HAL
open science

Adopcion, homosexualidad e interés superior del nino

Daniel Borrillo, Thierry Pitois-Etienne

To cite this version:

Daniel Borrillo, Thierry Pitois-Etienne. Adopcion, homosexualidad e interés superior del nino. Juan Soroeta Liceras. Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastian, IV, Servicio Editorial de la Universidad del Pais Vasco, 2003, 84-8373-558-X. hal-01237534

HAL Id: hal-01237534

https://hal.science/hal-01237534v1

Submitted on 3 Dec 2015

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Adopción, homosexualidad e interés superior del niño. Análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Daniel Borrillo

Profesor Titular de Derecho Civil. Universidad de París X, investigador en el CNRS-Cersa.

Thierry Pitois-Etienne

Juez de Familia, Tribunal de Beauvais

Sumario: Introducción.— Breve reseña histórica de la adopción en el derecho común de la filiación.— El derecho positivo francés.— Aparición de una «familia homosexual».— Negativa del Consejo de Estado.— Incidencia de la decisión europea en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés.— Conclusión.

Introducción

La figura de la adopción constituye un ejemplo paradigmático de la relación entre la *ratio iuris* y la verdad fáctica. Se trata, sin embargo, de un ejemplo entre tantos otros. La noción de persona moral, la presunción de paternidad, los bienes inmuebles por destino, la declaración de ausencia, etc., constituyen realidades jurídicas fundadas en postulados que se legitiman no tanto en una realidad material como en una «convención política», fruto de la deliberación democrática. Se decide hacer algo de ese modo simplemente porque se está de acuerdo en considerar que dicha independencia con la realidad material nos permite alcanzar un objetivo más importante que la pura coincidencia con la verdad fáctica, como por ejemplo la estabilidad familiar, la equidad en la transmisión patrimonial, la asignación de responsabilidad a una persona considerada mas solvente, etc. Dicho de otro modo, el derecho, en tanto que ciencia normativa que trata de objetos del universo del deber ser, no se halla determinado por las contingencias del universo del ser (leyes de la biología o de la física, por ejemplo)[1].

---

[1] Al sobrepasar la primacía del monopolio iusnaturalista, propio de los sistemas jurídicos basados en la religión, el derecho moderno tiende a privilegiar la voluntad y, por ende, a ubicar la realidad natural en un segundo plano.

En ese sentido, la noción jurídica de filiación no debe confundirse con la noción biológica de reproducción. En efecto, la disociación de la reproducción y la filiación permite trazar una línea divisoria entre dos situaciones que no se yuxtaponen necesariamente. De hecho, en caso de conflicto entre estas dos dimensiones, el derecho hará prevalecer una de ellas. Entre el hecho biológico de la reproducción y la institución jurídica de la filiación, es siempre ésta última la que determina la naturaleza y la calidad del vínculo familiar. La dimensión cultural cristalizada en la norma jurídica no puede confundirse con la materialidad determinada por la biología. El derecho no tiene como función transcribir la realidad. En ese sentido, el parto anónimo (*accouchement sous X*)[2] y la adopción representan dos ejemplos paradigmáticos de dicha autonomía del derecho. Ello muestra que no es un vínculo natural lo que une jurídicamente un niño a un adulto sino la manifestación de voluntad de éste ultimo. En el primer ejemplo, aunque la mujer haya gestado y parido al niño no goza del estatuto de madre. En el segundo, el adoptante se convierte en padre aunque quien haya «fabricado» genéticamente al niño sea un tercero.

Esta independencia del derecho en relación con los hechos le permite organizar un régimen familiar en función de un mecanismo relativamente autónomo. Ciertamente, los hechos pueden constituir la base de un vínculo jurídico, pero para ello es necesario que dicha situación sea prevista por la ley. Por ejemplo, la posesión de estado o la acción para investigar la paternidad permiten la construcción de un vínculo familiar y, en caso de conflicto de filiación, éstas prevalecen sobre el vínculo establecido anteriormente por declaración. Es necesario precisar que, si la posesión de estado confirma la voluntad de paternidad, la realidad biológica puede imponerse inclusive contra la voluntad del genitor, siempre y cuando la acción sea presentada dentro de los plazos establecidos por la ley.

En el sistema jurídico de filiación existe un profundo desequilibrio entre el poder exorbitante de la voluntad femenina (parto anónimo, aborto contra la voluntad del cónyuge...) y el determinismo «biológico» al que se encuentra sometido el hombre. En efecto, ante un litigio de paternidad, la madre puede siempre impugnar un vínculo de filiación reivindicado por su marido quien, inclusive sabiendo que no era el genitor, pudo haber reconocido formalmente al niño (art. 318 del Código Civil francés).

Los ejemplos anteriores ponen de manifiesto que situaciones biológicas parecidas tienen efectos jurídicos diferentes: el embarazo o el parto no hacen madre a una mujer, pero basta un coito fecundo para hacer padre a un hombre, no en virtud de un acto natural sino por voluntad de la ley, la cual, en el primer caso ignora lo biológico, y en el segundo le hace jugar un papel determinante.

---

[2] El artículo 341.1 del Código Civil francés autoriza a la mujer a dar a luz de manera anónima, y a exigir que dicho anonimato sea respetado por la administración. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que dicha disposición no viola el articulo 8 de la Convención europea (Affaire Odievre c. France, 13/02/03).

Estos ejemplos nos demuestran que el derecho construye sus categorías sin tener en cuenta las leyes naturales y que puede inclusive ignorarlas. En efecto, la adopción plena[3] permite crear un vínculo de filiación *ex nihilo* entre una persona sola y un niño. Jurídicamente pues, el niño proviene de un individuo (hombre o mujer), y no de dos personas. Sin negar la realidad biológica, en este caso el derecho la ignora por medio de una declaración individual convalidada por el juez. En el mismo orden de ideas, al tratarse de la procreación artificial con donación de gametos, la ley prohíbe establecer un vínculo de filiación entre el donante (genitor) y el niño por nacer. Al fabricar su propia realidad, el derecho hace prevalecer su propia lógica en detrimento de la verdad biológica. La norma jurídica goza de una gran flexibilidad cuando se trata de asignar un niño a una persona o a una pareja. Por ejemplo, en el caso de la adopción monoparental[4], la ley permite crear un vínculo de filiación sin tener en cuenta los orígenes nacionales o culturales del adoptante, su religión, su raza, su sexo o su sexualidad. Exige únicamente que le otorguen al niño garantías objetivas en el plano educativo, familiar o psicológico. A pesar de la ausencia de definición explícita de la identidad del candidato adoptante, tanto la Administración como la Justicia francesas consideran que la homosexualidad puede constituir una barrera legítima al proyecto de adopción. Si en un juzgado de instancia o en alguna administración se autoriza la adopción de un niño con independencia de la orientación sexual del candidato, el contencioso ante el Supremo se resuelve siempre contra el candidato homosexual, y ello independientemente de las capacidades material y moral de éste ultimo. Nos encontramos, pues, frente a un razonamiento universal, ante un principio rígido que las instituciones francesas aplican en abstracto a toda persona por el mero hecho de su orientación sexual. En realidad, si las reglas del derecho común de la filiación no impiden el establecimiento de un vínculo entre el homosexual y el niño, la jurisprudencia crea una *conditio filiationii* nueva: la diferencia de sexos. Tal condición presupone que el derecho debe fundarse (o por lo menos inspirarse) en el modelo biológico de la reproducción, y ello, a menudo, en detrimento de lo vivido y de lo querido por las personas involucradas en un proyecto de paternidad. En nombre del interés del niño, la jurisprudencia administrativa exigirá la doble referencia masculina/femenina. Esta nueva condición es contraria a la tradición civilista. De hecho, la adopción ha sido históricamente tratada como una institución que permite precisamente esquivar los condicionamientos biológicos o antropológicos de la diferencia de sexos (un individuo solo puede adoptar). e inclusive ignorar por completo el límite de la diferencia de generaciones (recordemos que en Roma un abuelo podía adoptar a su nieto y que el Código Napoleónico admitía únicamente la adopción de adultos).

---

[3] En el derecho francés existen dos tipos de adopciones: la plena, que sustituye a los vínculos biológicos, y la simple, que se yuxtapone con los vínculos de la familia biológica.

[4] En Francia pueden adoptar los individuos solos.

En la primera parte del artículo analizaremos esta constante independencia del derecho en los sistemas jurídicos de la filiación que han precedido al nuestro; luego, a través del análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, intentaremos demostrar la manera en que la vía pretoriana opera una ruptura en el derecho común de la filiación. Más allá de la cuestión de la igualdad de todos los ciudadanos, independientemente de su orientación sexual, el rechazo de un derecho de filiación a las parejas del mismo sexo cuestiona profundamente el sistema civil moderno.

Breve reseña histórica de la adopción en el derecho común de la filiación

Los etnólogos están de acuerdo en que la adopción es una manera extendida de «fabricar» un parentesco, y los historiadores del derecho nos recuerdan que fue practicada desde la Antigüedad para construir una filiación. En la Mesopotamia antigua, la adopción permitía elegir un hijo o una hija, un yerno o una nuera, un hermano o una hermana, un padre, etc. Su finalidad obedecía tanto a una preocupación por asegurar una descendencia o liberar un esclavo, como a elegir una esposa para su hijo. Los hebreos utilizaban esta institución para paliar a la infertilidad, obedeciendo de ese modo al precepto divino «creced y multiplicaos». La Grecia antigua practicaba la adopción para garantizar una posteridad, pero el derecho de adopción solo pertenecía al varón libre, al ciudadano; quedaban excluidos de ese modo los exiliados, las mujeres, los niños y los esclavos, es decir, todos aquellos que no tenían la capacidad de disponer.

Es sobre todo en Roma donde la adopción adquiere su desarrollo más amplio, hasta el punto de ser percibida como una modalidad común de la filiación civil. La Ley de las Doce Tablas hace de ella una garantía de la descendencia, a fin de asegurar la perpetuación del culto de los antepasados. Las compilaciones de Justiniano le dedican vastos análisis, y distinguen esencialmente la adopción simple —que permite la transferencia de un menor de la potestad del padre natural hacia la del padre adoptivo— de la adrogación, acto por el cual un ciudadano emancipado entra bajo la patria potestad de otro ciudadano. Modo habitual de integración familiar, la adopción sirve también para modificar el orden de la sucesión, sobre todo a efectos de descartar al hijo emancipado que pretende contraer segundas nupcias. Por otro lado, la adrogación permite la integración del adoptado y de los suyos en una familia en la cual encontrará ciertas «ventajas socio profesionales», como sucedía por ejemplo cuando un patricio era abrogado por un plebeyo para acceder eventualmente al cargo de tribuno de la plebe. Hasta la caída del Imperio romano de Occidente, la capacidad de adoptar era unicamente reconocida al *Pater familias*, quedando por ende fuera tanto las mujeres como los esclavos y los eunucos.

Influenciada por los preceptos de la Iglesia, que exaltaba la superioridad del parentesco espiritual sobre el de la carne, Bizancio conservará esta forma de filiación voluntaria más allá del siglo IX, a condición de que la adopción vaya acompa-

ñada del bautismo. El Imperio de Oriente la extiende inclusive a ciertas categorías de individuos hasta entonces excluidas, invocando para ello la superioridad moral del parentesco espiritual.

Absorbida cada vez por el instituto del padrinazgo, la adopción pierde progresivamente su significación en la Edad Media. Entre los siglos X et XII, el feudalismo modifica las leyes de sucesión, favoreciendo a los hijos biológicos, en detrimento de los adoptivos, los cuales eran despojados de derechos sucesorios. Al perder su naturaleza sucesoria, la adopción se convierte en una mera institución caritativa administrada por los hospitales de la Iglesia.

Con la llegada de la modernidad renace el interés por la adopción. Los filósofos del Iluminismo recuerdan que la sociedad no se explica a partir de la voluntad divina o la tradición, sino como resultado de una convención entre individuos libres. Considerado en adelante como creación del ingenio humano, el derecho se convierte en un arte que permite repensar y modelar los vínculos sociales. Dicha perspectiva nueva revoluciona la representación medieval del vínculo familiar, el cual deja de ser concebido en función de la comunidad para pensarse exclusivamente en torno al individuo. El parentesco y la filiación abandonan la evidencia de los lazos de sangre, y serán cada vez mas asimilados a la «ley del sentimiento». Montaigne recuerda que uno engendra por «el alma y que son nuestros hijos aquéllos que damos a luz con nuestro espíritu». Jurisconsultos como Bodin en el siglo XVI, o Prost de Royer en el siglo XIX, redescubren la institución romana de la adopción, que había caído en desuetudo durante la Edad Media, y reivindican, en sus tratados y diccionarios, el derecho natural de dar el nombre de hijo a quien el corazón escoja.

Fruto de dicha filosofía voluntarista, la Revolución Francesa restaurará la adopción por medio de un decreto de 18 de enero de 1792, sin precisar el régimen jurídico aplicable, que será establecido doce años más tarde por el Código Napoleónico. Pero la adopción permite crear un vínculo de filiación solamente entre dos mayores. Será necesaria la promulgación de la ley de 19 de junio de 1923 para hacer posible la adopción de menores.

El derecho positivo francés

Desde 1966, la ley permite indistintamente a los solteros o a las parejas unidas por el matrimonio adoptar un niño pupilo de Estado, abandonado jurídicamente o extranjero. La adopción puede ser simple o plena, la primera produce la yuxtaposición de los lazos de filiación biológica y adoptiva, la adopción plena confiere una filiación de sustitución.

Estos dos modelos de adopción obedecen a regímenes jurídicos diferentes. En el caso de la adopción plena, que concierne únicamente a los niños menores de quince años, es otorgada por un juez después de realizar un control administrativo sobre las condiciones educativas y psicológicas de acogida ofrecidas por el solicitante (autorización). Por el contrario, la adopción simple no requiere autorización

previa, y el juez la otorga a la simple demanda de los padres, después de haber verificado que se cumplen los requisitos legales.

Dicho sistema no está abierto a cualquier persona. Al no poder acceder al matrimonio, quedan excluidas de la adopción las parejas homosexuales[5]. Además, en respuesta a las demandas de gays y lesbianas, la jurisprudencia considera que la homosexualidad del adoptante puede constituir un obstáculo legítimo a la adopción del niño.

Aparición social de una «familia homosexual»

Desde hace mucho tiempo, los homosexuales hombres y mujeres, se enfrentan a diversos problemas relacionados con la adopción. Tanto cuando se trata de la residencia de sus propios hijos, del derecho de visita tras el divorcio, como del ejercicio a la patria potestad, en numerosos procesos, la justicia ha fallado en Francia en contra del padre homosexual[6]. Pero los gays y las lesbianas no han esperado una ley para fundar sus familias. La novedad de la situación actual no radica tanto en la creación de una vida familiar (después de todo, nada impide que un gay o una lesbiana se reproduzcan biológicamente), cuanto en el reconocimiento jurídico *ex nihilo* de los vínculos de filiación. En ese sentido, la organización de los homosexuales en asociaciones que tienen como objetivo la igualdad de derechos familiares, en particular los concernientes a la filiación, ha permitido la aparición de una reivindicación política. La asociación de padres gays y lésbicos (APGL) creada en 1986 cuenta hoy en día con más de mil miembros. A pesar de su activismo político, dicha asociación no ha conseguido introducir en el Pacto Civil de Solidaridad derechos de filiación para las parejas del mismo sexo. Inclusive se le ha denegado su inscripción en la Unión Nacional de Asociaciones Familiares, y, recientemente, ha sido excluida del Consejo Superior de la Información sexual[7]. A pesar del contexto desfavorable, según los sondeos de opinión, el 7% de los hombres homosexuales y el 11% de las mujeres lesbianas son hoy en día padres, y el 30% desean serlo algún día. Pero el derecho permanece sordo a esta demanda social. En efecto, las leyes de bioética de 1994 prohíben el acceso a la procreación artificial para la mujer soltera; sólo puede acceder a dicha técnica la pareja heterosexual estéril y en edad de procrear. La adopción plena mancomunada está reservada a las parejas casadas, y la maternidad de sustitución es una actividad prohibida expresamente por la ley francesa. Muchas lesbianas intentan hacerse inseminar en los hospitales belgas, españoles o ingleses, y algunas parejas gays francesas firman contratos de maternidad de sustitución en los Estados Unidos, con el fin de concretar

---

[5] D. Borrillo, «Uniones del mismo sexo y libertad matrimonial», *Jueces para la democracia*, n.° 35, juillet 1999, Madrid, pp. 15-18.

[6] D. Borrillo, «La protection juridique des nouvelles formes familiales: le cas des familles homoparentales», *Mouvements* n.° 8, Paris, mars-avril 2000, pp. 54-59.

[7] «Le conseil supérieur de l'information sexuelle fermé aux gays», *Le Monde*, 16 septembre 2002.

un proyecto parental. A pesar de las actividades regulares y constantes de las asociaciones de defensa de los derechos de gays y lesbianas, el Pacto Civil de Solidaridad no modificó en absoluto las reglas que gobiernan la filiación. Solo la pareja heterosexual puede aspirar a la paternidad y, a diferencia de otros países, el sistema jurídico francés impide cualquier forma de doble asignación masculina o femenina. Pero, tal y como habíamos subrayado, mas allá de la cuestión de la pareja homosexual (homoparentalidad), es la posibilidad misma del individuo de acceder a la filiación adoptiva la que resulta cuestionada por la jurisprudencia (monoparentalidad).

Negativa del Consejo de Estado

A partir de los años noventa, dicha inscripción de la filiación en un «orden procreativo», fundado en la diferencia de sexos, aparecerá progresivamente en el control administrativo relativo a las condiciones de acogida del demandante en el momento del otorgamiento de una autorización. Los presidentes de los Consejos generales[8] intentan elegir entre los candidatos a la adopción a aquéllos que responden al modelo de la familia biparental. El 24 de abril de 1992, el Consejo de Estado anuló una decisión en virtud de la cual se había denegado la autorización a un hombre en quien la Administración había observado «tendencias homosexuales reprimidas», dado que no había sido probado ningún elemento concreto que pudiera hacer peligrar el interés del niño. No obstante, este fallo deja entrever los límites del razonamiento del juez administrativo respecto de los solteros gays o lesbianas, a saber: la orientación sexual no constituye un obstáculo para la adopción, a condición que sea ocultada por el candidato.

A partir de 1994, la jurisdicción administrativa da un giro en su jurisprudencia consagrando el principio de la familia bi-parental sugerido por la retórica de los asistentes sociales, los psicólogos o los psiquiatras encargados de instruir la solicitud de autorización, retórica que define la construcción psíquica del niño en referencia a lo masculino y lo femenino. Así, el 18 de febrero de 1994, el Consejo de Estado confirma la denegación de la autorización, subrayando que el proyecto de adopción de la solicitante revela una «ausencia de imagen paterna»; el niño es deseado simplemente como «un medio para poner fin a la soledad». En el mismo orden de ideas, la Corte de apelación administrativa de París, confirmó el 25 de febrero de 1996 la denegación de autorización de la Administración a la solicitud de una mujer soltera que, debido a su concepción personal de la vida, «deseaba evitar asumir el riesgo de un fracaso en su relación de pareja, ocultando de ese modo al niño la función paterna o su representación». De acuerdo con la misma lógica, un fallo del Consejo de Estado, de 25 de octubre de 1995, anula la denegación de autorización efectuada por la Administración en la medida en que, vistos los informes

---

[8] Organismo encargado de la política de autorización administrativa en materia de adopcion.

de los asistentes sociales, la solicitante no se había «opuesto a la presencia del padre en el seno de la célula familiar». A partir de este momento, el adoptante estará obligado bien a vivir en pareja en el momento de solicitar la adopción, bien a comprometerse en el futuro a una vida familiar, y exclusivamente bajo esta condición autorizará la Justicia la adopción por un soltero.

El 9 de octubre 1996, el Consejo de Estado no sólo reafirma su doctrina, sino que va aun más lejos, cuando el candidato a la adopción revela su homosexualidad[9]. En el caso en cuestión, el solicitante, profesor de física en el Liceo francés de Londres, tutor del hijo de uno de sus amigos difunto, no había ocultado al asistente social su homosexualidad, y declaró inclusive que mantenía una relación estable con un hombre que vivía en París, con quien proyectaba compartir su vida, a su regreso a Francia. La Administración denegó la autorización a pesar de las cualidades del solicitante, y de la promesa de la presencia regular de una amiga mujer en el entorno del niño. El Consejo de Estado confirmó dicha denegación, considerando que «respecto a la condición de vida y a pesar de la cualidad humana y educativa indudables, el solicitante no presentaba garantías suficientes en el plano familiar, educativo y psicológico para recibir un niño adoptado». En dos fallos de 12 de febrero de 1997, el Consejo de Estado confirmó dicha decisión retomando literalmente el argumento en un caso en el que la solicitante era una mujer homosexual.

Dicha jurisprudencia no fue cuestionada por la Ley del 15 de noviembre 1999 (*Pacte Civil de Solidarité*) que reconoce a las parejas del mismo sexo[10]. Dos decisiones de octubre 2000 de las cortes de apelaciones administrativas de Douai y de Nancy, retoman exactamente la motivación de principio del Consejo de Estado[11]. La jurisprudencia administrativa se empecina en reducir la filiación adoptiva a una imitación de la reproducción sexuada, modelizada gracias a un discurso antropológico y psicoanalítico de la diferencia de sexos, cuya finalidad es abiertamente la de establecer de una forma duradera, por lo menos en Francia, el dominio del parentesco en un modelo inmutable, presentado como universal e invariable.

La cuestión fue sometida finalmente al Tribunal Europeo de Derechos Humanos por Philippe Fretté, que recurrió el fallo del Consejo de Estado que había confirmado la denegación del derecho de adopción. El demandante sostenía ante el Tribunal que el goce del derecho a la vida privada y familiar, reconocido por el artículo 8, debía asegurarse a todos sin distinción alguna, con independencia de su sexo (art. 14)[12], entendiendo que había sido víctima de una discriminación a causa de su orientación

---

[9] «Adoption et homosexualité: analyse critique de l'arrêt du Conseil d'Etat du 9 octobre 1996» (avec Th. Pitois-Etienne) in *Homosexualités et Droit: de la tolérance sociale à la reconnaissance juridique*, (ouvrage collectif) Presses Universitaires de France, coll. «Les voies du droit», Paris, mayo de 1998. (2da edición corregida en mayo de 1999)

[10] Daniel Borrillo y Pierre Lascoumes, *Amoures égales? Le Pacs, les homosexuels et la gauche*, La Découverte, Paris, 2002.

[11] Françoise Gaspard y Daniel Borrillo, «Adoption et homosexualité: les juges contre la loi», *Le Monde* 12 de enero del 2001.

[12] El Tribunal europeo considera que la noción de sexo del articulo 14 engloba la orientación sexual (fallo Salgueiro da Silva Mouta contra Portugal)

sexual. En una decisión de 26 de febrero del 2002, el Tribunal de Estrasburgo[13] confirmó (con mayoría de 4 votos sobre 7) la legitimidad de la denegación de la autorización decidida por el Estado francés. En primer lugar, el tribunal consideró que la denegación se apoyaba de manera determinante en la homosexualidad declarada del demandante. El tribunal estimó además que dicha decisión perseguía un objetivo legítimo: «proteger la salud y los derechos del niño adoptable». Finalmente, declaró que el tratamiento diferencial estaba justificado objetiva y razonablemente por los siguientes motivos:

1) «La existencia de un amplio margen de apreciación de los Estados contrayentes en la materia, teniendo en cuenta la ausencia de un punto de vista común sobre el tema»,
2) «la división de la comunidad científica respecto de las consecuencias eventuales de la acogida de un niño por uno o varios padres homosexuales»,
3) «las profundas divergencias en las opiniones públicas nacional e internacional»,
4) «el número reducido de niños que pueden ser adoptados en relación a la demanda».

Esta decisión es criticable por varias razones:

Primero, respecto del argumento del objetivo legítimo buscado por la Convención, el Tribunal Europeo considera implícitamente que la homosexualidad constituye una amenaza para la salud y los derechos del niño, sin que se sepa en qué se basa dicha afirmación, ya que el fallo no trata de justificarla ni desde una perspectiva jurídica, ni desde un punto de vista fáctico. Yendo al extremo de la lógica implícita utilizada por tribunal, dicho argumento implica considerar a la homosexualidad como una enfermedad o, por lo menos, como una situación susceptible de perturbar al niño, es decir, condicionarlo en su orientación sexual, la cual debería tomar necesariamente la vía «sana» de la heterosexualidad. Dicha incitación a transformarse en heterosexual nos parece bastante extravagante. Un Estado democrático no tiene por qué privilegiar una sexualidad en particular, del mismo modo que no debe privilegiar una raza o una religión determinada. Con independencia de que se trate de caucásicos, negros, ateos o creyentes, homosexuales o heterosexuales, todos los ciudadanos merecen el mismo tratamiento ante la ley.

Además, la interpretación que hace el Tribunal respecto del «punto de vista común sobre el tema» es discutible. El conjunto de los Estados miembros del Consejo de Europa que reconocen un derecho individual a la adopción no excluyen explícitamente a los homosexuales. En ese sentido, y según el principio que establece que lo que no esta prohibido por la ley esta permitido, podemos afirmar que existe un punto de vista común consistente en no subordinar la adopción a la orientación sexual del adoptante.

---

[13] Affaire *Fretté c. France* (Requête n.° 36515/97) 26/02/02.

El segundo argumento, relativo «la división de la comunidad científica respecto de las consecuencias eventuales de la acogida de un niño por uno o varios padres homosexuales», no es avalado por ningún estudio científico. Mientras que, durante el proceso, el demandante presentó el resultado de varias investigaciones, el Estado francés se limitó a invocar una controversia científica inexistente. En efecto, una mayoría de encuestas muestra que la orientación sexual de los padres no tiene incidencia alguna en la psicología del niño[14]. En 1995, un informe de la *Asociación Americana de Psicología* concluyó que sobre 43 estudios efectuados en los Estados Unidos ninguno observó problemas particulares en los hijos de padres homosexuales o educados por familias homoparetales[15]. El mismo año, una investigación realizada en el Reino Unido sobre jóvenes adultos provenientes de familias monoparentales, de los cuales la mitad había sido educado por madres heterosexuales y la otra mitad por madres lesbianas, demuestra que no existe diferencia alguna entre los dos grupos ni en cuanto a la frecuencia de problemas psicológicos ni en cuanto a la proporción de homosexuales. La *Academia Americana de Pediatría,* de la que forman parte 55.000 médicos, considera que no existe ningún fundamento científico que permita excluir un individuo o una pareja homosexual de un proyecto parental[16]. La tesis en medicina de Stéphane Nadaud sobre niños educados por familias homoparentales llega a la misma conclusión[17]. Es más, en 1999, el informe elaborado por una comisión de expertos creada por el gobierno sueco, que analizó los resultados de 40 investigaciones internacionales y las conclusiones de una encuesta *ad hoc* encomendada por el mismo gobierno, recomendó no solo autorizar la adopción en el caso de parejas homosexuales, sino también la procreación artificial para las mujeres solas o unidas a otras mujeres[18].

El tercer argumento del Tribunal, fundado en la divergencia de las opiniones públicas nacionales e internacionales, resulta bastante inconsistente. El sentimiento popular puede ciertamente inspirar las costumbres o las normas informales de la sociedad, pero en ningún caso deben erigirse en fuente del derecho. La democracia de opinión resulta ajena a los principios que gobiernan la creación y la aplicación de la norma jurídica.

Finalmente, el argumento relativo a la poca cantidad de niños susceptibles de ser adoptados resulta discutible, tanto en cuanto a la forma, como al fondo. En primer lugar, no se puede subordinar el goce de un derecho a su ejercicio efectivo; por ejemplo, el derecho de propiedad no existe en función de la disponibilidad del

---

[14] Fiona L Tasker, Susan Golombok, *Growing up in a Lesbian Family*, The Guilford Press, New York, 1997

[15] www.apa.org

[16] E. Jardonnet, «Homoparentalité et intérêt de l'enfant», *Le Monde,* 25/06/02.

[17] «Approche psychologique et comportementale des enfants vivant en milieu homoparental. Etude sur un échantillon de 58 enfants élevés par des parents homosexuels», Thèse pour le diplôme d'état de docteur en médecine, Université Bordeaux II, 2000.

[18] *Children in Homosexual Families*, «Report from de Commission on the Situation of Children in Homosexual» Families, Graphium/Norstedts AB, Stockolm 2001 (www.fritzes.se). Luego de dicha recomendación la ley fue modificada en Suecia otorgando la igualdad de derechos a gays y lesbianas.

mercado inmobiliario, del mismo modo que la libertad de circulación no depende del número de compañías aéreas o de la cantidad de trenes disponibles. Desde el punto de vista formal, ciertamente un derecho abstracto sin materialización real se convierte en letra muerta, pero, retomando el argumento del tribunal, si los niños susceptibles de adopción son escasos en Europa occidental, en el mundo son muchísimos los que esperan una familia que los reciba.

Los argumentos desarrollados por el Tribunal que sirven para justificar un tratamiento discriminatorio de los homosexuales nos parecen poco pertinentes. Además, el principio relativo a la «relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo buscado» no fue respetado. Ciertamente, el interés del niño debe primar sobre el derecho de los adultos, pero este objetivo señalado por el Tribunal es conseguido por medio de la exclusión total y absoluta de todos los padres gays y lesbianas. De hecho, el fallo no se pronuncia sobre el destino de un niño determinado, sino sobre el destino de todos los niños susceptibles de ser adoptados. No se refiere tampoco a un candidato, sino, por medio de él, a todos los homosexuales candidatos a la adopción. De ahora en adelante pues, la homosexualidad constituye una barrera legítima, absoluta y general al derecho de adoptar un niño.

Este fallo es tanto más sorprendente cuanto que contradice lo que el mismo tribunal había decidido el 21 de diciembre de 1999 en el caso Salgueiro da Silva Mouta vs Portugal. En este caso, se trataba de un padre homosexual a quien, por exigencia de su ex-mujer, se le había retirado el ejercicio de la patria potestad. En dicha ocasión, la corte de Lisboa había dado la razón a la esposa considerando que un niño «debe vivir en el seno de una familia tradicional portuguesa» y que «no debe crecer a la sombra de situaciones anormales». El Tribunal Europeo condenó a Portugal, subrayando que la diferencia de tratamiento efectuada por la Corte de Lisboa fue «dictada por consideraciones referidas a la orientación sexual del demandante, distinción que no será tolerada por la Convención»[19].

En 1994, el Parlamento europeo se había pronunciado ya en un sentido similar. Una resolución del 8 de febrero invita a la Comisión a presentar un proyecto de recomendación sobre «la igualdad de los homosexuales y lesbianas a fin de poner a término, entre otras, a la restricción de sus derechos a ser padres o a adoptar y educar un niño».

Incidencia de la decisión europea en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés

Después del caso Fretté, el Consejo de Estado francés tuvo que pronunciarse sobre la validez de una denegación de autorización de adopción a una joven mujer que vivía en pareja estable con otra mujer. En una decisión del 5 de junio del 2002 la jurisdicción administrativa confirmó tal denegación, fundándose para ello en

[19] CEDH, Quatrième Session, Affaire Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal (Requête n.° 33290/96).

cuatro argumentos[20]. En primer lugar, en la fase introductoria, el Consejo de Estado recuerda que en materia de autorización, el juez administrativo debe limitar su control al error de derecho o a la desnaturalización de los hechos, mientras que desde 1991, había ampliado dicho control censurando también todo error de apreciación, inclusive no manifiesto, y, ello, para limitar los posibles abusos de una Administración tentada por criterios de selección no previstos por la ley. Es sorprendente, por ello, este retorno a un control restringido, salvo, claro está, si se piensa que el Consejo considera la denegación de la autorización como una situación excepcional. Si tal es efectivamente el caso cuando el candidato a la adopción es un heterosexual, tratándose de un homosexual la regla no se aplica. El control restringido permite así dar un cheque en blanco a la Administración, la cual, muy a menudo, rechaza la autorización a los candidatos gays y lesbianas.

En segundo lugar, el Consejo de Estado estimó que, si el artículo 343.1 del Código Civil francés abre la adopción a los individuos (solteros o casados), tal facultad no impide a la autoridad administrativa investigar si el candidato adoptante ofrece una «imagen o un referente» paterno o materno en su propia familia o en el círculo cercano. El fallo considera inclusive que, obrando así, la Administración no comete un error de derecho. En efecto, dicha investigación se legitima en la obligación de verificar si las «condiciones de acogida del demandante en el plano familiar, educativo y psicológico corresponde a las necesidades y al interés del niño adoptado»[21]. Suponiendo que la presencia de una imagen o de un referente paterno y materno pudiera constituir una condición para la adopción de un niño cuando éste referente podría justamente haber sido encontrado en su entorno familiar (padre, hermanos, tíos...), lo cierto es que ni la autoridad administrativa ni el Consejo de Estado se preocuparon en saber si E. Berthet proponía una referencia del sexo opuesto. Peor aún, al rechazar el control de error de apreciación de la Administración, inclusive no manifiesto, el Consejo de Estado se cerró las puerta que le permitían comprobar si entre los elementos de la investigación efectuada por los servicios sociales de los consejos generales, la candidata ofrecía dicho referente paterno.

En tercer lugar, el Consejo de Estado considera que, al fundar su negativa de autorización en las «condiciones de vida del candidato», eufemismo para designar su homosexualidad, la Administración no ha basado de ningún modo su decisión en una posición de principio acerca de las «orientaciones sexuales de la solicitante», ni ha operado un tratamiento diferenciado injustificado de acuerdo con los artículos 8 y 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos. No deja de sorprendernos este argumento, pues ignora o finge ignorar la doctrina del propio Tribunal Europeo establecida en el caso Fretté, en el que se afirma expresamente que la homosexualidad autoriza un tratamiento discriminatorio fundado en el interés

---

[20] CE, 5 juin 2002, affaire E. Berthet contre décision du conseil général du Jura, Req. n.º 230533, AJDA juillet-août 2002, pp. 615-623.

[21] Article 4 du décret du 1er septembre 1998.

del niño. Si el juez francés no ha tenido en cuenta la motivación del Tribunal, criticable ciertamente, pero eficaz a la hora de oponerse a la homoparentalidad, quizás sea simplemente para evitar los argumentos justificadores del tratamiento discriminatorio hacia los homosexuales. Es más, en virtud de su propia doctrina, el Consejo de Estado se obliga a denegar toda autorización en la cual no se haya verificado la existencia de una doble referencia paterna y materna. Si bien es cierto que impone dicha condición a los solteros heterosexuales, confirmando de ese modo la denegación de autorización, el Consejo de Estado lo hace solo después de haber analizado la situación *in concreto,* subrayando en la investigación administrativa los elementos de hecho que justifican dicha solución. Así, en el caso «Francous», el Consejo ha confirmado la denegación de la autorización después de haber concluido que el niño era deseado no tanto por sí mismo, sino, más bien, para poner fin a la soledad de la candidata a la adopción, y que, en consecuencia, el niño corría el riesgo de sufrir por la ausencia de una imagen paterna. Dicha apreciación *in concreto* no se lleva a cabo cuando se trata de un candidato homosexual. El Consejo de Estado ha decidido de una vez por todas, e *in abstracto,* que un homosexual es incapaz de ofrecer al niño una imagen del sexo opuesto. En el último argumento del Consejo se deja entrever una posición dogmática contra la adopción por gays y lesbianas. Las calidades de E. Berthet son subrayadas por los jueces cuando dicen: «debido a la condición de vida, y a pesar de la calidad humana y educacional, la solicitante no presenta las garantías suficientes en el plano familiar, educativo o psicológico para acoger al niño adoptado».

Dicho argumento del Consejo de Estado implica una censura no solo de la homoparentalidad, sino también la familia monoparental. En efecto, la nueva condición de diferencia de sexos introducida por dicha jurisprudencia (*contra legem*) obliga al futuro adoptante soltero a posicionarse frente al niño como alguien cuyo destino es la vida en pareja heterosexual.

Conclusión

Ante la confusión introducida por los fallos del Consejo de Estado, confirmados en parte por el Tribunal Europeo, se hace necesario reafirmar la autonomía del derecho en el proceso de creación de un vínculo familiar[22]. La reforma del derecho de familia de 1972 había empezado a privilegiar la «función parental», distanciándose de la asignación sexual de los papeles familiares. El profesor Jean Carbonnier, autor de la reforma, había inclusive hablado de la «hermafroditización» de un derecho de familia que llegó a sustituir los términos «marido y mujer» o «padre y madre» por los de «cónyuge» y «parientes», con el fin de poner de manifiesto que la alianza y el parentesco constituyen, desde el punto de vista jurídico,

---

[22] Ver Tesis Doctoral de Thomas Formond, *Les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle en droit privé*, Université de Paris X-Nanterre, septiembre 2002.

ante todo una función, o lo que es lo mismo, una imputación normativa que reenvía a derechos y obligaciones. Y, a pesar de la importancia que dicha reforma otorga a la verdad biológica, la voluntad individual sigue teniendo prioridad[23]. Veinte años más tarde, las leyes de bioética de 1994 pusieron fin a dicha evolución[24] arraigada en la concepción voluntarista y liberal de la familia. Las reformas del derecho de familia no se ponen ya en marcha en nombre de la libertad de los cónyuges o de la igualdad de la filiación natural y legítima, sino en nombre de la «diferencia de sexos» y de la «buena estructuración psíquica del niño».

Ya no son los valores políticos los que organizan las reformas legales en la materia sino la retórica psicoanalítica y antropológica. Como otrora, cuando el «orden natural» y la «voluntad divina» subordinaban las sociedades al orden teológico, hoy día, en Francia, los imperativos del «complejo de Edipo» o del «orden simbólico»[25] han pretendido sustituir al debate democrático. Si bien dicha empresa no impidió al Legislador otorgar derechos a las parejas homosexuales, sirvió para fortalecer la limitación de la cuestión a la alianza sin otorgar derecho alguno de filiación. Derrota de lo político, pero claudicación también del derecho, en la medida en que ya no es el juez de primera instancia quien decide sobre la adopción (ya que el sistema de autorización administrativa lo impide), sino la vulgata psicoantropológica de los asistentes sociales, alentados por el Consejo de Estado, que hace de ellos los nuevos depositarios del otorgamiento de un permiso de adopción. No se trata de criticar la importancia de la intervención de dichos profesionales en el proceso de autorización de la adopción, sino de denunciar un sistema en el que, por una apreciación abstracta e ideológica (que considera la heterosexualidad como el modelo de acogida del niño), se despoja del derecho de adoptar a muchos candidatos aptos. Dicha ideología pone de manifiesto que no es tanto el interés del niño lo que prima, sino la defensa de la heterosexualidad como modelo social. Como en muchos otros ámbitos, es a través la vaga noción del interés del niño como arreglan sus cuentas los adultos...

La evolución actual de las legislaciones de África del Sur, Dinamarca, Holanda, Reino Unido, Islandia, Suecia, Québec y algunas comunidades autónomas de España, que admiten ya la adopción para las parejas homosexuales, producirá, probablemente, un cambio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo, y una futura condena al Estado francés.

---

[23] Guy Raymond, «Volonté individuelle et filiation par le sang», RTDC, Paris 1982, 538.

[24] D. Mehl, *Naître? La controverse bioéthique*, Bayard 1999.

[25] La sociologa Irène Théry, consejera del gobierno para la reforma del derecho de familia, utilizó el argumento del «orden simbólico de la diferencia de sexos» para justificar la desigualdad de las parejas homosexuales. En relación con la noción de «orden simbólico» ver la crítica de M. Iacub, «Le couple homosexuel, le droit et l'ordre symobolique», *Le Banquet* n.° 12-13, septiembre/octubre 1998.