

# Anuario de los cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián [Vol. XIV. Diversidad sexual: mecanismos de protección internacional o respuestas de protección desde el Derecho Internacional]. 1ª ed., septiembre 2015

## 2 Adopción internacional y orientación sexual

SANTIAGO ÁLVAREZ GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho Internacional Privado. Universidad de Santiago de Compostela

### Sumario:

1. ¿Cuál es el objeto de estas reflexiones?
2. ¿Qué es una adopción?
3. ¿Qué es una adopción internacional típica (para España)?
4. ¿Cuál es la estructura normativa de una adopción internacional?
5. ¿Qué influencia ha tenido o tiene el sexo o la orientación sexual de los adoptantes en la adopción internacional?
6. ¿La discriminación afecta a toda adopción internacional?
7. ¿Es indefectible aceptar esta heterogeneidad valorativa?

### 1. ¿CUÁL ES EL OBJETO DE ESTAS REFLEXIONES?

1. Hablar del título que preside estas reflexiones en España y en 2014 resulta un poco embarazoso. Debería ser, si se me permite la boutade, como hablar de adopción internacional y rubios o adopción internacional y ferroviarios. Pero lo cierto es que no lo es. Lo cierto es que «hay tema» donde no debería haber nada. Y lo hay no porque nuestro ordenamiento jurídico distinga donde no hay que distinguir, sino porque lo internacional implica un grado de complejidad e incomodidad adicional; conlleva un riesgo que no se puede controlar totalmente, pues los Estados y los particulares han de asumir que hay más de un punto de referencia, hay más de un ordenamiento jurídico implicado, más de un sistema de autoridades. El objetivo de estas reflexiones no es otro que poner de manifiesto esta idea de incapacidad radical para imponer un modelo de adopción internacional en el que la orientación sexual de los adoptantes tenga tanta importancia como el color de su pelo. Incapacidad radical que no solo afecta, como por otro lado es obvio, a los singulares legisladores nacionales, imposibilitados de «imponer» su modelo, aunque sea el más respetuoso del mundo con la orientación sexual; tampoco cuando los Estados deciden cooperar de forma institucionalizada se consigue, o se ha conseguido hasta la fecha, erradicar la discriminación por la razón expuesta.

2. Para tratar de explicar la descorazonadora afirmación del párrafo anterior describiré secuencialmente qué es una adopción hoy en día; qué es una adopción internacional hoy en día para España; cuál es la estructura normativa de una adopción internacional en la actualidad y, por último, qué significado tiene el sexo y la orientación sexual de los adoptantes en una adopción internacional. Estos temas los desarrollaré sintéticamente, haciendo hincapié en lo que más me interesa en cada caso en orden a determinar, precisamente, el significado de la orientación sexual. No serán descripciones exhaustivas, sino orientadas al tema que nos ocupa.

### 2. ¿QUÉ ES UNA ADOPCIÓN?

3. La respuesta que más me interesa –de las múltiples posibles– es que una adopción hoy en día es una forma o, para ser más preciso, una *medida de protección de menores*. Esta es la esencia y esta esencia conlleva algunas afirmaciones que pueden resultar sorprendentes pero que estimo necesarias: no es esencialmente un título de legitimación de la filiación (que también); no es un derecho de los potenciales adoptantes y, probablemente, no es un derecho de los potenciales adoptandos. Y en cuanto medida de protección de un menor es una *creación jurídica* que puede tener, y de hecho tiene, tantas manifestaciones distintas como quiera cada legislador. Obviamente, excluyo de mi discurso la adopción de personas

mayores, cuya realidad y problemática nada tiene que ver con lo que ahora nos interesa.

Esta primera constatación no es ociosa desde un punto de vista práctico: considerar, como en épocas pretéritas, que la adopción es una forma de establecer un vínculo de filiación entre dos o más personas pone el énfasis en la figura de los adoptantes y en sus características. No es casual que, por ejemplo, hasta hace no demasiado tiempo la ley aplicable a la adopción internacional era la ley nacional del adoptante y los tribunales de su nacionalidad fuesen los competentes para la constitución de la adopción (art. 9.5 CC surgido de la reforma del Título Preliminar en 1974). Por el contrario, poner el acento en la figura del menor necesitado de protección hace que sea su persona el centro de gravedad y su interés el superior parámetro que ha de gobernar tanto el régimen jurídico de la adopción –si existe– como su aplicación.

4. Por último, de esta somera descripción se desprende que la propia realidad de la adopción (y de la adopción internacional como derivada) es absolutamente contingente y, sobre todo, plural. La contingencia significa que es plenamente posible que la adopción no exista como esa creación jurídica a la que me he referido. Nada impide a un legislador no regularla o, incluso, erradicarla de su ordenamiento jurídico. La pluralidad significa que, dada su existencia, la concreta configuración puede variar enormemente de un Derecho a otro. Ni siquiera tenemos que salir del ordenamiento jurídico español para percatarnos de esta realidad: el pluralismo jurídico constitucionalmente consagrado hace que la adopción tenga o pueda tener fisonomías distintas en cada una de nuestras Comunidades Autónomas. Precisamente porque es una medida de protección de menores, todas las Comunidades han asumido competencia sobre el tema, al menos por la vía del art. 148.1.20 (Asistencia social), sin perjuicio de la legislación civil o penal; todas tienen una normativa que puede facilitar en mayor o menor medida la tramitación de una adopción y algunas, las que también tienen competencia en materia de legislación civil, tienen o pueden tener su propia regulación sustantiva sobre el tema: nada impide que, por ejemplo, Cataluña o Navarra o cualquier otra Comunidad con Derecho civil propio decida tener, en el ejercicio de sus competencias, dos tipos de adopción, plena y simple, o incluso más; o que decida establecer una edad mínima para adoptar superior o inferior a cualquier otra del resto de España.

5. Volviendo sobre el tema que nos ocupa, se constata también esta idea de contingencia cuando comprobamos que algunas de las Comunidades autónomas han tenido un especial protagonismo en la elaboración de normas relativas a la adopción y la orientación sexual. Curiosamente, no se trató el tema desde el punto de vista del adoptando, sino desde la perspectiva de los adoptantes, y no pensando en la adopción como centro de la regulación, sino al hilo de la regulación de las parejas no casadas. Se trataba de reconocer derechos a los adoptantes –con independencia de su orientación sexual– y no derechos a los niños necesitados de protección. La Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, fue la primera que consagró que « *los miembros de la pareja estable podrán adoptar de forma conjunta con iguales derechos y deberes que las parejas unidas por matrimonio* ». Le siguió la Ley 2/2003, de 7 de mayo, del País Vasco, también reguladora de las parejas de hecho: « *Los miembros de parejas formadas por dos personas del mismo sexo podrán adoptar de forma conjunta, con iguales derechos y deberes que las parejas formadas por dos personas de distinto sexo y las parejas unidas por matrimonio* »; más tarde Aragón (Ley 6/1999, en su modificación por la Ley 2/2004, de 3 de mayo) y luego Cataluña (Ley 10/1998, en su modificación por Ley 3/2005, de 8 de abril). Con posterioridad a la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, la Disposición Adicional 3ª de la Ley 2/2006, de Derecho civil de Galicia, equiparó con carácter general las parejas estables al matrimonio, extendiendo a los miembros de la pareja «los derechos y las obligaciones que la presente ley reconoce a los cónyuges», entre los que se encuentra la adopción conjunta.

La legislación civil común ha silenciado el tema de la adopción conjunta por parejas de igual sexo, en un contexto en el que la orientación sexual carece de relevancia en la adopción monoparental y en la adopción conjunta por cónyuges. En la adopción por parejas estables, sin embargo, parece haber un agujero, motivado, probablemente, por un mero olvido. Mientras que ya en la reforma operada por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modificaron determinados artículos del Código civil y de la Ley de enjuiciamiento civil en materia de adopción, se añadió una norma equiparando la adopción por parejas heterosexuales a la adopción por los cónyuges, la citada Ley 13/2005 no dijo nada al respecto. En concreto, la DA Tercera de la Ley 21/1987 señala que « *Las referencias de esta Ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor serán también aplicables al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de efectividad análoga a la conyugal* ». Lo propio hubiera sido una adaptación de la normativa en 2005.

6. En cualquier caso, lo más interesante de este panorama es, por un lado, que la adopción por adoptantes con independencia de su orientación sexual ha tenido su centro de gravedad en la figura del adoptante y no del adoptando; que ha existido y sigue existiendo una heterogeneidad sorprendente dentro de España, cuando la Constitución es una y única desde 1978, y desde esa fecha ha de considerarse erradicado todo tipo de discriminación; y que, si se me permite, la heterogeneidad en los distintos derechos de las Comunidades Autónomas introdujo un elemento de complejidad llamativo en cuanto a cuándo regía una ley y cuándo otra: la tradicional idea de que «en Navarra o en Cataluña ya pueden adoptar las parejas de igual sexo» no era más que una simplista reducción de una realidad más compleja: ¿quién puede adoptar?, ¿los residentes?, ¿los que poseían vecindad civil?; en este segundo caso, ¿ambos adoptantes habrían de poseer vecindad civil navarra, vasca, aragonesa o catalana o bastaba que uno de los miembros de la pareja tuviese tal vecindad? Árboles que, en todo caso, no deben hacernos dejar de ver el bosque: el parlamento navarro había decidido que las parejas del mismo sexo pudiesen adoptar conjuntamente, mientras que el balear, el gallego o el del Estado no.

7. Conscientes de la evolución y la situación actual de la regulación sin salir de nuestro ordenamiento jurídico, nos será más fácil hacernos una idea de la enorme heterogeneidad posible que puede ofrecernos el Derecho comparado.

### 3. ¿QUÉ ES UNA ADOPCIÓN INTERNACIONAL TÍPICA (PARA ESPAÑA)?

8. El desasosiego que he tratado de introducir en el apartado anterior aumenta cuando reparamos en qué es una adopción internacional típica hoy y para nuestro país. La pregunta no es baladí, puesto que el concepto de adopción internacional es poliédrico y la misma realidad puede ser vista de forma muy diferente en función del punto de vista que adoptemos. Por un lado, adopciones internacionales son las que se producen en España en relación con menores extranjeros que se hallan también en nuestro país. No se trata de adopciones típicas desde un punto de vista estadístico y en relación al tema que nos ocupa pienso que no presentan especialidades reseñables respecto de las adopciones meramente nacionales.

En el caso de las adopciones internacionales típicas, la cosa cambia. La adopción de un menor procedente de China o de Etiopía por adoptantes españoles que viven en España es una realidad cuyos intereses son muy distintos en función de que nos situemos en la perspectiva china o en la española. Los intereses que envuelven una adopción internacional –la misma adopción internacional– son distintos en función que puedan calificarse como intereses del Estado de origen del menor o intereses del Estado de destino. Y esa adopción internacional es el resultado necesario del compromiso entre esos dos polos de intereses. No cabe una «imposición» de un solo punto de vista. Y esto también vale para la adopción por parte de personas solas (adopción monoparental) o para la adopción conjunta por dos personas del mismo sexo (adopción homoparental). Esto que en un plano teórico, del deber ser, puede plantear cierta reticencia, en la práctica está –como no puede ser de otro modo, con las salvedades que más adelante veremos– absolutamente interiorizado. Cuando una administración informa, por ejemplo, de los requisitos que se exigen en Rusia para la adopción internacional, ha de advertir que «...Quedan excluidas aquellas solicitudes de matrimonios del mismo sexo y aquellas familias monoparentales nacionales de ó residentes en estados cuya legislación establece la legalidad del matrimonio homosexual», como hace, por ejemplo, el Gobierno de Extremadura, de cuya web he extraído el entrecomillado. La adopción internacional típica es cosa de dos ordenamientos jurídicos; de dos concepciones de justicia que pueden coincidir o no. Esta idea es especialmente visible analizando la normativa que gobierna las adopciones internacionales.

### 4. ¿CUÁL ES LA ESTRUCTURA NORMATIVA DE UNA ADOPCIÓN INTERNACIONAL?

9. Las normas que disciplinan una adopción internacional típica se reparten, como en la mayoría de temas que afectan a las situaciones privadas, personales o familiares, con elemento de extranjería en varios niveles: el de la cooperación internacional, el de la normativa doméstica estatal y, en el caso español, el de la normativa autonómica. Todos ellos tutelados por una cada vez más constante presencia de la normativa internacional de derechos humanos.

10. El primer nivel normativo lo constituyen los convenios internacionales, entre los que sobresale por derecho propio el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección de derechos del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional. La importancia de este convenio traspasa su propia consideración como pacto o compromiso entre los Estados vinculados. El gran número de Estados parte (93 en 2014) no es más que una muestra de su trascendencia y de la influencia que ha tenido en los últimos años en la regulación de las adopciones internacionales. La propia Ley 54/2007, de adopción internacional, no duda en acogerlo o recibirlo como soporte axiológico, cuando en su art. 3, dedicado a los «Principios informadores de la adopción internacional», señala que

*La adopción internacional de menores respetará los principios inspiradores de la Convención de Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y del Convenio de La Haya, de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección de derechos del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional.*

*A tal fin, la Entidad Pública competente, en la medida de lo posible, incluirá los estándares y salvaguardas del Convenio de La Haya, de 29 de mayo de 1993, en los acuerdos relativos a la adopción internacional que suscriba con Estados no contratantes del mismo.*

Desde la propia Conferencia de La Haya se alienta esta especie de proyección más allá de los Estados parte. En las Conclusiones y recomendaciones e informe de la Comisión especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional (17-25 de junio de 2010) se puede leer que:

*36. The Special Commission reiterated the recommendation that Contracting States, in their relations with non-Contracting States, should apply as far as practicable the standards and safeguards of the Convention.*

Pues bien, este instrumento descansa sobre la cooperación y el acuerdo para el caso concreto entre dos visiones, dos reglamentaciones de la adopción, la del Estado de origen y la del de destino, que pueden ser más o menos afines. Ciertamente, ambas, por el hecho de haber integrado en su seno las exigencias del Convenio, obedecen al común denominador de la protección del supremo interés del niño. Pero ya se sabe que el «numerador» puede no ser común y que, además, una categoría de contenido variable como el «interés del niño» se presta a múltiples lecturas. En cualquier caso, me interesa destacar algunos puntos de esta cooperación en los que autoridades del Estado de origen y del Estado de destino han de ponerse necesariamente de acuerdo, lo que, en su caso, implicará transacción, aceptación de lo diferente.

Paradigmático de esta idea es su art. 17, a cuyo tenor:

*En el Estado de origen sólo se podrá confiar al niño a los futuros padres adoptivos si*

*a) la Autoridad Central del Estado de origen se ha asegurado de que los futuros padres adoptivos han manifestado su acuerdo;*

*b) la Autoridad Central del Estado de recepción ha aprobado tal decisión, si así lo requiere la ley de dicho Estado o la Autoridad Central del Estado de origen;*

*c) las Autoridades Centrales de ambos Estados están de acuerdo en que se siga el procedimiento de adopción; y*

*d) se ha constatado, de acuerdo con el artículo 5, que los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para adoptar y que el niño ha sido o será autorizado a entrar y residir permanentemente en el Estado de recepción.*

La adopción es cosa de dos.

11. Completando el Convenio de La Haya (y otros convenios menores sobre el tema) en lo por él no regulado y sustituyéndolo en lo por él regulado en las relaciones con Estados no parte en el mismo, la LAI es otra pieza importante en la estructura normativa de la que hablamos. Al tratarse de una normativa unilateralmente elaborada por el legislador estatal español disfruta de un mayor grado de libertad de configuración de reglas, condiciones y requisitos. Obviamente, está sujeta a la Constitución y su visión de la orientación sexual en el tema de la adopción internacional es simple: no se dice nada. Realmente no es necesario. Hay una regla genérica (un tanto llamativa) en la que se establece que « *En el proceso de declaración de idoneidad, se prohíbe cualquier discriminación por razón de discapacidad o cualquier otra circunstancia* ». Lo llamativo es la especial alusión a la «razón de discapacidad». En cuanto al sexo o la orientación sexual, nada se dice, salvo en lo que atañe al adoptando (que no puede ser discriminado por razón de sexo).

En fin, que la LAI es una norma típica de una sociedad democrática desarrollada en la que no hace falta incidir en lo obvio. Sin embargo, la realidad de la adopción internacional no cambia: sigue siendo cosa de dos y hay que contar con lo que el ordenamiento extranjero diga y con la visión que el ordenamiento extranjero tenga del interés del menor y de la capacidad e idoneidad de los adoptantes. ¿Puede hacerse algo para proyectar nuestros intereses y valores en una adopción internacional en la que el Estado de origen discrimine a los adoptantes por su orientación sexual? Sí: no tramitarla. La LAI no parece tener en cuenta esta situación aunque sí establece este remedio en otras circunstancias. Su art. 4 dice que:

*«No se tramitarán solicitudes de adopción de menores nacionales de otro país o con residencia habitual en otro Estado en las siguientes circunstancias: [...] c) Cuando en el país no se den las garantías adecuadas para la adopción y las prácticas y trámites de la adopción en el mismo no respeten el interés del menor o no cumplan los principios éticos y jurídicos internacionales referidos en el artículo 3».*

13. Ciertamente, los principios éticos y jurídicos a los que se refiere el también reproducido art. 3 giran fundamentalmente en torno al interés del menor y no parecen estar llamados a solventar la situación que contemplamos (discriminación de los adoptantes por razón de orientación sexual en el país de origen). Pero a mi juicio debería extenderse también a los adoptantes. El art. 2 de la LAI podría servir de llave para abrir esta posibilidad:

*« La finalidad de esta Ley es proteger los derechos de los menores a adoptar, teniendo en cuenta también los de los solicitantes de adopción y los de las demás personas implicadas en el proceso de adopción internacional ».*

14. Al estar hablando de derechos fundamentales, parece lógico que recurramos a una típica noción de Derecho internacional privado que tradicionalmente sirve a su tutela: es la noción de orden público. Esencialmente se trata de un mecanismo que, por ejemplo, impediría el reconocimiento de una adopción cuyos efectos fuesen manifiestamente incompatibles con nuestra visión de los derechos fundamentales (por ejemplo, el de no discriminación por razón de orientación sexual). La LAI incorpora un tal mecanismo: el art. 23 lo consagra «en contra» de la ley extranjera y el art. 31 en relación con las adopciones simples o menos plenas constituidas en el extranjero (llamativo también que no incluya a las adopciones plenas).

En todo caso, hay que reconocer que este mecanismo es escasamente operativo en la materia que nos movemos. Más adelante (núm. 18 y siguientes) explicaré por qué con un ejemplo.

15. La estructura normativa de la adopción internacional se completa, como adelanté, con la legislación de las Comunidades Autónomas, especialmente importante desde un punto de vista práctico, pues es en un nivel autonómico donde se realizan todos los trámites que se exigen en España como Estado de destino.

16. Por último, todo el proceso está tutelado por las normas superiores: la Constitución española y la normativa internacional de derechos humanos. A esta última haré alusión en el apartado siguiente, con especial hincapié en el tema de la orientación sexual. Baste decir en este momento, que existen supuestos paradigmáticos en los que el TEDH ha impuesto las exigencias del Convenio Europeo de Derechos Humanos sobre la estructura normativa estatal, para condenar al Estado (Luxemburgo en un caso y Grecia en otro) por haberse negado a reconocer una adopción constituida en el extranjero: Sentencias de 28 de junio de 2007 (Wagner contra Luxemburgo) y de 3 de mayo de 2011 (Negreponis-Giannis contra Grecia). En ninguno de los dos casos se trató el tema de la orientación sexual.

## 5. ¿QUÉ INFLUENCIA HA TENIDO O TIENE EL SEXO O LA ORIENTACIÓN SEXUAL DE LOS ADOPTANTES EN LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL?

17. Hasta ahora me he movido en un terreno en el que he querido hacer hincapié en la fisonomía de la adopción internacional típica, incidiendo en los dos polos normativos que la determinan, y en la estructura del régimen jurídico, sin descender específicamente a aspectos vinculados al sexo o la orientación sexual de los adoptantes. Dando por supuesto que en España es o debería ser un tema irrelevante pero que puede no serlo en el país de origen. Me propongo ahora abordar algunas *manifestaciones específicas*, comenzando por la que he dejado en el aire más atrás sobre la acción del orden público; siguiendo con algún problema de interpretación de la normativa internacional que afecta al tema aquí tratado y concluyendo con una somera descripción de cómo el TEDH ha abordado el tema de la idoneidad del adoptante en función de su orientación sexual.

18. Dije antes que el orden público se constituye en un garante de que el ordenamiento jurídico estatal no va a sufrir ninguna agresión como la que derivaría de aceptar una discriminación por razón de sexo o de orientación sexual. Dije también que en materia de la típica adopción internacional el mecanismo no va a resultar excesivamente operativo. Ello se debe fundamentalmente a que el orden público no tutela situaciones de no discriminación en abstracto sino el en caso concreto. No censura una ley extranjera discriminatoria y la correspondiente actuación igualmente discriminatoria de las autoridades extranjeras en función de la aplicación de dicha ley. Sirve al caso concreto. Dos ejemplos desde dos puntos de vista distintos (adoptado y adoptantes) nos aclararán esta idea. La Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 5 de febrero de 1998 se enfrentó al reconocimiento de una adopción procedente de Nepal en aplicación de la ley del país asiático según la cual, en aquel momento, se establecía una diferencia regulativa en función de que el adoptando fuese niño (la adopción era revocable) o niña (la adopción era irrevocable). Sin duda la ley nepalí era contraria al principio de no discriminación por razón de sexo más ¿se debería no reconocer una adopción nepalí por tal motivo? La respuesta es no.

Desde el punto de vista de los adoptantes el problema es similar: como se reflejó con anterioridad, en Rusia no se permite la adopción por matrimonios entre personas de igual sexo. Claramente se trata de una regla homófoba e intolerable, pero no afecta al reconocimiento de las adopciones que realmente se constituyen por adoptantes que sí cumplen con tan peculiares exigencias.

19. Desde la perspectiva de la normativa internacional me interesa destacar que la igualdad por razón de orientación sexual en la adopción nacional e internacional no es tampoco plena. En primer lugar, debe repararse en la tibieza –probablemente no puede ser de otra manera a la luz de la jurisprudencia del TEDH a la que me referiré después– del art. 7 del Convenio Europeo en materia de adopción de menores (revisado), hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008 (BOE 13 de julio de 2011):

*1. La ley permite la adopción de un menor:*

*a. por dos personas de sexo diferente:*

*i. que hubieren contraído matrimonio entre sí o,*

*ii. que constituyan, en los casos que exista esa institución, una pareja de hecho registrada;*

*b. por una sola persona.*

*2. Los Estados tendrán la posibilidad de ampliar el alcance del presente Convenio a las parejas homosexuales que hubieren contraído matrimonio o registradas como parejas de hecho. Igualmente tendrán la posibilidad de ampliar el alcance del presente Convenio a las parejas heterosexuales y homosexuales que vivan juntas en el marco de una relación estable.*

Según este artículo, adopción monoparental y adopción heteroparental son indiscutibles; lo de que dos personas del mismo sexo puedan adoptar ya es una cuestión de libertad de cada Estado contratante.

20. En segundo término, merece también unas palabras la interpretación del art. 2 del Convenio de La Haya de 1993, cuando establece que:

*El Convenio se aplica cuando un niño con residencia habitual en un Estado contratante («el Estado de origen») ha sido, es o va a ser desplazado a otro Estado contratante («el Estado de recepción»), bien después de su adopción en el Estado de origen por cónyuges o por una persona con residencia habitual en el Estado de recepción...*

El término «cónyuges» inmediatamente lanza la pregunta sobre el sexo de dichos cónyuges, sobre si también se está contemplado al matrimonio entre personas del mismo sexo como potenciales adoptantes. La Resolución-Circular de 15 de julio de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre reconocimiento e inscripción en el Registro Civil español de las adopciones internacionales (BOE de 30 de agosto de 2006) dice que sí. Lo cual es probablemente cierto, pero con matices. El primer matiz depende de lo visto en anteriores epígrafes: el Estado extranjero de origen también tiene algo que decir y, de hecho, en la Comisión especial sobre la aplicación del Convenio que tuvo lugar entre los días 17 y 23 de septiembre de 2005, los países de origen de los menores no quisieron saber nada de los matrimonios entre personas del

mismo sexo. El segundo es que, a pesar de la no distinción en el texto, parece que hubo un acuerdo en considerar que el concepto de cónyuges del mencionado artículo debía limitarse a cónyuges de distinto sexo. Así se desprende de las observaciones de Corea, Colombia y la Santa Sede, resumidas en el Informe explicativo del Convenio. De los siguientes párrafos de este informe se desprende una interpretación distinta a la que da nuestra DGRN:

*«En el documento de trabajo núm. 15, Colombia ha igualmente sugerido que la palabra 'cónyuges' contemple una pareja formada por un hombre y una mujer y no puede ser considerada como aplicable a una pareja de homosexuales... aunque la proposición colombiana haya decaído, la idea que la inspiraba fue aceptada por consenso y se decidió que el informe contendría una mención clara en ese sentido».*

21. Por último, queda por abordar la postura del TEDH sobre el tema. Sus sentencias son bien conocidas, por lo que, siguiendo con el tono del discurso, me fijaré tan sólo en los grandes trazos que auguran la situación de cierta indefinición incómoda que hasta ahora he descrito. En los casos *Fretté contra Francia* (de 2 de febrero de 2002), *EB contra Francia* (de 22 de enero de 2008), *Gas y Dubois contra Francia* (de 15 de marzo de 2012 y *X y otros contra Austria* (de 19 de febrero de 2013) vemos una importante división tanto en el resultado de los recursos cuanto en las opiniones de los miembros del Tribunal: en dos de los casos (EB y X y otros) se admite que hubo violación del Convenio y en los otros dos no. En ninguno de los casos hubo unanimidad y en tres el Tribunal estuvo netamente dividido: *Fretté* (cuatro votos a tres), *EB* (10 votos a 7) *X y otros* (10 votos a 7). Todos ellos se refieren a situaciones en las que la orientación sexual de los adoptantes había determinado un obstáculo a la adopción.

## 6. ¿LA DISCRIMINACIÓN AFECTA A TODA ADOPCIÓN INTERNACIONAL?

22. El panorama descrito podría parecer que se circunscribe a aquellas personas a las que se les imposibilita o se les dificulta el acceso a la adopción internacional o, para ser más coherentes, a aquellos niños a los que se les imposibilita o se les dificulta el acceso a una adopción internacional en función de la orientación sexual de potenciales adoptantes. Sin embargo la realidad es más compleja. La retórica pregunta del presente epígrafe podría liberarse de sus interrogantes: la discriminación afecta o puede afectar a toda adopción internacional. El caso de Rusia es paradigmático. La homofobia llegó primero a la normativa, el 5 de julio de 2013; luego el Tribunal Supremo ruso, el 29 de agosto de 2013, decidió suspender los expedientes en curso en relación con familias procedentes de países, como España, en los que la orientación sexual no es factor relevante para adoptar, hasta que no se concluya un convenio bilateral que en nuestro país parece estar en camino. Y esa medida afecta a *todos* los expedientes. La condición para el levantamiento de la suspensión y la continuación de los procesos de adopción en curso (y potenciales nuevos) parece estar a punto de cumplirse según múltiples informaciones oficiales y extraoficiales.

Ciertamente, el caso se está tratando con una previsible discreción por parte de nuestras autoridades y con el ruido necesario por parte de las en torno a 500 familias cuyos expedientes se han bloqueado. El hecho de que España sea un país en el que la orientación sexual de los adoptantes haya dejado de ser un dato relevante es un factor que puede desactivar las adopciones –todas– en relación con países de origen que, como Rusia, sigan discriminando en función de dicha orientación. La situación no es ni nueva ni imprevisible. El reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo en los Países Bajos en el año 2000 se vio acompañado de la apertura a la adopción conjunta de los matrimonios homosexuales sólo en los casos de adopción nacional. Se trataba de no crear situaciones como la que en estos momentos vivimos en relación con las adopciones de niños en Rusia. Es decir, se eliminó la discriminación en el acceso al matrimonio pero no en materia de adopción. No de forma total. Hubo de ser una posterior reforma legislativa en 2005, la que consagrara la equiparación completa, al menos en la ley. Es una cuestión de respeto de los derechos en el ámbito doméstico que va más allá de cálculos de conveniencia general. Lo que decidan los países extranjeros está en su mano.

23. Por fijarnos en el ejemplo más candente de hoy en día ¿qué contenido tiene el Convenio bilateral con Rusia? En el momento de exponer estas reflexiones el contenido del convenio que parecía haber sido aprobado por el Consejo de Ministros me era desconocido. En el momento de escribirlas también, aunque noticias de agencia atestiguan que pasó el dictamen del Consejo de Estado y que incluso el Consejo de Ministros de Rusia habría autorizado su firma en los primeros días de junio.

Me imagino que la arquitectura legal y el oficio de los negociadores habrán logrado un texto aceptable para ambas partes. Un texto en el que desde nuestro punto de vista no pueda haber atisbo de tacha de discriminación por razón de orientación sexual mientras que desde el punto de vista ruso se tenga la seguridad de que los niños rusos dados en adopción no se integrarán en familias españolas de homosexuales o lesbianas. El arte de lo posible que ha venido reclamando con insistencia el colectivo de padres y madres afectados por la suspensión de los expedientes. Pero, en el fondo, el Estado español estará comprometiéndose a discriminar, si llega el caso.

## 7. ¿ES INDEFECTIBLE ACEPTAR ESTA HETEROGENEIDAD VALORATIVA?

24. En el plano de deber ser no. Por seguir con el ejemplo de las adopciones procedentes de Rusia, no se debería concertar un convenio en el que de forma encubierta el Estado español se comprometa a que determinados niños no sean adoptados por homosexuales. Es una discriminación intolerable para los potenciales adoptantes y para los niños. Como dije más

atrás, no hay por qué dirigir y tramitar adopciones internacionales hacia países en los que no se respetan los derechos humanos. Es más, no deben tramitarse con esos países.

25. En el plano del ser, la situación es mucho menos ideal. El caso de las adopciones en Rusia es paradigmático de algunas carencias de las decisiones que se toman y las actitudes que se perciben en materia de adopción internacional. La teoría que he tratado de sentar desde las primeras líneas en torno a la adopción como medida de protección del niño y la figura de éste como la central, la esencial, nos conduciría a una descripción en la que el objetivo de toda adopción sería dar una familia a un niño. La realidad de la adopción internacional atestigua que la dimensión de dar un niño a una familia es la que prevalece en los países de acogida. En toda la presión que se ha ejercido por parte de los potenciales adoptantes españoles en Rusia, ellos, y no los niños, han sido el centro de gravedad. Es fácil ganar unos euros apostando por que las autoridades españolas no han actuado en esta crisis pensando en el supremo interés de los niños rusos y sí bajo la presión mediática de las «familias españolas» a las que los medios hacen mención. Es una realidad en cierta forma vergonzante que nunca se va a reconocer. Simplemente, y con numerosas excepciones que confirman la regla, es.

Otra realidad que también viene a poner bajo sospecha que desde España se estén teniendo en cuenta aspectos como el que motiva estas reflexiones a la hora de hacer una política de adopción internacional es el análisis de los países de origen de los niños. ¿Qué tiene Rusia aparte de una legislación homófoba? ¿Hay más niños rusos necesitados de protección que de otros países? No. Ya hemos visto, que su concepto de interés superior del niño en lo que atañe a la orientación sexual de los adoptantes no es aceptable. Y por si esto fuera poco, la Federación Rusa no es parte en el Convenio de La Haya. No es parte en el instrumento internacional que en mayor medida ha colaborado y colabora en la realización de adopciones internacionales limpias. ¿Es casualidad? No. Ni es casualidad, ni España es el único país que dirige sus adopciones internacionales hacia Estados no vinculados por dicho convenio. Según datos de la Conferencia de La Haya, en 2008 la proporción de adopciones tramitadas conforme al Convenio entre los cinco primeros países receptores (entre los que se encuentra España) y los diez primeros países de origen era menos de un tercio: es decir, dos tercios de las adopciones internacionales se tramitaban con países de origen no parte en el Convenio de 1993. En 2009, los cinco principales países de origen de niños adoptados hacia España eran Rusia, Etiopía, China, Ucrania y Colombia. Tres de ellos, Rusia, Etiopía y Ucrania no eran parte en el Convenio. Los últimos datos publicados en la web del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad indican que en 2012 los principales países de origen de adopciones hacia España son, por orden decreciente en número de adopciones, Rusia, China, Etiopía, Filipinas y Colombia. Rusia y Etiopía siguen sin ser parte en dicho Convenio.

26. Por otro lado, justo es reconocer que quizá no sea la adopción internacional ningún instrumento que sirva para modificar la homofobia presente en la legislación de numerosos Estados y en la actitud de sus autoridades. Al fin y al cabo, si somos coherentes con lo que la adopción internacional es, tenemos que tratar igual a todos los niños necesitados de familias, vivan donde vivan, tengan la nacionalidad que tengan y estén bajo el régimen político que estén. Se trata de su supremo interés.

RESUMEN. El escenario que relaciona adopción internacional y orientación sexual en las situaciones típicas es lamentable si lo contemplamos desde la perspectiva del respeto y la salvaguarda de los intereses preponderantes: el supremo interés del niño y los derechos de los adoptantes a su identidad sexual. La adopción internacional en los países occidentales se configura como la confluencia de dos sistemas jurídicos, el de origen, del niño adoptado, y el de destino, en el que los adoptantes viven. Dos sistemas jurídicos con dos concepciones sociales, culturales y de respeto por los derechos fundamentales en ocasiones muy alejadas. La conciliación de ambos puntos de vista en una concreta adopción resulta muy compleja cuando el país de origen considera que la orientación sexual de los adoptantes es decisiva en la constitución de la adopción (generalmente, negando la posibilidad de adoptar a personas homosexuales, bisexuales, transexuales, en definitiva a quien no sigue el patrón clásico de la heterosexualidad). De hecho, la práctica demuestra que la visión más restrictiva –la menos garante de la libertad de orientación sexual– termina imponiéndose, con los niños como reales rehenes: desde occidente se siguen tramitando adopciones internacionales en países en los que no se permite la adopción por homosexuales. El chantaje que en países como Rusia se inflige a los países de origen solo puede resolverse mediante el rechazo a tramitar nuevas adopciones en aquellos. Pero en términos de superior interés de los niños necesitados de adopción, pierden todos. Un callejón sin salida.

Palabras clave: Adopción internacional – Derechos humanos – Superior interés del niño – Orientación e identidad sexual.

LABURPENA. Egoera tipikoetan nazioarteko adopzioa eta sexu orientazioa harremanetan ipintzen diren eskenatokia etsigarria da interes nagusien errespetua eta zaintzaren ikuspuntutik begiratzen bada: haurraren interes gorena eta adoptatzaileen identitate sexualerako eskubideak. Mendebaldeko herrialdeetan nazioarteko adopzioa bi sistema juridikoren elkargune gisa eratzen da, jatorrizkoa, adoptatua den haurrarena, eta amaierakoa, adoptatzaileak bizi direnekoa. Zenbaitetan, gizartea, kultura eta giza eskubideen errespetuari buruzko ikuskerei dagokionez, elkarrengandik oso urrun dauden bi sistema juridiko izango dira hauek. Adopzio konkretu batean, bi ikuspuntuen kontziliazioa oso zaila gerta daiteke, batez ere, jatorrizko herrialdeak ulertzen badu adoptatzaileen orientazio sexuala erabakigarria dela adopzioa eratu ahal izateko (nagusiki, homosexualei, bisexualei, transexualei eta, oro har, eredu heterosexual klasikoa jarraitzen ez duten pertsonen adoptatzeko aukera ukatuz). Hain zuzen, praktikak agerian jartzen du azkenean ikuspegi murriztailea dela nagusitzen dena –sexu-orientazio askatasuna gutxien bermatzen duena–, haurra egiazki bahituz: mendebaldetik, homosexualen adopzioak onartzen ez dituzten herrialdeetan nazioarteko adopzioak izapidetzen jarraitzen

dira. Haurrak adoptatu nahi dituzten herrien gain Errusia bezalako herrialdeek egiten duten xantaia soilik konpon daiteke herrialde hauetan adopzio berriak izapidetzea baztertuz. Baina adopzioa behar duten haurren interes gorenaren ikuspuntutik, denak dira galtzaile. Irteerarik gabeko kalezuloa.

Hitz gakoak: Nazioarteko adopzioa - Giza eskubideak- Haurraren interes gorena - Orientazio eta identitate sexuala.

ABSTRACT. Intercountry adoption and sexual orientation show an unfortunate scenario in terms of respect and safeguard of the prevalent interests: the best interests of the child and the rights of adoptive parents to their sexual and gender identity. International adoption in Western countries is set to the confluence of two legal systems: the origin country, where the adopted child comes from, and the country where the adoptive parents live. Two legal systems with different social and cultural visions and with sometimes very distant views on the respect for fundamental rights. The reconciliation of both views in a specific adoption is very complex when one country considers that the sexual orientation of the adoptive parents is crucial in the constitution of the adoption (usually, denying the possibility of adopting to homosexual, bisexual, or transgender people; everyone who does not follow the classic pattern of heterosexuality). In fact, the practice shows that the most restrictive view -that is, the less guarantor of freedom of sexual orientation- imposes its point of view. Although these countries use the children as real hostages, the West countries are still processing international adoptions in countries where adoption by homosexuals parents is not permitted. The blackmail that is inflicted in countries like Russia to those who want to adopt a child, only can be resolved by refusing to process new adoptions in those countries. But in terms of the best interests of children in need of adoption, everyone loses. A complete catch-22.

Key words: Intercountry adoption - Human rights - Best interest of the child - Sexual orientation and gender identity.

RÉSUMÉ. L'adoption internationale et l'orientation sexuelle montrent un scénario malheureux en termes de respect et de sauvegarde des intérêts qui doivent être respectés: l'intérêt supérieur de l'enfant et les droits des parents adoptifs à leur identité sexuelle. L'adoption internationale dans les pays occidentaux est mis à la confluence de deux systèmes juridiques: le pays d'origine, d'où l'enfant adopté vient, et le pays où les parents adoptifs vivent. Deux systèmes juridiques avec différentes visions sociales et culturelles et avec des vues parfois très éloignés quant au respect des droits fondamentaux. Le rapprochement des deux vues dans une situation spécifique d'adoption est très complexe dans le cas où un pays considère que l'orientation sexuelle des parents adoptifs est crucial dans la constitution de l'adoption (en général, refusant la possibilité d'adopter par homosexuels, bisexuels ou par transgenres, en fin, par tous ceux qui ne suivent pas le schéma classique de l'hétérosexualité). En fait, la pratique montre que la position la plus restrictive -ce est à dire, la moins garant de la liberté d'orientation sexuelle- impose son point de vue. Bien que ces pays d'origine utilisent parfois les enfants comme de véritables otages, pays comme l'Espagne ou d'autres pays en Europe sont en cours de traitement d'adoptions internationales dans les pays où l'adoption n'est pas autorisée que par des hétérosexuelles. Le chantage qui est infligé dans des pays comme la Russie à ceux qui veulent adopter un enfant dans son territoire ne peut être résolu qu'en refusant d'instruire les nouvelles adoptions avec ces pays. Mais en termes de l'intérêt supérieur des enfants en besoin d'adoption, tout le monde perd. Il s'agit d'une vraie impasse.

Mots clé: Adoption internationale - Droits fondamentaux - Intérêt supérieur de l'enfant - Orientation sexuelle et identité de genre.