

PAREJAS DE HECHO Y MENORES

POR

JUAN LUIS SEVILLA BIJALANCE

1. INTRODUCCIÓN

Actualmente en España la posibilidad legal de inserción de un menor en el ámbito de convivencia de una pareja de hecho puede hallarse revestida de diversas formas, atendiendo a la relación jurídica sobre las que se asienta dicha inserción. Esta diversidad, por otra parte, y en consecuencia, se traduce en la creación de unos lazos familiares o cuasi-familiares —según sea la modalidad de la relación legal sobre la que se asienta— y en el nacimiento de distintas estructuras de derechos y obligaciones entre los sujetos componentes de la unión *more uxorio* y el menor. Para la exposición y el análisis del fenómeno, nos serviremos del criterio apuntado que divide la convivencia entre aquellas instituciones que no alteran el parentesco del menor, denominadas tradicionalmente como cuasi-familiares, y la adopción, que aun cuando no siempre supone una ruptura total del parentesco (1) del menor, siempre conlleva una modificación aunque sea parcial, del mismo.

A) Instituciones cuasi-familiares

a) *La tutela*

Centrándonos inicialmente en aquellas relaciones que no implican el nacimiento de lazos de parentesco, es decir las

(1) Así se confirma al establecer el Código Civil dos excepciones en su art. 178-2.

denominadas cuasi-familiares, comenzaremos por analizar la institución de la tutela en relación con la materia. Al efecto, es obligatorio señalar la reforma operada en el orden de preferencia y la delación de la misma por la Ley Orgánica 1/96 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor en lo referente a la convivencia entre tutor y tutelado. Así, como consecuencia de aquella reforma, al art. 234 del Código Civil se añade un párrafo *in fine* en virtud del cual "se considera beneficiosa para el menor la integración en la vida de familia del tutor". En virtud de dicho párrafo parece que el Juez queda facultado para constituir una tutela sobre un menor, resolviendo en favor de una pareja de hecho o un miembro de ella con preferencia sobre otras personas, si aquélla ofrece la posibilidad de integración del menor en su ámbito de convivencia y el Juez estima este criterio suficiente para concederle la tutela frente a otros aspirantes.

La mayor dificultad en este caso radica en si lo que con eufemismo se llama la orientación sexual de la pareja es óbice o no para que se le conceda tutelarla, ya que al respecto existe un vacío legal que no tiene tan clara la solución. Para tratar de alcanzarla, no sería descabellado comprobar si en otras instituciones que tienen por finalidad la protección del menor y requieren convivencia con los guardadores, se admite que se inserte en núcleos en los que hay personas de signo homosexual. En este sentido, y como veremos más adelante, la legislación de algún territorio foral y autonómico ha introducido novedades en la materia, admitiendo aquella posibilidad en figuras como la adopción o el acogimiento. Sobre esta opción, en aquellos territorios en los cuales se puede conceder una de estas modalidades de guarda a las parejas de hecho con independencia de su orientación sexual, parece que la convivencia fruto de una tutela debe ser admitida en los mismos términos. Frente a ello, parece que en aquellos otros en que no se admite, debería concluirse en sentido contrario, y así ocurriría en el ámbito del Derecho Común, que, como veremos posteriormente, no admite la concesión de estas potestades de guarda a parejas de hecho que no sean heterosexuales.

Sin embargo, y como fallo que consideramos excepcional por contradictorio, una resolución jurisprudencial de una región que entonces no poseía legislación en la materia, no encontraba obstáculo en la tendencia sexual del tutor para su constitución. En la legislación del Código Civil, ciertamente, nada se refería a que ésta se constituyese en favor una de persona homosexual, la cual, con el transcurso del tiempo podría formar una pareja de hecho con otra persona de igual tendencia o inclinación, como ocurrió.

La referida Sentencia, concretamente de la Audiencia Provincial de Sevilla, narra cómo el padre de una menor, una vez fallecida su esposa y madre biológica de la niña, comenzó una convivencia de hecho con un homosexual, quien desde un principio ejerció el rol de "esposa y madre" hasta el punto de que la menor —fruto del matrimonio anterior a esta relación— llegó a llamarla "mamá". Fallecido el padre, en su testamento dejaba escrita su voluntad según la cual quería que se le otorgase la tutela de la menor a su compañero/a sentimental. Tras ser denegada en primera Instancia, la Audiencia Provincial de Sevilla resolvería en favor del homosexual, al tiempo que se desestimaba la solicitud de los abuelos de que recayese en ellos dicha función (2).

b) *La guarda de hecho*

Otra institución que conlleva la convivencia del menor con los guardadores es la guarda de hecho, la cual, por su naturaleza también cuasi-familiar, tampoco crea lazos de parentesco. Puesto en conocimiento del Juez la existencia de una persona que se halla en esta situación, a tenor de los arts. 303 y 228 del Código Civil, se procederá a constituir una tutela, sin perjuicio de las medidas de vigilancia y control que el Juez crea necesario establecer. Se concibe así la guarda de hecho en nuestra legislación como una situación transitoria que debe desembocar en la constitución de la tutela.

(2) S.A.P. de Sevilla de 14 de junio de 1999.

En lo referente a la materia que nos ocupa, el mismo silencio que se observa en el caso de la tutela, se reproduce en la norma al regular la guarda de hecho. Teniendo esto en cuenta y la orientación transitoria hacia aquella que le concede el Legislador a la figura, creemos que se puede entender que le son aplicables al caso los criterios que acabamos de exponer con anterioridad para la tutela.

c) *El acogimiento familiar*

La Orgánica 1/96 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor introdujo una clasificación de la figura del acogimiento familiar que lo diversificaba en simple y permanente, atendiendo a que se vislumbrase la posibilidad de un retorno del menor a su núcleo familiar de origen –para el caso se establecía el acogimiento familiar simple– o quedara cerrada dicha opción, para lo cual se introducía la modalidad del acogimiento familiar permanente. Por otra parte, la misma norma insertaría el denominado acogimiento familiar preadoptivo, concebido como un escalón previo con fines de adaptación del menor en el nuevo núcleo familiar antes de la definitiva adopción (3).

Teniendo en cuenta la anterior clasificación, hay que resaltar cómo una reciente normativa ha supuesto una importante novedad en la esfera del Derecho de Familia. Se trata de la Ley 3/2002 de Parejas de Hecho de la Junta de Andalucía, en la cual se permite a las citadas uniones iniciar ante la Administración los trámites para la constitución de acogimientos familiares simples o permanentes, sin que pueda ser utilizado como factor discriminatorio la opción o la identidad sexual de los solicitantes (4). En este punto, queremos destacar cómo sólo a los supuestos de la acogida señalados se extiende la posibilidad de ser concedida a parejas de hecho

(3) Art. 173-bis del Código Civil, redactado conforme a la Disposición Final Séptima de la Ley Orgánica... *cit.*

(4) Art. 9 de la Ley *cit.*

con independencia de su orientación sexual. La posibilidad del acogimiento preadoptivo se reserva a las uniones de hecho heterosexuales, ya que al guardar silencio y limitar a los dos anteriores casos la opción, por el carácter de derecho supletorio que posee el Código Civil, regulará la materia. Con ello, por otra parte, se adivina la intención del Legislador andaluz que no quiere abrir la vía de adopción de menores por las parejas de hecho de signo homosexual, para lo que ciega a parejas de esta identidad sexual el escalón previo que supone el acogimiento preadoptivo.

B) La adopción

Se trata de una institución de guarda que modifica los lazos parentales del menor creando un nuevo *status familiae*. Evidentemente, supone también la convivencia e inserción en un nuevo núcleo, y en la Legislación común sólo se concede a uniones de hecho heterosexuales, como después veremos. Frente a ello, por su trascendencia, ha dado lugar a un amplio debate en el ámbito de la doctrina social y jurídica española otra normativa, la Ley Foral 6/2000 de 3 de julio para la igualdad de las parejas estables del Parlamento de Navarra, la cual en su art. 8 dispone que “los miembros de la pareja estable podrán adoptar de forma conjunta con iguales derechos y deberes que las parejas unidas por matrimonio”. Si bien la adopción simultánea de menores por parejas de hecho ya era contemplada por el Ordenamiento Jurídico español, la novedad radica en el art. 2 de aquella ley, que establece la definición de dichas uniones:

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

La definición, y en general toda la normativa, no es sino el reflejo de una tendencia que ha brotado en la sociedad española hace ya algunos años y que trata de equiparar a las uniones *more uxorio* con el matrimonio. A ello hay que añadir que a través de los diferentes textos que las regulan hasta el momento en España, halla cobertura legal la situación de las parejas de homosexuales y transexuales, si bien, por las connotaciones que les son propias, se mantienen algunas diferencias para con las parejas de hecho heterosexuales, entre las cuales destaca el impedimento legal para la adopción conjunta de menores. El texto navarro sin embargo, y como acabamos de ver, ha sido el primero en romper con esta barrera.

2. ANTECEDENTES

En la línea de la Legislación de Navarra se encuentran ya algunos precedentes en la materia, como es el caso, en primer lugar, de la Recomendación formulada por el Parlamento Europeo a la Comisión de la Comunidad Europea en la que se solicitaba la presentación de una propuesta sobre la igualdad de derechos de lesbianas y homosexuales en la que se debería poner fin, entre otras, a "toda restricción de los derechos de las lesbianas y de los homosexuales a ser padres o a criar niños" (5). Es de notar que dicha petición no encontró la respuesta solicitada.

En España, una Proposición de Ley proveniente del Grupo Federal Izquierda Unida (6) trataba de modificar en esta misma dirección la normativa vigente (7), si bien fue posterior-

(5) *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*. Martes, 8 de febrero de 1994. Resolución sobre la igualdad de derechos de los homosexuales y de las lesbianas en la Comunidad Europea. Art. 14.

(6) Proposición de Ley de medidas para la igualdad de las parejas de hecho. *B.O.C.G.* (Congreso) de 10 de abril de 1997, serie B, n.º 88-1.

(7) El art. 10 de la misma decía textualmente:

"El apartado 1 del art. 175 del Código Civil queda redactado de la forma siguiente:

mente rechazada y no continuó el *iter* parlamentario correspondiente. Con ello, en la materia continúa rigiendo la Legislación insertada en nuestro Ordenamiento mediante la Reforma de la Adopción de 1987, según la cual "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 afectividad a la conyugal (8).

En el ámbito de la Legislación autonómica, la Ley 7/1994 de 5 de diciembre de la Infancia de la Comunidad Autónoma de Valencia, decía textualmente:

"No será en ningún caso considerada una medida discriminatoria para conceder una adopción el tipo de núcleo de convivencia familiar por el que hayan optado libremente aquellos que soliciten la adopción" (9).

El texto, que ciertamente se prestaba a la confusión, fue empleado por diversos colectivos en aras de reivindicar la opción de adoptar menores por las uniones de hecho homosexuales, si bien sólo quedó en una línea de interpretación de aquellos colectivos sin trascendencia en el Ordenamiento Jurídico. Posteriormente, la normativa acerca de las parejas de hecho de dicha Comunidad (10) no ha regulado de ninguna manera la materia específica, y en consecuencia le serán aplicables las disposiciones del Código Civil en su calidad de Derecho común supletorio.

Fue por tanto la Ley Foral de Navarra, como ya hemos señalado, la que dio el paso definitivo, estableciendo con toda

1. La adopción requiere que el adoptante tenga veinticinco años. En la adopción por ambos cónyuges o miembros de una pareja de hecho, bastará que uno de ellos haya alcanzado dicha edad (...).

(8) Y acudiendo al concepto de pareja de hecho que en la misma normativa se establecía nos encontramos que en su art. 2 se consideraban como tales a "la unión libre, estable, pública y notoria, en una relación de afectividad similar a la conyugal, *con independencia de su orientación sexual*, de dos personas mayores de edad (...).

(9) Ley cit., art. 28-I *in fine* (B.O.E. 25 de enero de 1995).

(10) Ley 1/2001 de 6 de abril de la Comunidad Valenciana.

claridad la posibilidad de una adopción conjunta de menores por parte de parejas de hecho con independencia de la orientación sexual de sus miembros.

3. ESTUDIO Y FUNDAMENTOS

La cuestión de la convivencia e inserción de los menores en los núcleos formados por parejas de hecho ha de ser abordada desde un doble prisma: el primero lo constituye el análisis material de la normativa, trascendiendo a la esfera moral o ética que subyace a la cuestión y repasando las cuestiones antropológicas que inciden en la materia. El segundo quedaría enmarcado en el ámbito puramente jurídico de los preceptos que regulan la normativa.

Ambas perspectivas se encuentran enlazadas intrínsecamente, de manera que no pueden seccionarse el Derecho y la Ética si se pretende realizar un estudio completo de una institución jurídica o de cualquier parte del Ordenamiento. No hay que olvidar que el Derecho forma parte de la realidad moral, y se dirige a regular la existencia de los seres humanos, teniendo como finalidad el bien de aquéllos en comunidad. En este sentido, son altamente esclarecedoras las palabras de Castán Tobeñas, para quien "el secreto de un buen sistema jurídico radica, indudablemente, en la conciliación del elemento metafísico y ético con el histórico social" (11).

A) Aspectos antropológico, sociológico y ético de la cuestión

a) Inserción del menor en uniones de hecho heterosexuales

Comenzando por el análisis de fondo, haremos un primer inciso en la normativa vigente en el Derecho común español, según la cual se permite adoptar simultáneamente a las parejas de hecho compuestas por un hombre y una mujer unidos

(11) CASTÁN TOBEÑAS, J., *Las diversas escuelas jurídicas y el concepto del Derecho*. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1947, pág. 118.

por una relación de afectividad análoga a la conyugal. En líneas generales, dos son los inconvenientes que quizá puedan apuntarse en el fondo de esta regulación:

- De una parte, las uniones o parejas de hecho —como se deduce de su propia naturaleza— no se encuentran dibujadas con precisión en nuestro Ordenamiento Jurídico, sino que se nos presentan como una figura de geometría variable e indefinida, difícil de enmarcar por el Derecho. Con ello presente dudamos que entregar algo tan fundamental como es la crianza de un ser humano a una modalidad de unión cuyos contornos son borrosos tanto en su configuración como en sus deberes recíprocos y en general en sus características propias, no sea lo más adecuado para alcanzar el fin perseguido.
- De otra parte, como se puso de manifiesto en la tramitación parlamentaria que precedió a la promulgación de la Ley 21/87 de 11 de noviembre de Reforma de la Adopción, "si de lo que se trata es de buscar el bien del menor y de darle una vida familiar, no parece lo más acertado confiarlo a una pareja inestable y coyuntural, que rehúsa todo vínculo jurídico demostrativo de su voluntad de permanencia" (12).

b) *Inserción del menor en núcleos de personas homosexuales*

En lo que se refiere a la concesión de potestades de guarda de menores a una persona homosexual o una pareja de hecho de esta tendencia, consideramos que aquí el Derecho debe tener muy en cuenta las consecuencias de la relación que se establecen, y entendemos que prioritariamente, no puede ignorar algunas cuestiones fundamentales en la materia. Así, el sexo es condición determinante en el individuo, no ya sólo en lo que se refiere a su actividad procreadora sino en su global

(12) B.O.C.G. (Senado) 10 de septiembre de 1987, n.º 105, serie b. Enmienda n.º 84, pág. 46.

existencia, y en consecuencia, pretender anular la diferenciación de los sexos en el ser humano, es una aspiración carente de base que colisiona frontalmente con el orden natural, en el que se ha de fundar toda norma jurídica. En tal sentido, entendemos que el concepto de instalación es "el único que permite comprender biográficamente sin cosificación alguna la condición sexuada. Yo estoy en mi sexo, es decir, en mi condición de varón, instalado en ella. (...). La condición sexuada, lejos de ser una división o separación en dos mitades, que escinde media humanidad de la otra media, refiere la una a la otra (...). La condición sexuada introduce algo así como un campo magnético en la convivencia. El hombre y la mujer, instalados cada cual en su sexo respectivo —literalmente respectivo, porque cada uno lo es respecto al otro— viven la realidad entera desde él. La condición sexuada, por ser una instalación, penetra, impregna y abarca la vida íntegra que es vivida sin excepción desde la disyunción en varón y mujer" (13).

Es decir, que la diferencia entre varón y mujer no radica solamente en su constitución y estructura reproductora, y, en consecuencia, limitarla a ello constituye "el error concomitante de la interpretación sexual (...), el tomar la parte por el todo" (14).

No porque sean diferentes entendemos sin embargo que un sexo es superior a otro, sino que como recoge Forment "la perfección de la persona humana tampoco se encuentra reproducida en un único tipo de seres distintos, sino que está realizada de dos modos diversos, como persona masculina y como persona femenina. Hombre y mujer son iguales en cuanto personas y, consecuentemente, también en cuanto a dignidad" (15).

Como consecuencia evidente de todo lo anterior, podemos concluir que la diversidad en el género humano trasciende de la mera actividad sexual y abarca tanto el aspecto físico como

(13) MARTÍAS, J., *Antropología Metafísica*. Alianza Universidad. Madrid, 1983, págs. 121-122.

(14) *Ibidem*, pág. 122.

(15) FORMENT, E., "La mujer y su dignidad", en *Verbo* n.º 287-288 (julio-septiembre de 1990).

psicológico, siendo ambos al mismo tiempo distintos pero complementarios. Esta diversidad, evidentemente, encuentra su reflejo también en las funciones que hombre y mujer han de cumplir en la crianza y educación de los hijos. De la correcta y armoniosa unión de aquéllos dependerá en gran medida la formación de los hijos que han de conocer completamente todas las dimensiones del ser humano desde sus primeros pasos.

Además, y centrándonos específicamente en el campo de la sexualidad humana, podemos aportar aún más datos que han de servir para sustentar nuestro desacuerdo ante la legalización de la inserción y de menores en núcleos de personas o parejas homosexuales. En España, autorizados científicos en la materia han puesto de manifiesto las graves consecuencias que ello puede tener en la persona del menor:

“A pesar de los determinantes genéticos (varón o hembra) la tendencia sexual de los niños se modula y cristaliza en circuitos plásticos del cerebro en base a la experiencia y las referencias psicosociales del entorno. La conducta sexual se adquiere, se desarrolla y aprende, lo que sabemos ya desde los experimentos clásicos de laboratorio realizados en primates y confirmados ampliamente en el ser humano” (16).

Junto a lo anterior, pueden señalarse otras posibles consecuencias que inciden sobre un menor cuya custodia ha sido conferida a una pareja de homosexuales. Así, la Asociación Española de Pediatría se hacía eco en los medios de comunicación de la posibilidad, juzgándola como “claramente perjudicial para el armónico desarrollo de la personalidad y adaptación social del niño” (17).

En relación íntima con ello hay que decir que la homosexualidad conlleva un importante desequilibrio en la estructura de la persona, ya que a su constitución biológica no le siguen las tendencias psicoafectivas correspondientes. Este desequilibrio produce una situación contradictoria en la persona a la

(16) SEGOVIA DE ARANA, GRISOLÍA, LÓPEZ IBOR, MORA y PORTERA. Diario *ABC* de Madrid, 28 de octubre de 1994, pág. 3.

(17) Diario *ABC* de Madrid, 30 de octubre de 1994, pág. 84.

que afecta, que desemboca en múltiples casos en cuadros psicológicos traumáticos, caracterizados por ansiedad o por frustración, los cuales, evidentemente tienen su reflejo en el desarrollo del menor que es educado por las personas que los padecen. Las consecuencias de todo esto, en amplios márgenes de probabilidad, se traducen en la creación de un complejo en el menor que estará en constante lucha interna con su entorno social y familiar.

Desde otro punto de vista, las uniones de hecho compuestas por homosexuales tienen como fundamento la satisfacción de una inclinación de carácter biológico, pero por no poseer la absoluta complementariedad propia de los dos sexos inherente al matrimonio no pueden equipararse, al tiempo que la cimentación y finalidades son distintas. En relación con ello, la lógica duración y solidez de una unión destinada a satisfacer aquella inclinación puramente biológica, serán previsiblemente inferiores a las del matrimonio cuyos horizontes y finalidades son mucho más amplios, tal y como queda patente en múltiples supuestos de la realidad.

Por último habría que recordar un principio fundamental sobre el que sustenta la institución de la adopción, *adoptio imitatur natura*, el cual, evidentemente, es incompatible con la concesión de aquélla a una pareja de hecho compuesta por homosexuales, y que consideramos extensible a las demás figuras de custodia de menores cuyo contenido incluya la convivencia permanente de aquél con sus guardadores.

c) *Transexualidad y adopción*

Queda abierta aún otra cuestión en relación con la materia: se trata de la situación al respecto de los transexuales. Evidentemente, la normativa navarra, aun cuando no hace mención de ellos específicamente, los incluye en el concepto de homosexuales. A fin de cuentas son personas que en base a sus inclinaciones se han sometido a una intervención quirúrgica en la que se han mutado sus órganos genitales. ¿Se trata de una persona homosexual o ya ha dejado de serlo y es aconsejable conferirle la adopción de un menor?

Desde nuestro punto de vista sólo hay que remitirse a lo que con anterioridad hemos expuesto acerca de la condición sexuada de la persona para comprobar que la mutación de unos órganos genitales no transforma a la persona entera, ya que su constitución cromosómica continúa siendo la misma. En consecuencia, el Derecho no puede modificar el sexo de las personas sobre la base de una intervención quirúrgica de esta índole, y permanece la condición de varón o mujer que anteriormente poseía. En este sentido dos son las líneas directrices que se han seguido:

De una parte, dos recientes Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado (18), sostienen la posibilidad de matrimonio entre personas del mismo sexo cromosómico —una de ellas sometida a transformación en sus órganos sexuales y por tanto aparentemente de sexo contrario— sobre tres argumentos fundamentalmente. El primero de ellos hace alusión a cómo la capacidad del transexual para contraer matrimonio era cuestión que anteriormente las Sentencias no cerraban, sino que dejaban abierta a futuros fallos jurisprudenciales. Y sobre ello, si hay una modificación del cambio de sexo sin limitaciones por una Sentencia Judicial firme, lo coherente es que no existan limitaciones en los derechos del transexual (19). En segundo lugar, se afirma que es indefendible como argumento para la negación del matrimonio con transexual la inexistencia de consentimiento matrimonial, ya que si el cambio de sexo se ha producido, los sexos de ambos son distintos y cada uno de ellos, al prestar el consentimiento ha tenido en cuenta el sexo del otro (20). Por último se hace alusión a la tendencia generalizada de permitir el matrimonio al transexual en el Derecho Comparado (21).

(18) Ambas de 8 de enero de 2001. *B.I.M.J.* de 1 de abril de 2001, págs. 1220 a 1222 y 1222 a 1226.

(19) *Resoluciones...* cit. Fundamentos de Derecho 4.º y 5.º *B.I.M.J.*... cit, págs. 1222 y 1225 respectivamente.

(20) *Ibidem*, Fundamento de Derecho 6. *B.I.M.J.*... cit., págs. 1222 y 1225 respectivamente.

(21) *Ibidem*, Fundamento de Derecho 7. *B.I.M.J.*... cit., págs. 1222 y 1226 respectivamente.

Desde otro punto de vista, se ha pronunciado con reiteración la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, y con anterioridad a las resoluciones que acabamos de citar la misma Dirección General de Registros y del Notariado, aportando como solución a la situación que vive el transexual, la modificación de los datos personales en el Registro Civil a efectos de que, de acuerdo con el libre desarrollo de la personalidad sustentado en el art. 10 de la Constitución española de 1978, la persona pueda desenvolverse en su entorno conforme a las inclinaciones y tendencias psicoafectivas que siente. No por ello se reconoce la sexualidad inscrita en el Registro ni se le permite acceso a las consecuencias jurídicas que de ello se derivarían (22). El fundamento jurídico de los fallos en esta línea es bien claro y posee una doble expresión.

De una parte, la determinación del sexo —y en ello van implícitas la identidad de la persona y en íntima conexión su estado civil— es materia de Orden Público, y en consecuencia, debe asentarse sobre una base segura. Ésta no puede constituirse una tendencia psicológica o afectiva, la cual en cualquier momento puede variar. Y así lo reconoce a pesar de todo —y contradiciendo por tanto sus propios argumentos— las resoluciones que permiten el matrimonio entre o con transexuales (23). El Derecho, para sustentar dicha identidad sexual debe acudir al único elemento conocido con seguridad que puede servir, el cual no es otro que la constitución cromosómica de la persona. En relación con ello, hemos visto que la modificación en el Registro Civil es una solución para el libre

(22) S.T.S. de 2 de julio de 1987, Fundamento de Derecho 3-2.º (Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Latour Brotons); S.T.S. de 15 de julio de 1988, Fundamento de Derecho 11 (Ponente: Excmo. Sr. D. Mariano Martín-Granizo Fernández); S.T.S. de 3 de marzo de 1989, Fundamento de Derecho 5 (Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Albácar López); S.T.S. de 19 de abril de 1991, Fundamento de Derecho 3 (Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Britz).

Asimismo en las R.D.G.R.N. de 21 de enero de 1988 y de 2 de octubre de 1991.

(23) *Resoluciones... cit.* Fundamento de Derecho 5.º, *B.I.M.J.*... *cit.*, págs. 1222 y 1225 respectivamente.

desarrollo de la personalidad en su entorno que se ofrece al transexual, pero constituye un craso error argumentar que una simple inscripción puede modificar la naturaleza de la persona y sus aptitudes personales. Esto no es sino la máxima expresión de un positivismo jurídico totalmente exorbitado. Y no se puede olvidar que el Derecho Positivo ha de beber en las fuentes de la Ley Natural, a cuyos dictados debe someterse, y nunca a la inversa.

En segundo lugar, aún no se ha demostrado que la transexualidad sea irreversible, con lo que todo ello conlleva respecto a la adopción. Piénsese que no estamos ahora hablando de una institución de protección como el acogimiento —que por todos los motivos anteriormente expuestos también desaconsejamos— sino del establecimiento de unos lazos de filiación y la integración del menor en una nueva familia con todas sus consecuencias. Por otra parte, la adopción es concebida en nuestro Ordenamiento Jurídico como irrevocable, con lo que una hipotética desaparición de la tendencia homosexual en la persona que ha asumido el rol de padre o de madre sin serlo, acarrearía consecuencias altamente perjudiciales en la dimensión personal del menor adoptado, e imprevisibles e irresolubles en el ámbito jurídico.

Hasta aquí hemos realizado una exposición de los motivos sociológicos, antropológicos e incluso de carácter moral que nos inclinan a rechazar la adopción de menores por uniones de hecho de homosexuales. Pero ahora, pasamos a enfocar la cuestión desde un prisma netamente jurídico, si bien, como ya indicamos en un principio, ambos se encuentran íntimamente enlazados, puesto que el Derecho no puede prescindir de sus raíces últimas que se encuentran en el ámbito de la moral.

B) Aspecto jurídico positivo

Desde un prisma jurídico positivo, el establecimiento de una posibilidad de adopción en Navarra por parejas de hecho homosexuales, y de acogimiento simple y permanente en Andalucía por parejas de dicha orientación sexual, poseen, a

nuestro juicio, atisbos de inconstitucionalidad por dos razonamientos fundamentalmente.

En primer lugar, en cuanto a la competencia de las Comunidades Autónomas para regular la materia, no tenemos certeza absoluta de que la Constitución, en su art. 149-1.8 permita transferir competencias a las Comunidades Forales y Autónomas en esta materia que por tratarse de Derecho de Familia, atañen al orden público y pueden incidir de lleno en el estado civil de las personas.

En segundo término habría que analizar sosegadamente las consecuencias de esta Ley en relación con el espíritu de la Constitución de 1978: el art. 39-2 de dicho texto establece con claridad que "los poderes públicos asegurarán la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación". Este precepto hay que relacionarlo asimismo con el art. 14 de la misma Constitución que proclama la igualdad de los españoles ante la Ley. En relación con todo ello y ahora, con la nueva normativa de Andalucía sobre parejas estables y la de Navarra del año 2000 en la mano, nos formulamos las siguientes interrogaciones:

¿Se estarían estableciendo diferencias entre los españoles precisamente por razón de la filiación y de su orientación sexual? ¿Se habría introducido una clase de filiación nueva en el territorio navarro que va contra el modelo de familia reconocido en nuestro Ordenamiento Jurídico?

Todos estos interrogantes, como ya hemos señalado con anterioridad, se nos ofrecen como un punto de partida que plantean dudas de constitucionalidad en la Legislación foral y autonómica a la que hemos hecho alusión, y que, evidentemente, al tiempo, pueden atentar contra el beneficio del menor que es el principio fundamental en toda esta materia conforme a la Ley Orgánica 1/96 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor.