosas, el autor expone que siendo diversas las especies de amistad entre varón y mujer, hay también diversas formas de justicia natural y jurídica para cada una de ellas, por lo que no es conveniente que la ley pretenda

esta base se propone que, jurídicamente, el matrimonio tiene la “fuerza y validez”, no la que determinan las leyes, sino la que determina la voluntad de los contrayentes, y que la legislación puede reconocer o no.

El matrimonio ya no es un asunto del Estado y, sigue manifestando Adame, por lo tanto no le corresponde a éste definir cuál es su esencia y cuáles sus efectos. El legislador podrá decir “para efectos de esta ley, se entiende por matrimonio...”, de tal manera que circunscribe el tipo de uniones a las que se aplicarán esas reglas. Pero la definición de la esencia del matrimonio, no le corresponde al legislador, sino a la ciencia correspondiente que es la Ética; a la Sociología le corresponde describir las formas de unión y su comportamiento en una sociedad y momento determinado, pero no definir qué es el matrimonio.

En definitiva, Adame suscribe que en lugar del precepto de la constitución mexicana que dice que el matrimonio tiene la validez y efectos que determinen las leyes, convendría reconocer este otro principio: “que la unión entre personas tendrá la validez y efecto que determinen los propios contrayentes”. Ellos son los que deciden si se unen por utilidad, por placer o por el bien personal. Y según sea la unión que quieran, así será la justicia natural de su amistad y la justicia que el ordenamiento jurídico deberá reconocer a esa unión.

A manera de conclusión el profesor Adame expresa que dada la sociedad pluralista que vivimos, en la que cada pueblo reivindica su cultura y cada grupo su propia ética o moral, no corresponde a la legislación pública (provenza del legislador nacional o de órganos supranacionales) establecer una sola forma de unión entre *varón y mujer*, sino reconocer las diversas posibilidad de unión y dejar que sean los propios contrayentes quienes deciden el tipo de unión que quieran hacer y los efectos de esa unión.

Por el tema que estamos abordando, matrimonios homosexuales, no cabe duda que el término lingüístico “matrimonio” no es el correcto. Quizás en prevención y en rectificación de aquella desigualdad y discriminación padecida por este tipo de uniones y a favor del reconocimiento de los derechos que reporta vivir en unión, se le facilita al legislador optar por la denominación de matrimonio y así dejar resuelto el problema de cubrir todos los efectos jurídicos sin necesidad de grandes reformas y modificaciones de la legislación que tenga competencias en la materia, pero acabamos de ver, claramente, como no es el legislador quien debe de decidir cuestiones de tanta trascendencia como ésta, en la que difícilmente habrá consenso.

El concepto jurídico de “matrimonio” no es algo estático, al contrario, cambia en el espacio y en el tiempo.

Con respecto al espacio, vemos que cambia según sea el “círculo cultural”, de esta manera siguiendo a Calvo Caravaca y Carrascosa González el “matrimonio” que regula el Derecho musulmán es algo muy diferente del “matrimonio” recogido en el Código Civil español (en nuestro caso el Código Civil para el Distrito Federal, por ejemplo).⁴⁰ El nombre es el mismo, pero el

igualarlas del todo llamándolas con la misma palabra matrimonio, sin distinción alguna, y dándoles los mismo efectos.

Como vemos, se habla en todo momento de uniones heterosexuales dejando el autor fuera del concepto de matrimonio a las uniones homosexuales.

⁴⁰ Calvo Calvo Caravaca, Alfonso-Luís et Carrascosa González, Javier, “Aspectos internacionales de los matrimonios entre personas del mismo sexo: notas a la Resolución-Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005”, ... *op. cit. supra* p. 676.

concepto y el contenido son muy diferentes. En efecto, el matrimonio en Derecho islámico es un “contrato que tiene por objeto la organización de las relaciones sexuales entre el hombre y la mujer”,⁴¹ y cuya finalidad es convertir en “lícitas” las relaciones sexuales entre los esposos.⁴² Con tal concepción, en Derecho Musulmán el matrimonio poligámico es un verdadero matrimonio, naturalmente, y el repudio está permitido. Pero es evidente que dicho concepto de “matrimonio” no coincide con el que se maneja en los Derechos de los países occidentales.

Con respecto al tiempo, el propio concepto de “matrimonio” va transitando según la época y la sociedad. En el caso *Hyde v Hyde* (1866) se contiene la clásica definición de “matrimonio” proporcionada por la jurisprudencia inglesa y debida a Lord Pendanzé: el matrimonio es la “unión voluntaria para toda la vida entre un hombre y una mujer con la exclusión de cualquier otro”.⁴³ Parece evidente que el concepto jurídico de “matrimonio” que hoy se acepta en la inmensa mayoría de los países del mundo no coincide con el concepto jurídico tradicional de matrimonio que la jurisprudencia inglesa daba por sentado hace poco más de cien años como concepto de “matrimonio” común a los países occidentales.

Es indudable que toda persona goza del *ius connubii*, es decir el derecho a contraer matrimonio, y del derecho a fundar una familia. El *ius connubii* significa que toda persona goza del derecho subjetivo a contraer matrimonio de manera libre con la persona que desee,⁴⁴ dentro de los límites marcados por la Ley. La cuestión difícil es concertar o conciliar todos aquellos derechos otorgados al ser humano por excelencia y ligarlo al Interés Superior del Menor; de esta manera dejamos abierta la discusión.

3. Adopción homoparental

Tal y como vamos constatando, en las sociedades con un mayor desarrollo jurídico, más desarrolladas, se han ido ganando posiciones en la exteriorización de las relaciones homosexuales y hemos pasado de la persecución penal de las relaciones homosexuales, personas con una dudosa categoría moral, al reconocimiento de efectos jurídicos a las relaciones estables homosexuales y hoy a los “matrimonios” entre personas del mismo sexo.

⁴¹ Orejudo Prieto de los Mozos, P., *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en el DIPr español*, Pamplona, Aranzadi, 2002, p. 181 cit por Calvo Caravaca, Alfonso-Luís et Carrascosa Glez, Javier, “Aspectos internacionales de los matrimonios entre personas del mismo sexo: notas a la Resolución-Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005”... op cit supra p. 676.

⁴² Diago Diago, M.P. “La dot islamique á l’épreuve du conflit de civilisations, sous l’angle du droit international privé espagnol”, *Annales de Droit de Louvain*, 2001-4, pp. 407-442; Idem., “Repercusiones de la nueva Mudawwana en la inmigración marroquí” en VV.AA., *Musulmanes en el Aragón del siglo XXI*, Zaragoza, 2004, pp. 141-165 Cit por Calvo Caravaca, Alfonso-Luís et Carrascosa Glez, Javier, “Aspectos internacionales de los matrimonios entre personas del mismo sexo: notas a la Resolución-Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005” ... op cit supra p. 676.

⁴³ “The voluntary union for life of one man and one woman to the exclusion of all others” (1886) LR 1 P&D 130. Clarkson, M.V, Hill, J et Jaffey, A.J.E., *Jaffey on the Conflict of Laws*, 2 ed., London, Butterworths, 2002, p. 354.

⁴⁴ Si se quiere ver la evolución del matrimonio canónico, aconsejamos la lectura multicitada de Calvo Caravaca, Alfonso-Luís et Carrascosa González, Javier, “Aspectos internacionales de los matrimonios entre personas del mismo sexo: notas a la Resolución-Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005”,... op cit supra, pp. 679 y ss..

Se pasó del abismo insalvable a las coyunturas adecuadas, fundamentalmente políticas y/o electorales, que han permitido el planteamiento de familias, en la extensión más amplia del término, homoparentales y de ahí el desafío que constituye el aceptar o no la posibilidad de que los menores sean adoptados, y por tanto cuidados y educados, por “matrimonios” homosexuales.

La valoración compete, más que al legislador e insistimos en ello, a los operarios que estudian la materia a fondo, es decir, que las pautas para poder aceptar o no estas adopciones las den las investigaciones científicas de psicólogos, pedagogos, psiquiatras, pediatras, etcétera que irán de la mano de amplias consideraciones éticas y morales.

El Derecho, la ciencia del Derecho, se debe centrar fundamentalmente en dos aspectos: en primer lugar en determinar cuál es la finalidad última de una institución jurídica como la adopción de menores, y en segundo lugar, cuáles son los valores que la sociedad pretende salvaguardar a través de ella.

A. Finalidad

Hay un sector doctrinal, cada vez más numeroso, que postula que la adopción, en contra de las teorías más convencionales, más tradicionales, “no es ni debe verse como una imitación de la naturaleza. Se trata de una institución que tiene características muy peculiares y que tiende a crear un vínculo que no se apoya en el nexo biológico sino en la convicción de que el amor filiar no se limita a aquél”.⁴⁵

Si hemos sido capaces de asimilar un cambio en las relaciones familiares, multiculturales, e incluso si aceptamos el “matrimonio” homosexual, podríamos tratar de asimilar la adopción desde esta otra óptica.

Vimos, en el apartado correspondiente, cómo no le corresponde al legislador determinar la definición de la esencia del matrimonio, una evolución por demás interesante y en esta tónica evolutiva planteamos en este momento detenernos en un tema de máxima trascendencia y reflexionar si debemos insistir en la asimilación de la adopción a la filiación biológica, es decir, por qué insistir en “recrear” las relaciones de filiación de base biológica en la adopción. Tal vez porque cada uno de los componentes de una pareja heterosexual aporta algo distinto a la educación, bienestar, etcétera del niño, pero ello lo podemos encontrar en otras figuras familiares cuando

⁴⁵ Stilerman, Marta N. Et Sepliarsky, Silvia, E., Adopción... op cit supra, p. 25. “La adopción es una de las instituciones más viejas del derecho que ha variado a lo largo de los años: comenzó con la vieja institución del derecho romano... que amparaba el interés de los adoptantes... a través por una etapa contractualista en el derecho español y en el derecho inglés, tuvo un cambio fundamental en la legislación francesa de 1939 recogiendo lo que se dio en llamar legitimación adoptiva...” Ibid., p. 26, Y podríamos decir que culmina en un principio rector en el cual hay un acuerdo unánime, cuando hablamos de la protección del menor y es que la adopción se haga en su interés superior. Concretamente, el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 ha consagrado universalmente el principio del interés superior del menor, aunque no ha concretado qué debe entenderse por tal al decir: “... 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 del menor”. Mientras que, por ejemplo, en el artículo 21 de la misma Convención, en el que se hace referencia a la adopción se especifica que en ella el interés del menor será la consideración primordial. Ello parece indicar que se hace una distinción entre el interés del menor en el Derecho de familia en donde su consideración será “la” más relevante y en el resto de relaciones en las que esté implicado el menor en la que tendrá “una” consideración primordial. González Martín, Nuria, Adopción internacional. La práctica mediadora y los acuerdos bilaterales (referencias hispano-mexicanas), México, IJ-UNAM, 2006, p. 47.

falta algún componente (familia monoparental: viudos/as, separados/as, divorciados/as, solteros/as; o de la familia homoparental).

Definitivamente, en este momento es cuando debemos, literalmente, tomar aliento y centrarnos en la reflexión para poder dar argumentos que sean lo suficientemente coherentes y congruentes con todo un discurso que proyecta igualdad y no discriminación y sobre todo que proyecte una protección real de los menores en busca de su interés superior.

Retomando el tema de la finalidad de la adopción no como una recreación biológica, por una parte debemos dejar claro que hay una cuestión diferente, marginal, y que puede confundirnos y es que entre los requisitos solicitados en los diferentes Códigos Civiles se dé la exigencia legal de que medien “x” años entre adoptantes y adoptados o incluso que en el certificado de idoneidad de adopción se considere pertinente relacionar la edad de los adoptantes con la edad de los adoptados pero en el entendido que unos padres “mayores”, de una determinada edad, quizás no tengan la energía necesaria, la capacidad de reacción y rapidez para cuidar a un menor en sus primeros meses o años de vida, lo cual no es realmente una necesidad de recreación biológica de la institución de la adopción.

La “ficción biológica” de la adopción, si la aceptamos, deja sin contemplar la adopción individual, permitida y legitimada, coherente con el sentido último de la adopción. No se puede inferir que la “esencia” de la adopción sea la de otorgar al menor un padre y una madre que pudieran haberlo engendrado. Quien adopte de manera individual no vulnera el sentido de la figura, ni tampoco resulta menos protectora de los intereses del menor que la realizada de manera conjunta, en estos casos, los roles maternos y/o paternos se centran en otras figuras familiares, como abuelos/as, tios/as, etcétera. Más bien se trata en estos casos de una restricción y la lógica puede ser: “de que no tenga ningún padre a que tenga uno, mejor uno que nada”.

Plantear, y así lo manifiesta el profesor Talavera, que la adopción pretende recrear lo biológico y otorgar al menor un padre y una madre que podrían haber sido sus progenitores, no es coherente con el modo en que la institución ha sido plasmada por el Derecho, afirmando, con base en este argumento, que la adopción requiera intrínsecamente, para el establecimiento del vínculo de filiación adoptiva, el concurso de una pareja heterosexual.⁴⁶

B. Valores

El otro factor preponderante es la salvaguarda de valores a través de su integración en una familia. No hay dudas que la familia es el entorno más adecuado para el óptimo desarrollo de un menor. La finalidad de insertar al menor en el seno de una familia, resulta plenamente compatible tanto con la adopción individual como con la adopción conjunta. Por otro lado, el objetivo primordial de la adopción ya no sería estrictamente proporcionar al menor a un padre y una madre, sino algo bastante más amplio: proporcionarle una familia que constituya el entorno “adecuado”⁴⁷ para su correcto desarrollo. No perdamos de vista que lo que se plantea es el derecho del niño a tener una familia y no al contrario.

⁴⁶ Talavera, Pedro A., “Las uniones homosexuales frente a la adopción”, *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, Madrid, núm. 173, 2003, pp. 85-86.

⁴⁷ Un concepto de entorno “adecuado” que no vuelve a llevar al terreno en el que nos planteamos que son los diferentes interlocutores, multidisciplinares, los encargados de determinar qué entendemos por “adecuado” según las circunstancias particulares.

La “familia” debe entenderse como el *ideal regulativo* de Kant, dado que se confronta una heterogeneidad familiar.

Estamos ante un concepto de familia amplio, familias en plural, nuevas estructuras familiares. Como ya dejamos entrever, con la adopción, el Derecho no pretende una recreación de lo biológico, ni proporcionar exclusivamente al menor un padre y una madre sustitutos. Por otro lado, el objetivo de “integrar al menor en una familia” tampoco ha prejuzgado taxativamente qué tipo de relación debe entenderse incluida en ese concepto que está en continua evolución y abierto a nuevas realidades convivenciales.

Ambos presupuestos, en principio, no resultan conceptualmente incompatibles con el horizonte de la pareja homosexual como posible sujeto adoptante,⁴⁸ lo determinante será su “idoneidad”, la que emite la Autoridad Central⁴⁹ y que ella determine qué valores son los que debe permear al menor.

4. Contexto internacional. Apertura de la familia y adopción homoparental

Holanda, Bélgica, Canadá, España e Inglaterra son, sin lugar a dudas, países que han tomado la delantera en la política de apertura de matrimonios homosexuales.⁵⁰

⁴⁸ *Ibid.*, pp. 88 y 89.

⁴⁹ En la familia homoparental existen una serie de puntos potencialmente débiles y otros fuertes. Entre los primeros están los ligados a la integración de la identidad homosexual de padres o madres y las posibles reacciones homófobas de su entorno. De esta manera, tenemos cómo los padres y madres adoptivas remarcan la necesidad de adoptar tras tener integrada la homosexualidad. En cuanto a las reacciones homófobas está la prevención de la misma como es la advertencia a los niños/as acerca de las posibles reacciones negativas.

Entre los puntos fuertes de familias homoparentales se encuentran el aprendizaje de roles de género igualitarios, la educación para la tolerancia y la educación para vivir la sexualidad libremente. Así, encontramos relaciones de pareja muy igualitarias en las que se comparten tanto las tareas domésticas o de crianza como la toma de decisiones y, por otra parte, su valor educativo más importante es el “respeto a los demás y la tolerancia” González, María del Mar, “Adopción y homoparentalidad en España. Datos de investigación”, *Memorias del I. Congreso Estatal sobre homosexualidad e identidad ... op cit supra*. Esto no descarta, por supuesto, que en matrimonios heterosexuales se den estas mismas características de tolerancia y respeto. Por ello, insistimos, como criterio determinante la “idoneidad” que concede la Autoridad Central a través de su equipo multidisciplinar.

⁵⁰ El debate actual está más que abierto. En Estados Unidos desde que el 17 de diciembre de 1990 Nina Baehr y Genora Dancel solicitaron al Departamento de Salud de Hawai una licencia para contraer matrimonio que les fue denegada porque “al ser del mismo sexo no tenían capacidad para contraer válidamente un contrato de matrimonio en el sentido previsto por la ley”. La pareja impugnó la denegación por considerarla discriminatoria, y en sendas sentencias de 1993 y 1996, el Tribunal Supremo de Hawai falló en su favor. Martín Casals, Miquel, “Las parejas de hecho en el derecho europeo: realidades, variantes y perspectivas” en Gil-Robles Gil-Delgado, José María, et al, *Puntos capitales de derecho de familia en su dimensión internacional*, Madrid, Dykinson, 1999, p. 182.

En 1996, el Presidente Clinton, dio vía libre a la DOMA, “Defense Of Marriage Act”, de 21 de septiembre de 1996, Ley que indica que ningún State está obligado a aceptar la validez y los efectos legales de matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados válidamente en otros Status de la Unión. “Es decir, la DOMA interfiere en la acción de la “Full Faith and Credit Clause” contenida en la Constitución Federal de los Estados Unidos de América y “recorta su radio de acción”. Calvo Caravaca, Alfonso-Luís et Carrascosa Glez, Javier, “Aspectos internacionales de los matrimonios entre personas del mismo sexo: notas a la Resolución-Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005”, ... op cit supra, p. 715.

Continúa de manera candente la polémica en los Estados Unidos de América después de que Massachusetts se convirtiera en el primer estado de la Unión en reconocer la unión matrimonial en mayo de 2004. Además de Massa-

Concretamente, Holanda fue el primer país del mundo en autorizar los casamientos entre personas del mismo sexo, y la adopción de niños nacidos en ese país. Ha sido la Ley 10, de 21 de diciembre de 2000, de adopción por personas del mismo sexo, la que ha reformado el libro I de su Código civil, admitiendo la posibilidad de que las parejas homosexuales puedan adoptar conjuntamente con el fin de ofrecer una mejor y más coherente educación a los niños. Se exigen tres condiciones: a) llevar, al menos, tres años de convivencia (no tiene por qué ser registrada); b) un período de prueba de un año antes de la definitiva adopción, durante el cual se realizará un seguimiento psicosocial; c) el adoptado ha de ser nacido en Holanda.⁵¹

En España⁵² y en Canadá también se permite la adopción de niños nacionales por parte de parejas del mismo sexo pero donde la cuestión en materia de adopción va más allá es en Bélgica, segundo país en el mundo en permitir los casamientos entre personas del mismo sexo, y en donde la Cámara de Diputados belga ha aprobado una ley que expresa que las personas del mismo sexo que estén casadas o que convivan podrán adoptar niños belgas o extranjeros al igual que lo hacen las parejas heterosexuales. Aún estamos en la espera de su entrada en vigor. Bélgica daría un paso innovador en equiparar los derechos de los homosexuales incluyendo el tema de la adopción (nacional e internacional) y la filiación.⁵³

chusetts, cinco estados reconocen las uniones civiles –entre el que destaca California-, que confieren algunos de los derechos legales reconocidos a un matrimonio, entre personas del mismo sexo.

Al igual que en el contexto europeo, la adopción conjunta por parejas del mismo sexo está implícitamente excluida en muchos Estados, bien porque se reconoce en exclusiva al matrimonio (Colorado, Idaho, Wisconsin, Ohio, Utah); o bien, como en Mississippi, porque está expresamente prohibida por la ley. Sin embargo, los tribunales de bastantes Estados se han mostrado favorables a admitir la denominada “second-parent adoption”; esto es, la adopción en la que el conviviente homosexual adopta al hijo del otro conviviente, pero sin que terminen del todo los derechos del otro progenitor biológico del menor. En este sentido se han pronunciado tribunales inferiores de Alabama, Alaska, California, Illinois, Indiana, Iowa, Michigan, Minnesota Nevada, New México, New York, Oregón, Pennsylvania, Rhode Island, Texas y Washington.

Una ley federal aprobada en 1996, durante el mandato de Bill Clinton, define el matrimonio como la unión de un hombre y de una mujer, pero deja al albedrío de cada estado reconocer los enlaces homosexuales que hayan podido tener lugar en otros lugares del país.

⁵¹ Desde abril de 1999 ya se había incorporado al Derecho holandés, dentro de la nueva Ley de convivencia registrada, la posibilidad de que el conviviente homosexual pudiera adoptar al hijo del otro conviviente con la aceptación expresa del otro progenitor biológico.

⁵² En España, en relación a las leyes de parejas de hecho anteriores a la ley de matrimonio entre personas del mismo sexo de 2005, las Comunidades Autónomas de Cataluña (reforma 3/2005 en la que se modifica el Código de Familia Catalán), Navarra (Ley Foral Navarra 6/2000 de 3 de julio para la igualdad jurídica de parejas estables), País Vasco (Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho), Aragón y Cantabria reconocieron ya el derecho de adopción a las parejas del mismo sexo. Hasta la fecha se han producido 8 pronunciamientos judiciales firmes en casos de parejas compuestas por dos hombres o dos mujeres que han realizado la adopción conjunta, dos en Navarra y 6 en el País Vasco, destacando, casi homogéneamente, los juzgadores que lo importante es la existencia de una pareja adulta comprometida entre sí y comprometida con el bienestar del menor.

La Ley valenciana (marzo de 2001) y la Ley madrileña (noviembre de 2001) omitieron la referencia a la adopción por carecer de competencias en materia de Derecho Civil. La ley de la Comunidad Balear (diciembre de 2001) reconoció la posibilidad de adopción conjunta exclusivamente a las parejas heterosexuales.

En Asturias (Ley 4/2002, de parejas estables del Principado de Asturias), Andalucía (Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de parejas de hecho del Parlamento de Andalucía) y Extremadura (Ley 5/2003, de 20 de marzo, de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura) están aceptadas las acogidas temporarias por parejas de hecho con independencia de su orientación sexual.

⁵³ No olvidemos que muchas parejas homosexuales belgas ya hacen la función de padres pero no poseen una norma que los ampare en casos de separación o muerte de una o de las dos partes.

Suecia, otro país que se une a la reglamentación de matrimonios entre personas del mismo sexo, admite en la actualidad la posibilidad de adopción internacional. La cuestión se justifica, verdaderamente, en que de las aproximadamente 1,000 adopciones anuales que se producen en Suecia, sólo entre 10 y 20 son de niños nacionales. Si la ley se limitara a permitir la adopción, por parte de homosexuales, a este tipo de niños nacionales, resultaría completamente la misma.⁵⁴

Un caso diferente es el de Inglaterra en el que a partir de marzo de 2005⁵⁵ se pueden casar las personas del mismo sexo pero la adopción es legal desde noviembre de 2002.⁵⁶ Más concretamente, en Inglaterra y Gales la ley de Menores y de Adopción⁵⁷ permite la adopción en parejas que no estén casadas, aún si sus miembros son del mismo sexo. Hasta ahora una persona podía adoptar pero no se le reconocía el derecho a su pareja. Con la nueva norma las parejas pueden hacerlo solicitando órdenes especiales de tutela. A su vez los padres biológicos tendrán el derecho de buscar a sus hijos que habían dado en adopción.

Tomamos en cuenta la forma en que la cuestión se ha desarrollado pero obviamente hay excepciones⁵⁸ como la marcada por el tribunal de apelación de Burdeos, Francia, que anuló el primer matrimonio gay consumado en junio de 2004 en la localidad de Begles. Para la justicia francesa la cuestión radica en modificar la ley, tarea de índole legislativa, dándole a los matrimonios homosexuales un marco legal. Así, en Francia la discusión también se da en torno al Código Civil. El fiscal que pidió la anulación del matrimonio citado, y que el tribunal aceptó, dijo que si bien la ley no dice que el matrimonio es únicamente entre un hombre y una mujer, cuando se sancionó el Código en 1804, nadie pensaba en matrimonios entre personas del mismo sexo.

Aún teniendo presente que en Francia el matrimonio entre personas del mismo sexo está prohibido así como la adopción por parte de parejas homosexuales, el Tribunal Supremo de Francia se pronunció en otro sentido a través de la sentencia que reconoció la paternidad compartida a los homosexuales, es decir, estableció que la pareja de un padre o madre homosexual puede ejercer autoridad paterna sobre el hijo del otro miembro de la pareja. El Tribunal establece dos condiciones para que haya cesión de la custodia: que existan “circunstancias particulares” que la justifiquen y que se haga “conforme al interés superior del niño”.⁵⁹ Esta decisión permitirá a la

⁵⁴ En Suecia, la anterior Ley de inscripción de parejas homosexuales, 1 de enero de 1995, expresaba en su capítulo II, artículo 2 que las parejas no podrán adoptar niños ni de manera conjunta ni individualmente.

⁵⁵ Gracias a la nueva ley de uniones civiles aprobada en marzo de 2005 y con entrada en vigor el 5 de diciembre de 2005, podrán casarse parejas del mismo sexo aunque no reconoce el término “matrimonio” pero reconoce los mismos derechos que tienen los matrimonios heterosexuales. El cantante británico Elton John se casó el 21 de diciembre de 2005 en el Ayuntamiento de Windsor, al igual que 687 parejas homosexuales británicas.

⁵⁶ Bridge, Caroline et Swindells, Heather, *Adoption. The Modern Law*, U.K., Family Law, 2003.

⁵⁷ Con entrada en vigor 30 de diciembre de 2005.

⁵⁸ Excepciones como es el caso de Hungría en donde, en 1996, fueron instituidos los mismos derechos y obligaciones tanto para las parejas heterosexuales como homosexuales, excepto el derecho a la adopción. Dinamarca, en 1998, los mismos derechos reconocidos a los matrimonios heterosexuales fueron otorgados a las parejas del mismo sexo salvo en la adopción en el caso en el que el niño no tenga vínculos consanguíneos con alguno de los miembros de la pareja”, Ibarra Sarlat, Rosalía, “Mariage entre personnes du meme sexe et le droit á l’adoption”, *Revista de Derecho Privado*, México, IJJA-UNAM, Nueva Época, Año II, núm. 4, enero-abril 2003, p. 43.

⁵⁹ Cuando hablamos del Interés Superior del Menor, tenemos presente este principio como la necesidad de dar unos padres, una familia, al menor de edad que carece de ella, o que aún teniéndola no le ofrecen la atención, protección o cuidados que el menor de edad requiere. El principio está reconocido internacionalmente, como principio toral en materia de adopción de menores, en el artículo 3 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derecho del Niño de 1989, en donde se expresa “... en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas, los órganos legislativos,

pareja de un homosexual que tiene un hijo tomar decisiones sobre el niño, tales como la firma de documentos escolares, la autorización para prácticas médicas. La decisión del Alto Tribunal se produjo tras un recurso presentado por la Fiscalía francesa contra el fallo de un Tribunal de Angers de junio de 2004 de conceder la autoridad paterna de un hijo a la pareja lesbiana de su madre. El Supremo ha considerado que, en caso de muerte de la madre biológica, su compañera sentimental no debería quedar imposibilitada legalmente para proseguir con la educación de los menores, función que ya desempeñaba satisfactoriamente en el caso particular.

Para culminar con este contexto internacional, este perfil comparado, tenemos que el gobierno de Sudáfrica ha dado luz verde para permitir matrimonios de personas del mismo sexo, aunque la reforma legal tendrá que ser ratificada por el Parlamento a finales de 2006. De ratificarse, Sudáfrica sería el primer país africano que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo. Esta propuesta toma en cuenta la Sentencia del Tribunal Supremo de Pretoria de 30 de noviembre de 2004 que declaraba que las personas del mismo sexo tienen derecho a contraer matrimonio entre sí.

5. El principio de igualdad y la prohibición de discriminación: ¿hacia dónde vamos?

En Europa, la Resolución del Parlamento Europeo de 8 de febrero de 1994, sobre la *Igualdad de derechos de los homosexuales y las lesbianas en la Comunidad Europea*, hizo patente la sensibilidad social respecto de las relaciones afectivas homosexuales y, por ello, la exigencia de un profundo debate jurídico que revisara, en función de valores como la libertad, la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad, los presupuestos que hasta ese momento habían sustentado el tradicional derecho de familia.⁶⁰

En dicha Resolución se instó a la Comisión Europea para que elaborara una Recomendación (disposición normativa de obligado cumplimiento para los países miembros) en la que “se deberá, como mínimo, tratar de poner fin ... a toda restricción de derechos de las lesbianas y los homosexuales a ser padres, a adoptar o a criar niños” (Reflexión General núm. 14, ap. Sexto).

Tanto la Resolución del Parlamento Europeo de 8 de febrero de 1994 como la Resolución de 16 de marzo de 2000, abogaban por eliminar cualquier discriminación por razón de sexo que pudiera existir entre las parejas de lesbianas o de homosexuales y las matrimoniales, llegando incluso a propugnar el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Hay otras Resoluciones como la de 17 de diciembre de 1998, (DOCE 29 de diciembre de 2000), y la de 15 de enero de 2003 (DOCE de 12 de febrero de 2004) en el que de sus contenidos se puede deducir que “no se impone una apertura del matrimonio a las parejas del mismo sexo, sino que, en este punto, al constatarse la diversidad de sistemas, se reclama una reflexión sobre el reconocimiento mutuo, tanto de las relaciones no matrimoniales como de los matrimonios entre

una consideración primordial que se atenderá será el interés del menor”. Asimismo, el artículo 21 de la mencionada Convención sobre los Derechos del Niño expresa, en referencia a la adopción internacional, que “... el interés superior del menor será la consideración primordial”. Tenemos, entonces que el Interés Superior del Menor se encuentra localizado en: 1. El respeto de sus derechos fundamentales como los de todos los individuos; 2. En el libre desarrollo de su personalidad.

⁶⁰ Talavera, Pedro A., “Las uniones homosexuales frente a la adopción”, *Sistema. Revista de Ciencias Sociales...* *op cit supra*, pp. 78 y 79.

personas del mismo sexo, pidiendo a la Unión Europea que desarrolle propuestas concretas al respecto”.

Por otra parte, en el Informe Anual sobre los Derechos Humanos en la Unión Europea (1995), de 21 de marzo de 1997, el Parlamento Europeo va más allá: “reitera su solicitud de que con arreglo a su Resolución de 8 de febrero de 1994 ... se prohíba cualquier tipo de discriminación y desigualdad de trato de los homosexuales, en particular, en lo que se refiere a la mayoría de edad sexual, así como a las desventajas en lo que se refiere a sus derechos laborales, civiles, contractuales, sociales, económicos, penales y de adopción (el subrayado es nuestro)” (núm. 142). Últimamente, en su Resolución sobre el Respeto a los Derechos Humanos en la Unión Europea, de 16 de marzo de 2000, vuelve a manifestarse en el mismo sentido, solicitando la plena equiparación jurídica de las parejas del mismo sexo con respecto a las de distinto sexo y a las casadas, “lo cual abarcaría el reconocimiento de la idoneidad a priori como adoptantes” (parágrafos 56 a 59).⁶¹

En principio, la apertura propuesta a través de la Recomendación europea no tuvo frutos inmediatos y tampoco impuso un concepto unívoco europeo de matrimonio o de familia.⁶²

La Ley danesa núm. 372, de 7 de junio de 1989, y la ley noruega de 1 de agosto de 1993, de Registro de Parejas, previeron que la Ley sobre Adopción relativa a los esposos no será aplicable a los convivientes o parejas registradas. Más restrictiva fue la ya derogada ley sueca de Parejas Registradas, de 23 de junio de 1994 que excluyó a la pareja registrada de la posibilidad de adoptar niños o de ser nombrados conjuntamente para el ejercicio de la custodia de un menor y en el mismo sentido el “Pacto Civil de Solidaridad” francés, el PACS 99-994, de 15 de noviembre de 1999, que no alude a la adopción entre los efectos que concede a las parejas unidas por dicho pacto.

Tal y como expresa García Rubio, dentro del ámbito internacional es especialmente reseñable dar cuenta de la situación que se desprende del estado actual de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Derecho de la Unión Europea⁶³ y así es denotativo la notable preocupación por excluir cualquier discriminación por razón de la orientación sexual y adaptarse a la cambiante realidad social que supone la equiparación de derechos de la unión matrimonial a las parejas de hecho del mismo sexo tal y como acabamos de ver en su mayoría, y como ejemplos de ello, tenemos las sentencias de 21 de febrero de 1999, caso Salgueiro da Silva Mouta,⁶⁴ 26 de febrero de 2002, caso Fretté; 22 de octubre de 1981, caso Dudgeon; 22 de abril de 1993, caso Modinos; 24 de julio de 2003, caso Karner.⁶⁵

La base fundamental es, y debe ser, un marco de igualdad real en el disfrute de los derechos sin discriminación alguna por razón de sexo así como en la promoción de la igualdad efectiva de los ciudadanos, en el libre desarrollo de su personalidad así como la libertad en las formas de convivencia.⁶⁶

⁶¹ Idem.

⁶² Lamas, Marta, “Orientación sexual, familia y democracia”, *Nexos*, noviembre 2005, pp. 37 y ss.

⁶³ García Rubio, María Paz, “La modificación... *op cit supra*, p. 1119.

⁶⁴ En el caso concreto Salgueiro da Silva Mouta, se apreció la vulneración del artículo 8 del Convenio de Roma en un caso en que se denegó la atribución de la patria potestad al padre sobre la base de su homosexualidad.

⁶⁵ Pous de la Flor, María Paz, “La institución familiar en las parejas del mismo sexo”, *La Ley*, núm. 6276 (17 de junio de 2005), p. 1887.

⁶⁶ García Rubio, María Paz., “La modificación del Código Civil... *op cit supra*, p. 1118.

Llegados a este punto, debemos cuestionarnos ¿hacia dónde vamos? dado que es obvio que nos cuesta un gran esfuerzo romper barreras y acabar con estereotipos establecidos.

Desde hace ya varios años trabajamos el tema de la adopción internacional y hemos tenido en mente el tema de la adopción homoparental, casi siempre, y casi sin poder evitarlo, al visualizar adopciones monoparentales, adopciones realizadas por parte de solteras, fundamentalmente, adopciones éstas que han sido objeto de grandes reflexiones.

Este es un tema que lleva un proceso de madurez, de trabajo y estudio arduo que siempre debe de ir de la mano del rigor científico.⁶⁷

Si en un contexto reciente, la familia se articulaba en torno a un hombre y una mujer unidos en matrimonio indisoluble, a esta modalidad se le han sumado otras: las parejas no matrimoniales llamadas “de hecho”, las unidades familiares monoparentales –solteras/os, viudos/os, separados/as, divorciados/as-, las parejas reconstituidas tras procesos de divorcio⁶⁸ y últimamente,

⁶⁷ Si hablamos de la necesidad de atender el rigor científico tenemos, entonces, que atender y confiar en el enorme número y la seriedad de los trabajos que respaldan la adopción por parejas del mismo sexo invocando que no se perjudica “en absoluto” la salud psicosocial de los adoptados, de hecho, no hay ningún estudio que demuestre que los niños de parejas homosexuales tengan desventaja alguna en ningún aspecto significativo; incluso se demuestra que el ambiente que procuran en el hogar es “tan adecuado” como el de padres heterosexuales para permitir el desarrollo de los niños. Hay, sin lugar a dudas, una profunda división de opiniones en la comunidad científica y de las profundas divergencias existentes en las sociedades occidentales sobre las “consecuencias para los niños” de ser educados por “uno o más padres homosexuales”. Los juristas no tenemos las herramientas para valorar el rigor o la certeza de tales manifestaciones pero podríamos, con la mejor intención, considerar a la mayoría que coincide en estos términos.

Son muchas las manifestaciones que desde las áreas psicológicas, psiquiátricas y de trabajo social se están vertiendo y como ejemplo tenemos los diferentes eventos y publicaciones en revistas profesionales.

David Brodzinsky, psicólogo de la Universidad Rutgers de Nueva Jersey (EE.UU.), defiende que “la visibilidad de las familias gays acabará con los prejuicios y que hay más de 50 estudios que demuestran que éstas son como las demás”, e incluso, yendo más allá la Dra. en Medicina y Psicoanalista, Emilce Dio Bleichmar, se expresa acerca de la decisión madura del deseo de adoptar de estos matrimonios homosexuales dado que “en la familia homoparental no existe el embarazo de penalti, los hijos son siempre deseados”. <http://www.fem-xarca.net/observador/index>. Se trata de un planteamiento que no sólo cambiará las vidas de estas parejas sino que obligará a replantear algunos aspectos de la relación entre padres/madres e hijos/as en las parejas heterosexuales.

En definitiva se defiende el derecho de todos los niños a una protección legal. <http://www.adopcionhomoparental.com/>

Debemos apoyarnos y confiar en el conocimiento científico, en el rigor científico y descartar presunciones “evidentes” *a priori*, y esto se explica, creemos que de manera clara, cuando hace unos años, ante la separación de una pareja por adulterio, se fundamentaba que “el padre adúltero no podía proporcionar un entorno aceptable para la educación de sus hijos”, hoy, sin embargo, pensamos que la fidelidad conyugal no determina la capacidad o competencia de un progenitor para educar y criar a sus hijos. De igual manera se daba por supuesto que, en los casos de padres separados, las dificultades escolares o los problemas de conducta de los hijos, estaban directamente relacionadas con esa situación; hoy sabemos que uno de los factores que más inciden en estas dificultades son precisamente los conflictos entre los padres, aunque no haya separación ni divorcio. Como dato de interés, vemos cómo en 2006 en la Unión Europea se rompe un matrimonio cada 33 segundos y que en estas rupturas se ven afectados más de 16.000.000 de menores

<http://www.infocopo.es>. Véase, asimismo, Quiñones Escamez, Ana, Ortuño, P., et Calvo Babío, Flora (Coords.) Crisis matrimoniales. Protección del menor en el marco europeo (Jornadas de cooperación judicial europea celebradas en Madrid los días 25, 26 y 27 de octubre de 2004), Madrid, Edit. La Ley, 2005.

⁶⁸ Cada vez con mayor frecuencia las relaciones familiares no se limitan a las personas que mantienen vínculos de consanguinidad o afinidad por matrimonio, sino que se ha ampliado el tipo de relaciones entre adultos y menores sin ningún vínculo previo, por tratarse de familias “reconstituidas”, es decir, que después de un divorcio uno de los progenitores se ha vuelto a casar y el nuevo miembro no es padre o madre biológica. En las adopciones también se da

como venimos constatando, se han hecho visibles, reivindicando su dignidad y su igualdad, las parejas formadas por dos hombres o dos mujeres.⁶⁹

Cuando manifestamos, invocando principios de justicia social, una igualdad entre el varón y la mujer y un principio de prohibición de discriminación en todos los niveles y de ahí un principio de igualdad de oportunidades; la ley en sintonía con lo anterior, debe reconocer, en igualdad de condiciones, a todas las formas de unidad conyugal y a todas las modalidades familiares y de esta manera no debe excluir *a priori* a aquellas uniones matrimoniales homosexuales para que pueda acoger a un menor en adopción.

Si legislar supone, en cierto modo, trasladar al Derecho la conciencia y los valores de la sociedad, en un determinado momento, parece claro que los sujetos, las pautas y las condiciones idóneas generales para la adopción deben ser establecidas por lo que la sociedad entiende y percibe como más conveniente para la protección de los intereses del menor,⁷⁰ en este caso el derecho del menor a tener una familia.

Paralelamente, tenemos que decir que la Administración competente debe examinar, con el mayor rigor posible, toda adopción antes de concederla, y debe velar en todo momento por el Interés Superior del Menor, por los derechos del menor adoptado.

Asimismo, en congruencia con la defensa de los derechos fundamentales de la persona debería reconsiderarse, legal y socialmente, que una pareja homosexual pueda solicitar menores en adopción sin olvidarse que, por regla general, los diferentes ordenamientos jurídicos no impiden la adopción de forma individual, y que se consideren todos aquellos elementos que indiquen la idoneidad para educar debidamente a menores carentes de familia.⁷¹ La idoneidad de homosexuales para la adopción⁷² y sus capacidades para atender adecuadamente las necesidades de niños y niñas tiene que ver con la idoneidad de estas personas para ser adecuadas figuras de apego, que

este fenómeno, en el que el hijo o la hija adoptada de una pareja de distinto sexo tiene muchas cosas en común con los hijos y las hijas de estas familias reconstituidas o que han adoptado a un hijo. Aguinaga Rousan, Josune, “Las estructuras familiares bajo el prisma de un sistema de relaciones éticas”, *Abstract I Congreso Estatal sobre homosexualidad e identidad de género. La adopción homoparental*, Cáceres, España, 13-14 octubre 2005, <http://www.adopcionhomoparental.com>

⁶⁹ En el que se procura dar una cobertura legal y una “cosmética jurídica” según la expresión de Calvo Caravaca, Alfonso-Luís et Carrascosa González, Javier, “Aspectos internacionales... *op cit supra*, p. 682 al referirse a “los efectos de un `matrimonio` y los efectos de una `unión civil entre personas del mismo sexo` son los mismos, es fácil percibir que la diferencia es una cuestión de cosmética jurídica”.

⁷⁰ Talavera, Pedro A., “Las uniones homosexuales... *op cit supra*, p. 94.

⁷¹ Eso sí, sin olvidar que “no hay ningún derecho a adoptar...” Corral García, Eduardo, “Comentarios sobre algunos aspectos problemáticos –y polémicos– referentes a la adopción nacional e internacional”, *Revista Derecho Privado*, Madrid, Mayo-Junio 2004, p. 273.

⁷² Los criterios de idoneidad para la adopción son: 1. Perfiles personales sanos y ajustados (buena salud mental; alta autoestima y adecuados recursos personales y económicos); 2. Capacidades educativas adecuadas (buen conocimiento del desarrollo infantil y de cómo intervenir en él; desarrollo de estilos educativos adecuados tales como el afecto, comunicación, normas, exigencias y disciplina razonadas); 3. Dinámica familiar saludable (según los padres: relaciones familiares estructuradas y con normas, al tiempo que flexibles y con lazos afectivos estrechos pero favoreciendo el desarrollo individual de sus miembros. Según los hijos: familias en que se les acepta y quiere, se preocupan por ellos, se alienta su autonomía y existe escaso conflicto); 4. Apoyo social (redes sociales amplias, implicación y apoyo de abuelos y otros familiares) y 5. Actitud ante la adopción (Adopción muy deseada y meditada, buscada tras proceso de constitución de identidad homosexual). González, María del Mar, “Adopción y homoparentalidad en España. Datos de investigación”, *I. Congreso Estatal sobre homosexualidad e identidad... op cit supra*.

es uno de los roles esenciales en la relación cuidador-niño y una de las claves en el desarrollo psicológico y esto es lo que se debe atender de manera primordial.⁷³

Que no queden “encubiertas” bajo una adopción individual, adopciones de parejas homo-sexuales sin que la Autoridad Central determine la idoneidad de las dos partes.

Quizás tendríamos que plantearnos no tanto la adopción homoparental como causa de escándalo sino visualizar el verdadero escándalo en el número de niños institucionalizados, niños que no son preferidos, que no son elegidos en una adopción como bien pueden ser grupos de hermanos, niños “mayorcitos” o niños con algún tipo de discapacidad.

Descartar esa doble moralidad que caracteriza a la raza humana, en general, y ver que ésta es una cuestión de tiempo, que conforme pasa el tiempo y nos vemos inmersos en ciertas circunstancias, por supuesto que por asimilación consciente, deja de parecerse escandaloso aquello que poco a poco pasa a ser cotidiano. Pasamos del debate ético/moral al debate más importante que es el bienestar de los menores, la protección de los mismos y su interés superior.

Se abre, por lo tanto, un nuevo campo de trabajo y reflexión para los expertos en la materia que tratan de defender los derechos de los menores. La institución de la adopción tiene por objeto ofrecer a menores que no están insertos en un núcleo familiar, por una diversidad de razones, la oportunidad de que puedan vivir y educarse en el marco de una familia que les dé amor, protección y los cuidados necesarios.

Por todo ello insistimos en dejar en las manos de los especialistas en la materia la valoración de la idoneidad o no para adoptar a un menor, por parte de un matrimonio homosexual.

II. CONCLUSIONES

Consideramos que éste es un debate obligatorio y, en lo personal, un gran debate interno que lucha por ser congruente, independientemente de las creencias, sino desde los dictámenes de nuestra conciencia, que va encaminada a la búsqueda de soluciones armoniosas dentro del respeto tanto de las divergencias como de los derechos fundamentales.

1. Por una parte, ante familias multiculturales, vemos la interactuación del Derecho internacional privado como la rama del Derecho a la que le corresponde tender puentes entre civilizaciones dispares que coexisten en un mismo territorio, aportando soluciones adecuadas que compatibilicen el respeto a la identidad cultural de los individuos con los principios constitucionales básicos de un sistema jurídico concreto.

2. El Derecho está llamado a ocupar un papel central al deber armonizar la diversidad cultural, religiosa, sexual, etcétera de los “nuevos” interlocutores sociales, con el respeto absoluto de los valores constitucionales. Esta diversidad de manifestaciones genera multitud de “desencuen-

⁷³ No obstante, los argumentos en contra no deben de ser ignorados porque implican como mínimo una dificultad de origen social que no sería razonable menospreciar. Al contrario, tal dificultad debe ser tomada en consideración con seriedad, entre otras cosas para tomar conciencia y preveer un reto que se añade a todos los ya implicados en el ejercicio del papel de madres o padres. López, Félix, “¿Es idónea la familia homoparental para el desarrollo de niños y niñas?”, *Memorias del I Congreso Estatal... op cit supra*.

tros” y “desacuerdos” en el ámbito del Derecho de familia que reclaman reconocimientos en los diferentes ordenamientos jurídicos.

3. Los sistemas legales se enfrentan a instituciones y prácticas desconocidas a las que tienen que dar respuesta ya sea estableciendo principios por encima de la ley nacional, como es la de admitir la separación de un matrimonio constituido bajo el rito musulmán o cuestiones que aún no han sido rebasadas como la celebración del matrimonio coránico, el repudio islámico, la poligamia o el papel de la mujer en las instituciones familiares.

4. En definitiva, hablamos de la voluntad de establecer estrategias adecuadas para una verdadera integración.

5. México conceptualiza el matrimonio como la unión heterosexual, voluntaria, de coexistencia, de perpetuación de la especie y de ayuda y asistencia. El derecho positivo mexicano, en su artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal exige la heterosexualidad como un elemento constitutivo del matrimonio.

6. México aún dista mucho de concebir “matrimonios” homosexuales pero no debe de perder de vista el rumbo que toman cuestiones de ésta índole porque tendrá, en un momento determinado, que tomar posturas al respecto.

7. México, tampoco debe olvidar que dado su consagración del derecho a la igualdad y su interés en ser parte del respeto a las diferencias, no debe ignorar estos debates en el que preconizan nuevos retos que se están gestando en el mundo del derecho y en concreto concepciones de la familia diferentes, sin perjuicio ni menoscabo alguno a los principios y valores consagrados en su Carta Magna. Una prueba de ello lo tenemos en la aprobación el 9 de noviembre de 2006 de la Ley de Sociedades de Convivencia para el Distrito Federal, erigiéndose así en la primera legislación de esta naturaleza en el país.⁷⁴

8. Las lesbianas y los homosexuales en México, en España y en cualquier otro país, adoptan menores desde el momento en el que sus ordenamientos jurídicos admiten la adopción por solteros; la adopción individual.

La cuestión se dificulta cuando, con respecto a la adopción nacional, con posterioridad el adoptante se casa con persona del mismo sexo y la Autoridad Central no dio la idoneidad a la pareja y queda desprotegido el menor ante la falta de un estudio exhaustivo y verificación de dicha idoneidad en pro del interés superior del menor. Estamos ante un caso en el que la Administración no valora a su pareja como adoptante y los derechos del niño quedan desprotegidos.⁷⁵ Es

⁷⁴ Se aprobó por la Asamblea Legislativa con 43 votos a favor, 17 en contra y 5 abstenciones. Fue una ley discutida durante casi seis años. En el mismo sentido en el Estado de Coahuila proponen reformar 10 artículos de su Código Civil. En ambos casos se pretende regular la convivencia, heterosexual y homosexual, para que se adquieran derechos y obligaciones pero no se trata de concebir “matrimonios” entre personas del mismo sexo. Se trata de buscar mejores niveles de bienestar.

⁷⁵ Es lo que ya se ha denominado Derechos gays vs Derechos del niño. La Secretaria de Familia del gobierno comunal de Barcelona, Montserrat Tur, afirmó que prohibir la adopción a parejas homosexuales vulnera los derechos del niño. “En beneficio del niño que ha de ser adoptado o acogido queremos saber a dónde va aquel niño, a qué familia va. Si hay dos personas en esa familia queremos conocerlas a las dos y queremos decir si son idóneas las dos, porque es la única manera en que podemos asegurar que los derechos del niño están protegidos y no serán vulnerados”. <http://www.diariojudicial.com>

buena parte del sustento legal y moral para que tanto homosexuales como lesbianas obtengan el derecho legal de adoptar niños y evitar las adopciones de *forma individual*.

En cuando a la adopción internacional, la falta del certificado de idoneidad, puede afectar a los acuerdos con países de procedencia de los adoptados.

9. Como ya manifestamos, la reflexión en el tema de las adopciones homoparentales ha atravesado una serie de posturas que han ido sucediéndose desde la negativa hasta la admisión paulatina de la misma y esto ha sido producto de la reflexión y de la necesidad de darle coherencia al discurso que se proyecta desde la academia, desde el Derecho.

10. Es un hecho que ha habido una apertura del “matrimonio” a personas del mismo sexo, sin dejar de darle, por supuesto, la preponderancia a la tradición heterosexual, pero hay una realidad nueva a la que debemos atender.

La adopción, por el contrario, sigue estando vetada, de facto, para las parejas homosexuales alegando causas que no dejan de tener coherencia. El problema radica en que existe tal crisis familiar, a nivel mundial, que lo coherente es verificar cuál es el interés superior del menor, ya sea que radique en el seno de una familia heterosexual, monoparental u homosexual.

11. Las relaciones familiares futuras tienen marcados unos principios básicos tales como forjarse, la familia, como un modelo de ayuda mutua bien equilibrada y constituirse, como otro principio básico, un tipo de ética racional que sea capaz de ayudar a las familias a adaptarse a las nuevas situaciones sociales.

12. Vemos cómo en Europa fundamentalmente se avanza, cada vez más, en el reconocimiento de derechos a parejas homosexuales,⁷⁶ sumándose a la cada vez más extendida unión civil, la posibilidad de adoptar ya no sólo nacional sino internacionalmente. Todo ello tiene un sentido si hablamos de la protección, nacional e internacional, del menor, ya que la mayoría de las parejas homosexuales europeas tenían ya a su cargo niños adoptados por uno solo de los cónyuges o hijos biológicos de uno de ellos, pero al no reconocerse su filiación al otro miembro de la pareja, los menores tienen menos protección jurídica que sus pares de familias tradicionales. “La ley debe proteger al más débil y el más débil es quien no está protegido por ella”, en este caso el menor e incluso, en el caso de las parejas homosexuales, a una de las partes, ya que uno de sus padres o madres no era reconocido por la ley como tal.

13. La importancia de la norma, matrimonios entre personas del mismo sexo, no es tanto para la adopción conjunta, dado la falta de niños susceptible de adopción en los países, en general, y los impedimentos en el extranjero, sino para las parejas de las madres o padres que ya tienen hijos a su cargo.

14. No cabe plantear la adopción de menores como un derecho de un matrimonio, de una pareja, sino como protección de la minoridad, sustentando su interés superior.

⁷⁶ <http://www.diariojudicial.com/nota.asp>

La Asamblea Nacional francesa aprobó en enero de 2006 un informe sobre la familia, que ratifica la oposición al matrimonio homosexual y a la adopción por parte de personas del mismo sexo; sin embargo, también se decidió ampliar los derechos de las parejas de hecho, tales como la pensión de viudez, lo que incluye también a las uniones homosexuales.

15. Quizás la balanza se deba inclinar más por una cuestión de idoneidad, no de orientación sexual.

16. Es necesario que el orden jurídico regule las nuevas formas de convivencia para garantizar igualdad, seguridad jurídica y todos los derechos fundamentales a los miembros de la sociedad. El concepto de matrimonio cambia en el espacio y en el tiempo.