

Dictamen de Consejo de Estado

Número de expediente: 3013/2003 (ADMINISTRACIONES PUBLICAS)

Referencia: 3013/2003

Procedencia: ADMINISTRACIONES PUBLICAS

Asunto: Adecuación al orden de competencias derivado de la Constitución y Estatuto de Autonomía del País Vasco de la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho.

Fecha de Aprobación: 11/12/2003

TEXTO DEL DICTAMEN

Resulta de antecedentes:

Primero.- En el Boletín Oficial del País Vasco de 23 de mayo de 2003 fue publicada la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho. Consta de una exposición de motivos, 19 artículos, dos disposiciones adicionales, dos disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y dos disposiciones finales.

La exposición de motivos comienza afirmando que, en el ejercicio de la libertad personal, "muchas personas constituyen unidades de relación afectivo-sexuales de carácter estable sin llegar a formalizarlas en un contrato matrimonial, bien porque no desean sujetarse a este régimen, bien porque, al tratarse de parejas del mismo sexo, no tienen la posibilidad de casarse". Tras subrayar la ausencia de regulación, destaca que sufren especial desprotección "los grupos familiares en los que la pareja está compuesta por dos hombres o dos mujeres, que se ven discriminados frente al resto de parejas por ejercer una opción afectivo-sexual tan legítima como cualquier otra al ver negado por el ordenamiento jurídico el acceso al matrimonio y, en algunos casos, el ejercicio de los mismos derechos de que gozan las parejas no casadas compuestas por un hombre y una mujer". Invoca los artículos 39, 9.2, 10.1 y 14 de la Constitución.

Considera que el principio de no discriminación se incumple, especialmente, en el caso de las personas homosexuales, que se ven excluidas del derecho a contraer matrimonio, a pesar de que dicha exclusión no figura en el texto constitucional y que resulta contraria a la resolución de 1 de octubre de 1981 aprobada por la Asamblea de Parlamentarios del Consejo de Europa, relativa a los derechos de los homosexuales, que el Parlamento Vasco hizo suya mediante una proposición no de ley aprobada el 28 de mayo de 1982; a la resolución adoptada por el Parlamento Europeo en 1984, en la que se hacía eco de la evolución de la realidad social en la Unión Europea y aprobaba la primera iniciativa a favor de la adopción de medidas tendentes a promover la igualdad de lesbianas y gays; a la resolución del Consejo de Europa de 7 de mayo de 1988, que postula el reconocimiento de la eficacia de los contratos y pactos matrimoniales entre convivientes de hecho; a la resolución del Parlamento Europeo de 6 de febrero de 1994 sobre igualdad de derechos de los homosexuales en la UE, que el Parlamento Vasco hizo suya mediante la aprobación de una proposición no de ley de 23 de junio de 1995;

al artículo 13 del Tratado de Amsterdam que faculta al Consejo a luchar contra la discriminación por razón de la orientación sexual. Añade que el 26 de septiembre de 2000 la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ha recomendado a los Gobiernos de los Estados miembros que adopten medidas para poner fin a la discriminación de las personas homosexuales.

Más adelante cita el artículo 9 del Estatuto de Autonomía del País Vasco, según el cual los poderes públicos vascos deben velar y garantizar el adecuado ejercicio de los derechos y deberes fundamentales de los ciudadanos, así como adoptar las medidas necesarias para promover y remover los obstáculos para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean efectivas y reales, facilitando la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social del País Vasco. Asimismo, los poderes públicos vascos velarán y garantizarán el adecuado ejercicio de los derechos y deberes fundamentales de los ciudadanos e impulsarán particularmente una política tendente a la mejora de las condiciones de vida.

La Comunidad Autónoma ostenta competencias en diversas materias que afectan a la situación de las parejas de hecho, tales como la conservación, modificación y desarrollo del derecho civil foral y especial, escrito o consuetudinario, propio de los territorios históricos que integran el País Vasco, y la fijación del ámbito territorial de su vigencia (artículo 10.5); organización, régimen y funcionamiento de las instituciones y establecimientos de protección y tutela de menores (artículo 10.14); sanidad interior (artículo 18.1); y, especialmente, asistencia social (artículo 10.12). Añade que "es necesario, por tanto, hacer mención explícita en el derecho positivo a la aplicación del principio de no discriminación a la libre constitución de modelos familiares distintos al tradicional, para que en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico de la Comunidad Autónoma de Euskadi nadie pueda ser discriminado por razón del grupo familiar del que forme parte, tenga éste su origen en la filiación, en el matrimonio o en la unión afectiva y sexual de dos personas, sean del mismo o distinto sexo.

La Ley pretende contribuir y avanzar hacia la superación de todas las discriminaciones que por razón de la condición o circunstancia personal o social de los componentes de la familia, entendida en la diversidad de formas de expresar la afectividad y la sexualidad admitidas culturalmente en nuestro entorno social, perduran en la legislación, y perfeccionar el desarrollo normativo de los principios constitucionales de no discriminación, libre desarrollo de la personalidad y protección social, económica y jurídica de la familia, adecuando la normativa a la realidad social del momento histórico.

Al sintetizar el contenido de la Ley, la exposición de motivos reitera que la Ley pretende poner fin a la discriminación legal que padecen muchas personas al hacer uso de su libertad de configurar el modelo de familia que se adecua al desarrollo de su personalidad, dentro de un marco de respeto a todas las opciones afectivo-sexuales y a los principios de pluralidad, igualdad y libertad. El Capítulo III regula la adopción y el acogimiento familiar de menores, así como el régimen sucesorio aplicable a las parejas inscritas. En el primer caso, se trata de poner fin a la discriminación que padecen únicamente las parejas compuestas por dos hombres o por dos mujeres, que son las que se ven privadas en el actual ordenamiento jurídico de la posibilidad de adoptar o acoger

conjuntamente; en el segundo, la Ley equipara el régimen de las parejas de hecho inscritas con el de los matrimonios.

La estructura de la Ley es la siguiente:

- Capítulo I. Disposiciones generales (artículos 1 a 4).
- Capítulo II. Contenido de la relación de pareja (artículos 5 y 6).
- Capítulo III. Adopción, acogimiento y régimen sucesorio
- Capítulo IV. Régimen de Derecho público- administrativo (artículos 10 a 17).
- Capítulo V. Extinción de la pareja de hecho (artículos 18 y 19).

Segundo.- Figura en el expediente la propuesta de acuerdo por la que se solicita del Presidente del Gobierno la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 8 ("de la adopción") de la Ley del Parlamento Vasco 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho, con expresa invocación del artículo 161.2 de la Constitución, de acuerdo con lo establecido en el artículo 30 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, a fin de que se produzca la suspensión del precepto de la ley objeto del recurso. Se indica que en la reunión del Consejo de Ministros celebrada el 1 de agosto de 2003 se aprobó la propuesta citada.

Las razones que fundamentan la interposición del recurso son las siguientes:

a) La regulación de la adopción en el seno de las parejas de hecho forma parte del ámbito propio del derecho civil. A la vista de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la materia (SSTC 121/1992, 182/1992, 88/1993, 156/1993, 226/1993), el desarrollo del derecho civil foral o especial debe producirse en un marco previo de referencia que, en el caso de la Comunidad Autónoma del País Vasco, se contiene en la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco, y demás leyes especiales.

Las únicas referencias a la institución de la adopción en el derecho civil foral del País Vasco se concretan en la inclusión de los hijos adoptivos entre los parientes tronqueros (artículos 20.1 y 4 y 53.1 de la Ley 3/1992, de 1 de julio), siguiendo el sentido de la Ley del Parlamento Vasco 6/1988, de 18 de marzo, sobre libertad de otorgamiento de capitulaciones matrimoniales e igualdad de hijos a efectos sucesorios, sin que exista en el derecho civil foral del País Vasco regulación específica alguna sobre la institución de la adopción. Tal regulación carece de antecedentes en el ámbito de la legislación civil del País Vasco, de modo que una regulación como la del artículo 8 de la Ley 2/2003 no puede encontrar amparo en la competencia exclusiva del País Vasco reconocida en el artículo 10.5 del Estatuto de Autonomía, dado que no desarrolla ninguna disposición del derecho civil foral de la Comunidad Autónoma ni es posible establecer una institución conexas con la regulación aprobada, en los términos establecidos por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 88/1993. Todo ello determina la vulneración de la

competencia estatal del artículo 149.1.8ª CE, ejercida a través de la regulación contenida en los artículos 175 y siguientes del Código Civil y en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

Asimismo, la Ley 2/2003, en la medida que introduce una regulación de derecho civil, modifica la propia legislación civil foral del País Vasco, constituida por la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco, la cual establece taxativamente (artículo 1) que el derecho civil foral de los territorios del País Vasco está constituido por las disposiciones de la propia Ley 3/1992, a la vez que regula específicamente (artículos 5, 131, 146 y 148), de forma diferente para cada territorio histórico, la cuestión del ámbito de aplicación de ese derecho civil foral. Por ello, el artículo 8 de la Ley 2/2003 supone una doble vulneración del derecho civil foral, dado que se trata de una regulación de carácter civil no incluida en la Ley 3/1992 y, al tratarse de una norma de aplicación general, tampoco respeta los criterios de aplicación territorial de los derechos civiles de los distintos territorios históricos incluidos en la Ley 3/1992.

b) Finalmente, el artículo 8 de la Ley 2/2003 es contrario al mandato contenido en el artículo 39.2 de la Constitución, en la medida en que dicho precepto desconoce la prevalencia del interés del menor sobre el interés en adoptar de los miembros de la pareja de hecho; dicha prevalencia del interés del menor, que se desconoce en este artículo al considerar como prevalente el interés en adoptar y no hacer ninguna referencia al interés del menor adoptado, se encuentra consagrada como principio rector de la adopción en el artículo 176.1 del Código Civil, así como en los tratados internacionales sobre la materia ratificados por España (Convenio de Naciones Unidas sobre los derechos del niño y Convenio de La Haya sobre la protección del niño y la cooperación en materia de adopción internacional).

Tercero.- Figura en el expediente el informe de la Dirección General de Política Autonómica de 15 de septiembre de 2003. Indica que la Ley fue examinada por la Comisión de Seguimiento de Disposiciones y Actos de las Comunidades Autónomas en su reunión de 26 de junio de 2003. Las razones que justifican la impugnación son las mismas que figuran en el antecedente anterior.

Cuarto.- El Tribunal Constitucional, por providencia de 7 de agosto de 2003 (BOE de 20 de agosto), ha admitido a trámite el recurso de inconstitucionalidad número 5174-2003, promovido por el Presidente del Gobierno contra el artículo 8 de la Ley del Parlamento Vasco 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho. Hace constar que por el Presidente del Gobierno se ha invocado el artículo 161.2 de la Constitución, lo que produce la suspensión de la vigencia y aplicación del precepto impugnado desde la fecha de interposición del recurso -4 de agosto de 2003- para las partes del proceso y desde la publicación del correspondiente edicto en el Boletín Oficial del Estado para los terceros.

En tal situación el expediente, se ha requerido la consulta del Consejo de Estado.

1. Se efectúa la consulta en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 22.6 de la Ley Orgánica de 22 de abril de 1980, del Consejo de Estado.

La cuestión que se suscita en el expediente radica en determinar si existen fundamentos jurídicos suficientes para mantener el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el artículo 8 de la Ley del Parlamento Vasco 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho, que establece que "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. La hija o hijo adoptivo o biológico de una de las partes de la pareja tendrá derecho a ser adoptado por la otra parte".

2. La Comunidad Autónoma del País Vasco, en la exposición de motivos de la Ley 2/2003, invoca los artículos 39, 9.2, 10.1 y 14 de la Constitución. Cita diversos artículos del Estatuto de Autonomía como el 9.2, según el cual los poderes públicos vascos, en el ámbito de su competencia, "velarán y garantizarán el adecuado ejercicio de los derechos y deberes fundamentales de los ciudadanos " (a) y "adoptarán aquellas medidas dirigidas a promover las condiciones y a remover los obstáculos para que la libertad e igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean efectivas y reales" (d). Invoca, también, la competencia exclusiva reconocida por el artículo 10.5 de dicho Estatuto sobre "conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil foral y especial, escrito o consuetudinario, propio de los Territorios Históricos que integran el País Vasco y la fijación del ámbito territorial de su vigencia". Asimismo hace referencia a la competencia exclusiva sobre "organización, régimen y funcionamiento de las Instituciones y establecimientos de protección y tutela de menores, penitenciarios y de reinserción social, conforme a la legislación general en materia civil, penal y penitenciaria" (artículo 10.14 EAPV). Se refiere igualmente a la competencia de desarrollo legislativo y ejecución de la legislación básica del Estado en materia de sanidad interior (artículo 18.1 EAPV) y a la competencia exclusiva en materia de asistencia social (artículo 10.12 EAPV).

Debe tenerse en cuenta también que la exposición de motivos reitera que la Ley pretende superar toda discriminación en la configuración del modelo de familia y apela a diversas resoluciones del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa dirigidas a la superación de la discriminación de los homosexuales, así como menciona el artículo 13 del Tratado de Amsterdam que faculta al Consejo a luchar contra la discriminación por razón de la orientación sexual.

El acuerdo del Consejo de Ministros y el informe de la Dirección General de Política Autonómica del Ministerio de Administraciones Públicas fundamentan la impugnación de la referida Ley 2/2003 en la vulneración del título competencial establecido en el artículo 149.1.8ª y de lo dispuesto en el artículo 39.2 de la Constitución. Primariamente se considera infringida la competencia estatal sobre la "legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan" y sobre "las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las del derecho foral o especial". También estiman vulnerado el precepto constitucional que se refiere a la protección integral de los hijos (artículo 39.2).

Por tanto, son dos los motivos de impugnación: uno desde el punto de vista competencial y otro desde la perspectiva del contenido material del precepto recurrido. Ambos aspectos han de ser examinados separadamente.

3. En cuanto al título competencial, la cuestión esencial radica en determinar el alcance que ha de tener el "desarrollo del derecho civil foral o especial", ya que, a juicio de los órganos preinformantes, la regulación de la adopción carece de antecedentes en el derecho civil foral del País Vasco, de modo que el artículo 8 de la Ley 2/2003 no desarrolla ninguna disposición del derecho civil foral de la Comunidad Autónoma ni es posible establecer una institución conexas con la regulación aprobada.

El Tribunal Constitucional ha tenido ya ocasión de pronunciarse sobre esta materia. En las Sentencias 88/1993, de 12 de marzo, y 156/1993, de 6 de mayo, ha declarado que la Constitución permite "que los derechos forales o especiales preexistentes puedan ser objeto de una acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico, reconociendo así no solo la historicidad y la actual vigencia, sino también la vitalidad hacia el futuro de tales ordenamientos. Ese crecimiento, con todo, no podrá impulsarse en cualquier dirección ni sobre cualesquiera objetos, pues no cabe aquí olvidar que la posible legislación autonómica en materia civil se ha admitido por la Constitución, no en atención a una valoración general y abstracta de lo que pudieran demandar los intereses respectivos (artículo 137 CE) de las Comunidades Autónomas en cuanto tales, sino a fin de garantizar, más bien, determinados derechos forales o especiales vigentes en ciertos territorios. Es claro, en todo caso, que la noción constitucional de un desarrollo permite una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquellos derechos y, así, esta competencia no queda rígidamente vinculada al contenido actual de las Compilaciones o de otras normas de los ordenamientos civiles o especiales; cabe, por ello, que las Comunidades Autónomas dotadas de derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación, dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta, según los principios informadores peculiares del derecho foral. Lo que no significa, claro está, en consonancia con lo anteriormente expuesto, una competencia legislativa civil ilimitada *ratione materiae* dejada a la disponibilidad de las Comunidades Autónomas, que pugnaría con lo dispuesto en el artículo 149.1.8ª CE, por lo mismo que no podría reconocer su fundamento en la singularidad civil que la Constitución ha querido, por vía competencial, garantizar".

La segunda de dichas Sentencias añade que las competencias autonómicas para desarrollar el propio derecho civil "pueden dar lugar a la actualización y crecimiento orgánico de éste y, en concreto, a la regulación de materias que, aun ausentes del texto originario de la Compilación, guarden una relación de conexión suficiente con institutos jurídicos ya disciplinados en aquella o en otras normas integrantes del propio ordenamiento civil". En parecido sentido se había manifestado el Consejo de Estado en sus dictámenes 50.452, 51.040, 52.372, 55.463 y 1.134/91.

De la citada jurisprudencia resulta la posibilidad de que las Comunidades Autónomas con derecho civil foral o especial regulen *ex novo* instituciones no reguladas en la Compilación pero conexas con las ya reguladas, dentro de la actualización o innovación de su derecho civil propio y según sus principios informadores peculiares. El problema

radica en determinar el alcance de dicha conexión. El Tribunal Constitucional en las referidas Sentencias 88/1993 y 156/1993 ha considerado instituciones conexas:

a) La Ley 3/1988, de las Cortes de Aragón, por la que se da contenido al artículo 19.1 de la Compilación para la equiparación de los hijos adoptivos a los hijos por naturaleza. Dicha Ley no disciplina la constitución de la adopción sino un aspecto general de sus efectos "y, en cuanto tal, aunque se proyecte sobre un instituto ajeno, hasta su incorporación, al vigente derecho civil aragonés, no puede calificarse, sólo por ello, de inconstitucional. Existe una relación entre la adopción y el derecho propio de Aragón que legitima constitucionalmente la regulación que se contiene en la Ley impugnada, que no puede considerarse ajena o desvinculada del derecho civil foral, sino más bien como una norma que se incardina en el derecho familiar y sucesorio de Aragón. Para demostrarlo basta, en efecto, con advertir que la actual Compilación aragonesa ordena relaciones e institutos jurídicos respecto de los cuales el status familiae del adoptado aparece en indiscutible conexión". Así ocurre, añade, con la regulación de las relaciones entre ascendientes y descendientes, con la regulación de las relaciones parentales y tutelares o la sucesión por causa de muerte, regulaciones en las que la Compilación se refiere, expresa o tácitamente, a la posición jurídica de los hijos y descendientes, normativa que puede decirse complementada o integrada (esto es, desarrollada) por la que introduce la Ley que no puede tacharse de inconexa respecto del ordenamiento que viene a innovar parcialmente.

b) La intervención de testigos en el testamento notarial regulada por el artículo 52 del texto refundido de la Compilación de derecho civil de las Islas Baleares en la redacción dada por el Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre. Aunque la Compilación balear no contenía, en el momento de entrar en vigor la Constitución, especialidad alguna en materia de intervención de testigos en los testamentos notariales, el Tribunal Constitucional entiende que dicha regulación guarda conexión suficiente con instituciones ya reguladas. "La regulación de las sucesiones -y, dentro de ella, de la sucesión testada- forma parte principalísima del derecho civil propio de las Islas Baleares y así se reflejó en el texto inicial de la Compilación (...) Ninguna de estas regulaciones contempló, cierto es, especialidad alguna en lo que se refiere a la intervención testifical en los testamentos notariales, pero no cabe negar que la norma que sobre esta materia contiene el actual art. 52 de la Compilación guarda una evidente conexión orgánica con aquellas regulaciones originarias y basta con reconocerlo así para concluir en que, al adoptar tal precepto, los órganos de la Comunidad Autónoma no han venido a ordenar un ámbito enteramente ajeno al hasta entonces regulado por el derecho civil propio de las Islas ni han incurrido, por ello, en un desbordamiento competencial que permitiera calificar de inconstitucional a esta norma legal. La competencia autonómica para el "desarrollo" del derecho civil, especial o foral, ampara (...) regulaciones de este género que, partiendo de institutos ya integrados en el propio ordenamiento civil, disciplinen aspectos en conexión con ellos aunque ausentes, hasta entonces, del texto de la Compilación".

En el caso ahora consultado, la impugnación se produce, como ha quedado dicho, contra el artículo 8 de la Ley 2/2003 del País Vasco que permite la adopción conjunta por parejas formadas por dos personas del mismo sexo y la adopción de la hija o hijo adoptivo o biológico de una de las partes de la pareja por la otra.

La Ley impugnada no procede a una regulación completa de la adopción sino que, al regular las parejas de hecho y los efectos de su constitución, equipara, a los efectos de la adopción conjunta, a las parejas formadas por dos personas del mismo sexo con las parejas formadas por dos personas de distinto sexo y con las parejas unidas por matrimonio. La competencia para regular las parejas de hecho no ha sido cuestionada ni respecto de las Comunidades Autónomas que tienen competencia sobre su derecho civil foral o especial propio ni respecto de las que no lo tienen, habiendo dictado Leyes sobre la materia las siguientes Comunidades Autónomas: Cataluña (Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja), Aragón (Ley 6/1999, de 26 de marzo, de parejas estables no casadas), Navarra (Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, de igualdad jurídica de las parejas estables), Comunidad Valenciana (Ley 1/2001, de 6 de abril, de uniones de hecho), Madrid (Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de regulación de uniones de hecho), Principado de Asturias (Ley 4/2002, de 23 de mayo, de parejas estables), Andalucía (Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de parejas de hecho), Canarias (Ley 5/2003, de 6 de marzo, de regulación de las parejas de hecho), Extremadura (Ley 5/2003, de 20 de marzo, de parejas de hecho). Ninguna de estas Leyes ha sido objeto de un recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno de la Nación y sólo ha sido impugnada la Ley Foral de Navarra 6/2000. Varias de estas leyes contienen algunos preceptos relativos a la adopción y acogimiento de menores (para reconocer la posibilidad de adopción conjunta sólo a la pareja heterosexual, como es el caso de las Leyes de Cataluña y de Aragón, o para reconocer tal posibilidad a cualquier pareja estable, como la Ley de Navarra); otras se refieren a la posibilidad de acogimiento de menores de forma conjunta cuando la modalidad del acogimiento familiar sea simple o permanente (Leyes del Principado de Asturias, Andalucía y Extremadura).

Lo que se cuestiona es si la Comunidad Autónoma del País Vasco tiene competencia para dictar una norma sobre la adopción. Como reconoce la Dirección General de Política Autonómica, la Ley del Parlamento Vasco 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco, hace referencia expresa a la adopción en dos de sus artículos: 20 y 53. La exposición de motivos de dicha Ley indica, en relación con los artículos 17 a 20, que "la novedad, en el aspecto personal, es la inclusión de los hijos adoptivos entre los parientes tronqueros, siguiendo el sentido de la Ley del Parlamento Vasco 6/1988, de 18 de marzo". Dicha Ley establecía, a efectos sucesorios, la igualdad de los hijos, independientemente de su procedencia matrimonial o extramatrimonial. El artículo 20 de la Ley 3/1992 determina que son parientes tronqueros, en la línea descendiente, los hijos y demás descendientes, incluso los adoptivos (apartado 1), y que el parentesco troncal para los hijos adoptivos se determinará, en las líneas ascendente y colateral, como si el adoptado fuese hijo por naturaleza del adoptante; el artículo 53 prescribe que "la sucesión forzosa, sin perjuicio de lo dispuesto para la troncalidad, se defiere por el siguiente orden: 1- a los hijos, incluso adoptivos, y demás descendientes". La exposición de motivos de dicha Ley, al referirse a la regulación del capítulo II del Título II, señala que se regula el derecho de alimentos de los descendientes (artículo 66), sin hacer distinción entre clases de filiación, incluyendo, a todos los efectos, los hijos adoptivos. Esa inclusión de los hijos adoptivos fue discutida porque su omisión por la Compilación de 1959 se estimaba coherente con un régimen basado en la troncalidad, si bien alguna Sentencia del Tribunal Supremo, como la de 30 de noviembre de 1977, ya consideró a los hijos adoptivos entre los llamados por los artículos 31 y 32 de la Compilación. Además, en el Fuero de Bizkaia se contenían disposiciones en materia de derecho de familia como el Título 22, dedicado a los

menores, sus bienes y gobierno, o el 23, que se ocupaba de los alimentos y mantenimiento de los padres y abuelos.

A juicio del Consejo de Estado, aun cuando no existiera en la Compilación una regulación sustancial de la adopción como la contenida en las Leyes 73 y 74 de la Compilación del derecho civil foral de Navarra (el artículo 8 de cuya Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, permite adoptar conjuntamente a los miembros de una pareja estable, habiendo sido objeto tal precepto del recurso de inconstitucionalidad 5297/2000, promovido por ochenta y tres diputados del Grupo Parlamentario Popular), a la vista de las Sentencias citadas del Tribunal Constitucional, sí cabe entender que existe una conexión entre el derecho civil foral del País Vasco y la regulación que se trata de introducir. La adopción no puede considerarse una materia completamente ajena o desvinculada del derecho civil foral, ya que aparecen normas relativas al status familiae de los hijos adoptivos en la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco, y su regulación se conecta con el derecho familiar y sucesorio propio.

Las Comunidades Autónomas vienen dictando normas que regulan aspectos de la adopción (Ley del Parlamento de Cataluña 37/1991, de 30 de diciembre, de medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción, Ley de Extremadura 4/1994, de 10 de noviembre, que establece las normas reguladoras de protección de menores, Ley de la Comunidad Valenciana 7/1994, de 5 de diciembre, sobre la infancia, Ley del Principado de Asturias 1/1995, de 27 de enero, de protección de menores, Ley de la Región de Murcia 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia Ley de la Asamblea de Madrid 6/1995, de 28 de marzo, sobre las garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia, Ley de la Comunidad Autónoma de Canarias 1/1997, de 7 de febrero, que establece normas sobre atención integral de menores, Ley del Parlamento de Galicia 3/1997, de 9 de junio, sobre protección jurídica, económica y social de la familia, la infancia y la adolescencia, Ley del Parlamento de Cataluña 9/1998, de 15 de julio, Código de familia, Ley de la Comunidad Autónoma de La Rioja 4/1998, de 18 de marzo, que regula los derechos del menor, Ley de Castilla-La Mancha 3/1999, de 31 de marzo, que regula las competencias en materia de menores, Ley de Cantabria 7/1999, de 28 de abril, de protección de la infancia y la adolescencia, Ley de las Cortes de Aragón 12/2001, de 2 de julio, sobre la infancia y la adolescencia, Ley del Parlamento de Andalucía 1/1998, de 20 de abril, que regula los derechos y la atención al menor, Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia). La mayoría de tales normas se refieren al proceso de valoración de las solicitudes de los adoptantes, a la selección e idoneidad de los adoptantes y a la adopción internacional. No obstante, algunas Comunidades Autónomas regulan materias como las personas que pueden adoptar (Cataluña, Galicia) o los requisitos de los solicitantes de adopción o acogimiento preadoptivo (Decreto 81/1994 de la Comunidad Autónoma de Murcia, Decreto 79/1995 de la Comunidad Autónoma de Aragón, Ley 6/1995 de Madrid, Ley 4/1998 de La Rioja, Decreto 13/1999 de la Comunidad Autónoma de Extremadura y Decreto 46/2000 del Principado de Asturias). Dichas disposiciones, en ocasiones, vienen a modular los requisitos para la constitución de la adopción establecidos en el artículo 175 del Código Civil, sin que hayan sido cuestionadas.

Asimismo, no debe olvidarse que la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, sobre protección jurídica del menor, que modifica parcialmente el Código Civil y la Ley de

Enjuiciamiento Civil y procede a dar nueva redacción a diversos preceptos de dicho Código sobre la adopción, como los artículos 175.1, 176 y 177, señala que tales revisiones del Código Civil "se dictan al amparo del artículo 149.1.8ª de la Constitución y se aplicarán sin perjuicio de la normativa que dicten las Comunidades Autónomas con competencia en materia de derecho civil foral o especial".

A la vista de las anteriores consideraciones es posible percibir una conexión suficiente entre la adopción y las instituciones reguladas por el derecho civil foral del País Vasco, siempre teniendo en cuenta que cualquier invocación del derecho foral no puede ser homogénea para todo el territorio del País Vasco, como resulta de la propia Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco.

4. El examen del precepto impugnado también requiere referirse a su contenido a la vista de la Constitución, ya que la fundamentación de su impugnación no se realiza sólo desde una perspectiva competencial, sino que se basa igualmente en la posible vulneración material del principio de protección de los hijos.

El acuerdo del Gobierno y el informe de la Dirección General de Política Autonómica consideran que el artículo 8 de la Ley 2/2003 desconoce la prevalencia del interés del menor sobre el interés en adoptar de los miembros de la pareja de hecho. El interés del menor se encuentra consagrado como principio rector de la adopción en el artículo 176.1 del Código Civil y en el Convenio de Naciones Unidas sobre los derechos del niño y el Convenio de La Haya sobre la protección del niño y la cooperación en materia de adopción internacional.

Para el análisis de la cuestión es preciso examinar las disposiciones relativas a la protección del interés del menor y la regulación de la adopción.

La Constitución, en su artículo 39.2, establece que los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. El apartado 4 añade que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

La Convención sobre los derechos del niño, hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 1989, establece en su artículo 21 que los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y velarán porque la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario. El Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993, reconoce, como primer objeto del Convenio, "establecer garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto a los derechos fundamentales que le reconoce el Derecho internacional". Su artículo 5 determina que las adopciones consideradas por el Convenio sólo pueden tener

lugar cuando las Autoridades competentes del Estado de recepción han constatado que los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para adoptar y se han asegurado de que han sido convenientemente asesorados. El artículo 15 prevé la elaboración de un informe sobre tal aptitud por la Autoridad Central del Estado de recepción.

La Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que modificó el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, considera, como destaca su exposición de motivos, que el sistema anterior no estaba suficientemente fundado en la necesaria primacía del interés del adoptado, que debe prevalecer, sin prescindir totalmente de ellos, sobre los demás intereses en juego en el curso de la adopción, como son los de los adoptantes y los de los padres o guardadores del adoptado. Dicha Ley se basó en el principio del beneficio del adoptado que, según dicha exposición de motivos, "se sobrepone, con el necesario equilibrio, a cualquier otro interés legítimo subyacente en el proceso de constitución". El artículo 175 del Código Civil, en la redacción dada por esta Ley, estableció, en cuanto a los requisitos del adoptante, que tenga veinticinco años. "En la adopción por ambos cónyuges basta que uno de ellos haya alcanzado dicha edad. En todo caso, el adoptante habrá de tener, por lo menos, catorce años más que el adoptado". El apartado 4 de este artículo establece que, "fuera de la adopción por ambos cónyuges, nadie puede ser adoptado por más de una persona". No obstante, la disposición adicional tercera de dicha Ley añade que las referencias 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 análoga a la conyugal.

Por lo tanto, a partir de 1987 se reconoce por el Código Civil la posibilidad de que, no sólo matrimonios sino también parejas constituidas por un hombre y una mujer unidas de forma permanente por una relación de afectividad análoga a la conyugal, adopten de forma conjunta.

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor y de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, establece, como principio general, que en su aplicación "primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir". La supremacía del interés del menor es igualmente un principio rector de la actuación de los poderes públicos, según su artículo 11. El artículo 3 declara que los menores gozarán de los derechos que les reconocen la Constitución y los tratados internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de los derechos del niño de Naciones Unidas. También prescribe que dicha Ley y las normas relativas a las personas menores de edad se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales y la citada Convención. Su disposición final décima da una nueva redacción al artículo 176 del Código Civil y prescribe que la adopción se constituye por resolución judicial que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad y que para iniciar el expediente de adopción es necesaria la propuesta previa de la entidad pública a favor de adoptante o adoptantes que dicha entidad haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad, pudiendo ser dicha declaración previa a la propuesta.

Por lo que se refiere a la regulación de las Comunidades Autónomas, como se ha visto, han dictado leyes en materia de protección del menor que vienen a recoger el principio

de supremacía del interés superior del menor. Alguna Ley ha incorporado normas dirigidas a evitar eventuales medidas discriminatorias en este ámbito. Así, el artículo 28 de la Ley de la Comunidad Valenciana 7/1994, de 5 de diciembre, sobre la infancia, cuya rúbrica es "adopción de los menores", establece que "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 o aquellas que soliciten la adopción". La Ley del Parlamento de Andalucía 5/2002, de 16 de diciembre, de parejas de hecho, en su artículo 9 y al referirse al acogimiento familiar, indica que, a efectos de lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 1/1998, en relación con los criterios de valoración de la idoneidad aplicados en dichos procedimientos, "en ningún caso podrá ser utilizado como factor discriminatorio la opción o identidad sexual de los solicitantes". En otros casos no se exige expresamente el carácter heterosexual de la pareja. Así, el artículo 32.1.a) de la Ley de Galicia 3/1997, de 9 de junio, dice que, para poder ser adoptante, se requerirá tener como mínimo 25 años cumplidos y que, en caso de "solicitudes conjuntas por cónyuges o parejas con relación estable análoga a la conyugal, bastará con que uno de ellos tenga dicha edad". La Ley Foral de Navarra 6/2000, por su parte y como se ha dicho, admite la adopción conjunta por parejas del mismo sexo. Otras Leyes, sin embargo, sólo permiten la adopción conjunta por parejas heterosexuales, como el Código de Familia de Cataluña o la Ley de Aragón 6/1999.

En derecho comparado, cabe destacar que en Dinamarca, desde la Ley de 2 de junio de 1999, se permite al miembro de una pareja registrada adoptar al hijo del otro miembro de la pareja, salvo que se trate de un hijo adoptivo de otro país. En Holanda, desde la Ley de 21 de diciembre de 2000, se admite la posibilidad de adoptar conjuntamente, por parte de una pareja del mismo sexo, siempre que el niño haya nacido en Holanda. También se permite en algunos Estados norteamericanos como Vermont, California, Alaska, Massachusetts, Oregon o New Jersey, entre otros.

En el ámbito europeo hay que recordar la Resolución del Parlamento Europeo de 8 de febrero de 1994 sobre la igualdad de derechos de los homosexuales y de las lesbianas en la Comunidad Europea, que pide a los Estados miembros que se ponga fin al trato desigual de las personas de orientación homosexual en las disposiciones jurídicas y administrativas y solicita de la Comisión que presente una propuesta de recomendación sobre la igualdad de derechos de las lesbianas y homosexuales en la que, como mínimo, se debería tratar de poner fin "a la prohibición de contraer matrimonio o de acceder a regímenes jurídicos equivalentes a las parejas de lesbianas o de homosexuales; la recomendación debería garantizar los plenos derechos y beneficios del matrimonio, permitiendo la inscripción de la convivencia" y poner fin también a toda restricción de los derechos de las lesbianas y de los homosexuales a ser padres, a adoptar o a criar niños.

A la vista de las disposiciones anteriores, es preciso determinar si puede considerarse materialmente inconstitucional la posibilidad de adopción conjunta de menores por parejas formadas por dos personas del mismo sexo.

Ha de tenerse en cuenta que el estatuto de la adopción es de configuración legal. Precisamente las normas que regulan la adopción y, en especial, los requisitos de los adoptantes son cambiantes, habiendo sido objeto de sucesivas reformas legislativas como se pone de manifiesto, a título de ejemplo, en la modificación de la edad para

adoptar a lo largo del pasado siglo (45, 30 y 25 años). De la regulación de la adopción no resulta la existencia de un derecho a adoptar. La legislación de la adopción se basa, como se ha dicho, en la protección de los derechos e intereses del menor que el artículo 39.2 de la Constitución garantiza, por lo que la cuestión a resolver es si la admisión de la posibilidad de adopción conjunta por personas del mismo sexo supone la quiebra de la protección del menor, de modo que no deba ni siquiera valorarse, en caso alguno, la idoneidad de sus miembros para la adopción. Si se aprecia que tal posibilidad es intrínsecamente perjudicial para el menor quedará excluida de la adopción conjunta una completa categoría de parejas de hecho: las constituidas por personas del mismo sexo.

El dato de partida es que en la realidad social actual aparecen nuevas formas de convivencia con vocación de alcanzar efectos que hoy sólo se reconocen al matrimonio. La tolerancia y aceptación de tales parejas por la sociedad va evolucionando. Las parejas heterosexuales *more uxorio* se reconocen por el ordenamiento jurídico como expresión de una convivencia estable y como ámbito aceptable para el desarrollo del menor. En algunos ordenamientos jurídicos se ha culminado el proceso equiparador entre las parejas heterosexuales y las formadas por personas de un mismo sexo, admitiendo la posibilidad de adopción de menores, considerándose que el grado de integración y de reconocimiento social de las parejas del mismo sexo no impiden una adecuada integración familiar del menor.

El legislador del País Vasco (y también el de Navarra) vienen a considerar que, desde la realidad social, resulta poco acorde con el sentir actual de la sociedad excluir a radice toda posibilidad de adopción conjunta por una pareja de personas del mismo sexo y que el reconocimiento de tal posibilidad de adopción elimina una posible discriminación por razón de la condición personal o social de los componentes de la pareja. Ello no excluye el examen de idoneidad realizado por la entidad pública y su valoración judicial en cada caso, al igual que ocurre en los supuestos de adopción individual por un miembro de una pareja que conviva *more uxorio* con otra persona del mismo sexo. Se llega a una situación parecida a la creada por la reproducción asistida realizada por una mujer que convive con otra (el artículo 6 de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, que regula las técnicas de reproducción asistida permite tal supuesto). El desarrollo y maduración personal del menor será igual en las parejas del mismo sexo cuando uno sólo de sus miembros es el adoptante que cuando sean los dos, porque la unidad de convivencia es la misma. Incluso puede considerarse, también desde esta perspectiva, que, en el caso de que falleciese el miembro de la pareja adoptante, los intereses del menor serían mejor garantizados al mantener su entorno familiar y tener los derechos y beneficios de un hijo en relación con el otro miembro de la pareja: la seguridad de la unidad familiar resultaría protegida.

Tal medida no quebraría la garantía constitucional del instituto de la familia a que se refiere el artículo 39.1 de la Constitución pues, como ha declarado el Tribunal Constitucional en la Sentencia 116/1999, de 17 de junio, "nuestra Constitución "no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio" ni existe ninguna "constricción del concepto de familia a la de origen matrimonial por relevante que sea en nuestra cultura -en los valores y en la realidad de los comportamientos sociales- esa modalidad de vida familiar. Existen otras junto a ella, como responde a una sociedad plural (...)" (STC 222/1992, fundamento jurídico 5º, reiterada en la STC 47/1993, fundamento jurídico 2º)". En el mismo sentido la

Sentencia 47/1993, de 8 de febrero, afirma que la Constitución no identifica a la familia (...) con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone no sólo por la regulación bien diferenciada de una institución y otra (arts. 32 y 39), sino también, junto a ello, por el mismo sentido amparador o tuitivo con el que la norma fundamental considera siempre a la familia y, en especial, en el repetido artículo 39, protección que corresponde a imperativos ligados al carácter "social" de nuestro Estado y a la atención, por consiguiente, de la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen". Más adelante añade que, "en correspondencia con el pluralismo de opciones personales existente en la sociedad española y la preeminencia que posee el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1.CE), la Constitución no sólo protege a la familia que se constituye mediante el matrimonio -aunque a ésta la proteja especialmente (STC 45/1989)- sino también a la familia como realidad social, entendida por tal la que se constituye voluntariamente mediante la unión de hecho, afectiva y estable, de una pareja". El Auto del Tribunal Constitucional 222/1994, de 11 de julio, tras reconocer que los poderes públicos pueden otorgar un trato de privilegio a la unión familiar constituida por hombre y mujer frente a una unión homosexual, afirma que ello no excluye "que por el legislador se pueda establecer un sistema de equiparación por el que los convivientes homosexuales puedan llegar a beneficiarse de los plenos derechos y beneficios del matrimonio, tal y como propugna el Parlamento Europeo".

La consecuencia de la posibilidad de adopción conjunta por dos personas del mismo sexo es la constitución de una relación de filiación entre dos padres o dos madres y un hijo, es decir, se llega a una situación a la que de modo exclusivamente natural no podría llegarse. El principio *adoptio imitatur naturam* quedaría superado. La cuestión esencial es, como se ha dicho, la incidencia de tal circunstancia en los menores adoptados y la determinación de si es posible, al menos en algunos casos, crear una comunidad de vida estable y un entorno familiar propicio para el libre e integral desarrollo de la personalidad del menor adoptado, cuestión que, a la vista de las aptitudes educativas de los adoptantes y de su situación puede ser apreciada al valorar la idoneidad de los solicitantes de la adopción tanto por la entidad pública correspondiente como por el juez.

Aun cuando la apreciación de la incidencia en el menor de su integración como hijo adoptivo en un núcleo familiar formado por una pareja del mismo sexo podría determinarse en cada caso al valorar la idoneidad de los adoptantes, entiende el Consejo de Estado, a la vista de las relevantes consecuencias que tiene la posibilidad de adopción conjunta de menores por personas del mismo sexo y su incidencia en los intereses de los niños, que es conveniente que el Tribunal Constitucional valore la norma impugnada la cual, junto con la Ley Foral 6/2000 sometida ya a su enjuiciamiento, vienen a abrir un nuevo camino que puede ser recorrido por otras Comunidades Autónomas o por el legislador estatal y que requiere una pronta respuesta jurídica. Cabe, además, que en dicha valoración el Tribunal Constitucional pondere cuanto concierne a las competencias autonómicas para la regulación de las uniones de hecho en relación con la competencia estatal ex artículo 149.1.8ª CE sobre las relaciones jurídico civiles relativas a las formas de matrimonio, por cuanto, aunque se trata de situaciones distintas, es perceptible la tendencia a fijar el despliegue de sus efectos por referencia a los que son propios del matrimonio.

En definitiva, la naturaleza del problema, sus implicaciones polémicas en la doctrina y en la conciencia social, la heterogeneidad de las iniciativas adoptadas por las distintas Comunidades Autónomas, su incidencia en la invocada defensa y protección de los intereses del menor y la circunstancia de estar ya residenciada la cuestión ante el Tribunal Constitucional, en relación con la Ley Foral de Navarra 6/2000, aconsejan mantener el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley del Parlamento Vasco 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho.

En virtud de lo expuesto, el Consejo de Estado es de dictamen:

Que existen fundamentos jurídicos suficientes para mantener el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el artículo 8 de la Ley del País Vasco 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho."

V.E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.