

CAPÍTULO IX

ADOPCIÓN

I. Adopción: concepto, fundamentos y principios.	253
1. Por qué es importante para los homosexuales la adopción	259
2. Por qué se les niega, en muchos casos, el derecho a adoptar	260
3. La familia y la homosexualidad.	265
II. Diferentes supuestos.	268
1. Derecho a la adopción por ambos convivientes en forma conjunta	269
2. Derecho a la adopción por uno solo de los miembros de la unión	269
3. Derecho de adopción del homosexual que no convive en pareja	270
4. Adopción del hijo del conviviente homosexual.	270
III. Soluciones en el Derecho Comparado	271
1. Leyes, políticas y decisiones judiciales	271
2. Soluciones legislativas	274
A) Comunidad Económica Europea.	274
B) Leyes que prohíben la adopción por parejas homosexuales	275
a) Legislación de Noruega	275
b) Legislación de Suecia.	275
c) Legislación de Aragón	276
d) Legislación de Cataluña	276
e) Legislación de Mississippi	276
f) Legislación de New Hampshire	276
g) Legislación de California	276
C) Leyes que permiten la adopción por parejas homosexuales. Restringido a la adopción del hijo del compañero homosexual	277
a) Legislación de Dinamarca	277
b) Legislación de Valencia	277
D) Amplia posibilidad de adopción	278
a) Legislación de Vermont	278
b) Legislación de Navarra.	278
c) Legislación de Holanda	278

3.	Soluciones jurisprudenciales	279
A)	Precedentes que permiten la adopción	279
B)	Precedentes que deniegan la adopción	284
C)	Derechos de visita	290
a)	Precedentes que los conceden	290
b)	Precedentes que no los conceden	292
IV.	La cuestión en el Derecho argentino	292
1.	Adopción conjunta	292
2.	Adopción simple del hijo del compañero homosexual	293
3.	Adopción de un homosexual solo	297
V.	Nuestra opinión	298

CAPÍTULO IX

ADOPCIÓN

SUMARIO: I. Adopción: concepto, fundamentos y principios. 1. Por qué es importante para los homosexuales la adopción. 2. Por qué se les niega, en muchos casos, el derecho a adoptar. 3. La familia y la homosexualidad. II. Diferentes supuestos. 1. Derecho a la adopción por ambos convivientes en forma conjunta. 2. Derecho a la adopción por uno solo de los miembros de la unión. 3. Derecho de adopción del homosexual que no convive en pareja. 4. Adopción del hijo del conviviente homosexual. III. Soluciones en el Derecho Comparado. 1. Leyes, políticas y decisiones judiciales. 2. Soluciones legislativas. A) Comunidad Económica Europea. B) Leyes que prohíben la adopción por parejas homosexuales. a) Legislación de Noruega. b) Legislación de Suecia. c) Legislación de Aragón. d) Legislación de Cataluña. e) Legislación de Mississippi. f) Legislación de New Hampshire. g) Legislación de California. C) Leyes que permiten la adopción por parejas homosexuales. Restringido a la adopción del hijo del compañero homosexual. a) Legislación de Dinamarca. b) Legislación de Valencia. D) Amplia posibilidad de adopción. a) Legislación de Vermont. b) Legislación de Navarra. c) Legislación de Holanda. 3. Soluciones jurisprudenciales. A) Precedentes que permiten la adopción. B) Precedentes que deniegan la adopción. C) Derechos de visita. a) Precedentes que los conceden. b) Precedentes que no los conceden. IV. La cuestión en el Derecho argentino. 1. Adopción conjunta. 2. Adopción simple del hijo del compañero homosexual. 3. Adopción de un homosexual solo. V. Nuestra opinión.

I. Adopción: concepto, fundamentos y principios

Creemos que para un correcto estudio de la problemática de la adopción y de la homosexualidad se debe comenzar por conceptualizar la adopción y determinar sus principios y sus fundamentos.

Es importante destacar que en la larga evolución que ha tenido la

adopción, uno de sus caracteres se ha mantenido estable durante el correr de los siglos; éste es el carácter legal de crear un vínculo de filiación entre dos personas que no se encuentran unidas por vínculos biológicos.

Cierto es que en Roma los fundamentos y efectos del instituto eran absolutamente diferentes a los receptados en el Código napoleónico, y diametralmente opuestos a los que reivindican las convenciones internacionales en materia de adopción y de derechos del niño. Pero no menos cierto es que en este devenir histórico, siempre la adopción otorgó un vínculo jurídico filiatorio de variada intensidad y de distintos efectos a personas que no eran padres e hijos por naturaleza. Ello nos demuestra que *está insito en la adopción su carácter legal y su origen jurídico, por contraposición al origen natural de la filiación biológica*¹.

Es importante a nuestro juicio esta distinción, porque mientras en la filiación biológica el Estado se limita a reconocer la patria potestad de los padres –que es anterior al estado mismo y frente a la cual éste tiene una posición subsidiaria–, la adopción surge como una construcción jurídica cuyos fundamentos no son universales e inmutables sino que varían: con el correr de los siglos, con las necesidades de la sociedad y con el desarrollo de las culturas.

Su carácter jurídico-legal va a permitir que la adopción sea susceptible de revocación y de anulación, actos y sanciones que son impensables en la filiación biológica, mientras que su correlato con los fundamentos y fines sociales y culturales va a determinar su permanencia y recepción legislativa, que reiteramos varía según los valores culturales predominantes en cada sociedad en un momento dado².

Como partimos de afirmar que la adopción varía según los valores culturales de cada sociedad, nos preguntamos si en la sociedad actual

¹ MEDINA, Graciela, *La adopción*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, t. I. p. 11.

² Por no estar insita en nuestras pautas culturales, Vélez Sársfield rehusó legislar sobre ella, y en la actualidad por temor al tráfico de niños nuestro país se niega a permitir la adopción internacional, lo que demuestra cómo los valores culturales en cada momento histórico perfilan el instituto desde su prohibición más absoluta en el orden interno hasta su no aceptación casi absoluta en el plano internacional.

los homosexuales pueden adoptar. Este interrogante nos va a llevar a dar solución a otros dos, cuales son:

- (i) Si la orientación homosexual impide la adopción;
- (ii) si los homosexuales pueden adoptar conjuntamente.

Para dar respuesta a estos interrogantes analizaremos los fundamentos y los principios de la adopción.

Existen diferentes fundamentos que dan origen a la adopción y son ellos los que el legislador ha tenido en cuenta para establecer los requisitos y efectos de los diferentes tipos de adopción³. Entre ellos:

- a) *Protección a la niñez abandonada*. La finalidad tuitiva es hoy en día la que se tiene más en cuenta, por ello “el interés superior del menor” es el norte que guía las decisiones en la materia.
- b) *Dar hijos a quienes no lo tienen*. La satisfacción del legítimo y humano anhelo de la paternidad es otro de los fines que orienta el instituto.
- c) *Integrar a la familia*. Otro de los objetivos tenidos en cuenta al legislar sobre adopción es el de integrar a la familia, y es por ello que se permite la adopción del hijo del cónyuge, o la adopción por el concubino, y *se pretende la adopción del hijo del compañero homosexual*. A este tipo de adopciones se las denomina adopciones de integración o adopciones integrativas.
- d) *Legitimar una situación de hecho*. La legitimación de la situación de hecho es el fin que ha llevado al legislador a aceptar la adopción de mayores de edad cuando durante la minoridad el adoptado recibió trato de hijo adoptivo sin llegar a concretarse la adopción.
- e) *Impedir el descarte de embriones o permitir la vida de los embriones supernumerarios*. Dentro de los fines más modernos de la adopción tenemos el de evitar el descarte o la muerte de los embriones supernumerarios obtenidos mediante las técnicas de fecundación asistida en el supuesto de orfandad o abandono.

³ Resulta indiscutible que de acuerdo a su diferente fin son distintos los requisitos y efectos de la adopción de mayores que la adopción de menores, como también tienen diferentes requisitos la adopción del hijo del cónyuge y la adopción de un extraño, etc.

En definitiva, como dice Piñar, la adopción “responde a una serie de exigencias humanas que pugnan por encontrar su fórmula jurídica correspondiente”⁴.

Es muy difícil encontrar principios comunes a los diferentes tipos de adopción, ya que son muy disímiles las situaciones de la adopción de una persona por nacer a la adopción de un mayor de edad, a la adopción de un huérfano, a la adopción simple en la que se mantienen los lazos de unión con la familia adoptiva; no obstante ello, enunciaremos aquellos principios comunes a todo tipo de adopción:

- a) *Judicial*. En general los regímenes jurídicos no admiten la adopción por contrato, ni por acto administrativo o notarial, sino que requieren de una sentencia judicial tanto para su otorgamiento como para su revocación o nulidad.
- b) *Crea un vínculo de parentesco civil similar al que resulta de la paternidad y filiación por naturaleza*. Cualquiera sea el tipo de adopción de que se trate, es de su esencia el crear un parentesco civil, más o menos extenso entre adoptante y adoptado, similar al que surge de la filiación biológica.
- c) *Los efectos en todos los casos se extienden a los descendientes del adoptado*.
- d) *Interés superior del menor como principio primordial en la resolución de conflictos e interpretación de las normas*.

De acuerdo al artículo 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño⁵, el sistema de adopción debe tener como objetivo primordial al interés superior del niño:

Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial...

⁴ Piñar López (*La adopción y sus problemas jurídicos*, Reus, Madrid, 1954, p. 7) hace cuarenta años señalaba que en la adopción militan tres factores fundamentales: el factor político que influyó en el Derecho histórico, el factor sentimental que acogieron los códigos modernos y el factor benéfico que se acusaba en las innovaciones legislativas de su época.

⁵ La Convención sobre los Derechos del Niño fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York el 20-11-89.

Sin embargo, la idea de poner los intereses del niño en primer lugar no es de antigua data. Comenta Belluscio⁶ que no eran ésas sus finalidades en la antigüedad: “Por lo pronto, en nada jugaba el interés del adoptado. En cuanto al del adoptante, no era su objeto el de colmar sus ansias paternas sino uno de carácter religioso, el de asegurar la continuación del culto familiar, que se habría visto interrumpido por la falta de descendientes”.

Sheryl L. Sultan⁷ explica que la adopción es una práctica social muy antigua, cuyo origen se remonta a los tiempos bíblicos. Las sociedades romanas, babilónicas, asirias, griegas y egipcias la utilizaban para perpetuar los rituales religiosos familiares o para asegurarse un heredero. En Roma la adopción adquirió su máximo desarrollo, y en algunas ocasiones sirvió para determinar la sucesión imperial.

En los tiempos feudales, la institución desempeñó un papel muy importante cuando no se contaba con descendencia masculina, ya que la propiedad de la tierra sólo podía transmitirse al heredero varón.

En Francia, la adopción perdió importancia durante la Edad Media ante el valor que poseían los vínculos de sangre.

Belluscio⁸ cuenta que la institución sólo se conservó en España. Allí fue reglamentada por el Fuero Real y *Las Partidas* con la denominación de “prohijamiento”. En la Argentina fue ésta la legislación que estuvo en vigor hasta la sanción del Código Civil. Explica Borda⁹ que cuando Vélez Sársfield redactó el Código Civil argentino decidió que era conveniente suprimir dicha institución. Sostuvo que era utilizada esporádicamente y que no era aconsejable introducir a un extraño en la familia: “la beneficencia debía hacerse por otras vías, sin necesidad de crear una ilusión de paternidad”.

La ley de Massachussets de 1851 es conocida como la primera y

⁶ BELLUSCIO, *Manual de Derecho de Familia* cit., p. 2.

⁷ SULTAN, Sheryl L., *The rights of homosexuals to adopt: Changing legal interpretations of parents and family*, en *Journal of the Suffolk Academy of Law*, D. Fuchsberg Law Center, 1995.

⁸ BELLUSCIO, ob. cit., p. 3.

⁹ BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Familia II*, 9ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 92.

más antigua legislación sobre adopción en América; ella sirvió de modelo para las futuras legislaciones en materia adoptiva en dicho continente.

Hoy es indudable que la adopción no se erige sobre los cimientos de la beneficencia; es una institución que respeta legalmente la voluntad de un sujeto (el adoptante) que quiere volcar sus ansias paternas en un niño (el adoptado).

Muchos de los ordenamientos que la aceptan reconocen que pueden existir distintas clases de adopción o instituciones paralelas. La llamada *legitimación adoptiva* fue introducida por la legislación francesa en 1939. Su característica saliente es la equiparación total del hijo adoptado con el hijo legítimo al punto tal que se elimina cualquier rastro de la adopción. Debido a ello sólo puede ser solicitada por matrimonios, y el adoptado debe ser un niño de muy corta edad. Belluscio afirma que mediante esta institución se pretendió ampliar la protección del menor y evitar manejos turbios al momento de inscribirlo. Borda señala que únicamente pueden adoptarse mediante la legitimación adoptiva menores abandonados, huérfanos de padre y madre, o hijos de padres desconocidos, y a través de un procedimiento extremadamente confidencial.

La legitimación adoptiva fue la antesala de lo que hoy se conoce como *adopción plena*. Fue también en Francia donde se sustituyó la legitimación adoptiva por esta institución. Al igual que la primera, sustituye la filiación anterior del adoptado; éste sólo queda relacionado con su familia biológica por los impedimentos de ligamen, con la familia adoptiva mantiene el mismo vínculo que un hijo legítimo. Los padres adoptivos pueden, en consecuencia, ejercer sobre el niño todos los derechos y obligaciones derivados de la patria potestad. Asimismo, la adopción plena permite que personas solteras también adopten. En la Argentina el artículo 323 de la ley 24.779 define sus rasgos distintivos:

La adopción plena es irrevocable. Confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen. El adoptado deja de pertenecer a su familia biológica y se extingue el parentesco con los integrantes de ésta así como todos sus efectos jurídicos, con la sola

excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales. El adoptado tiene en la familia del adoptante los mismos derechos y obligaciones del hijo biológico.

Algunas legislaciones, como la española y la argentina, reconocen una clase de adopción intermedia, a saber, la *adopción simple o semiplena*. Su característica distintiva es que no extingue ni los vínculos filiatorios del adoptado con su familia biológica, ni los derechos sucesorios de los ascendientes sobre los bienes donados por ellos al adoptado que muere sin dejar descendencia.

Por último, mencionaremos a la institución conocida como *afiliación*, instituida por el Código italiano de 1942. Aquí, el Instituto de Asistencia Pública permite que un menor conviva durante tres años con un adulto que ejercerá sobre él la patria potestad, aun cuando no se cumplan los requisitos de la adopción. El menor puede agregar a su apellido de origen el de su afiliante¹⁰.

1. *Por qué es importante para los homosexuales la adopción*

Las parejas homosexuales no pueden procrear si no es por medio de técnicas de fecundación asistida, inseminación artificial, el alquiler de vientres o la sustitución. Muchas veces no pueden recurrir a dichos métodos, ya sea por razones económicas o legales. Así, la adopción se presenta como la única oportunidad de crear una familia y abrazar la idea del hijo propio.

Leslie Ann Minot¹¹ explica que las lesbianas, *gays*, bisexuales y transexuales (conocidos como el grupo LGBT) se convierten igualmente en padres de diversas maneras. “Pueden tener niños a través de relaciones heterosexuales. A menudo las lesbianas inician relaciones heterosexuales con el solo propósito de resultar embarazadas. Una lesbiana y un *gay* pueden decidir tener y criar a un niño juntos, ya sea por medio de relaciones sexuales heterosexuales, inseminación artificial, o accediendo a tecnologías reproductivas legales como una pareja.

¹⁰ BELLUSCIO, ob. cit.

¹¹ MINOT, Leslie Ann, *Conceiving parenthood: Parenting and the rights of lesbian, gay, bisexual and transgender people and their children*, International Gay and Lesbian Human Rights Commission, Estados Unidos, 2000, p. 7.

También pueden acceder a niños a través de adopciones 'extraoficiales'. Para ellos es muy importante la adopción, la mera tenencia de un niño no les confiere los derechos que sí les brinda esta institución, al tiempo que priva a los niños de beneficios que sí gozan los adoptados; por ejemplo, el derecho a heredar a sus padres”.

Los derechos y responsabilidades derivados de la paternidad difieren según los distintos ordenamientos jurídicos. Por lo general los padres tienen el poder de¹²:

- a) Elegir dónde vivirá el niño y asumir la responsabilidad de su cuidado diario;
- b) tomar decisiones médicas con respecto al niño, autorizar tratamientos, ser consultado o informado acerca del tratamiento;
- c) ser responsable de la educación del niño y otros aspectos de su bienestar;
- d) obtener la tenencia del niño frente a una ruptura de la relación con el otro padre;
- e) obtener la custodia del niño frente a la muerte del otro padre;
- f) recibir créditos fiscales, exenciones o ayudas gubernamentales;
- g) gozar de vacaciones o períodos de licencia autorizados por enfermedad del niño;
- h) recibir asignaciones familiares;
- i) llevar al niño de vacaciones;
- j) cambiar legalmente el nombre del niño.

Asimismo, el niño también obtiene ciertos derechos, a saber:

- a) Sustento económico;
- b) derecho a la legítima;
- c) legitimación para reclamar indemnización por muerte del padre;
- d) alimentos.

2. *Por qué se les niega, en muchos casos, el derecho a adoptar*

El homosexual puede ser excluido de la familia de una manera bifronte. Por un lado, muchas veces es rechazado por su familia de origen, que no puede aceptar su orientación sexual. Por otra parte, el

¹² MINOT, ob. cit., p. 33.

Estado puede alejarlo de la familia al negarle el reconocimiento de su unión afectiva con otra persona de su mismo sexo y el acceso a los métodos reproductivos alternativos o a la adopción. En general los distintos Estados son renuentes a aceptar que una pareja homosexual adopte a un niño; en el mejor de los casos un homosexual “soltero” o “sin pareja” podría ser aceptado como adoptante.

Las razones esbozadas para negarle tal derecho suelen refugiarse en la frase de que es “contrario al interés del niño”. Sin embargo, los LGBT’s y quienes apoyan su cruzada entienden que detrás de ese argumento se esconden las siguientes razones:

- a) La intolerancia a los homosexuales, actitud mejor conocida como *homofobia*;
- b) la creencia de que prohibir la discriminación de la orientación sexual es un dominó peligroso¹³: conllevará a la destrucción de la llamada “familia tradicional” y abrirá una caja de Pandora con respecto a las consecuencias. Por ejemplo, que las relaciones homosexuales, de alguna manera, contagien a los heterosexuales y desvíen la orientación sexual de los niños que cuiden.

L. H. Fraser, T. A. Fish y T. M. Mackenzie han tratado de desnudar la idea de que el interés del niño es el primer motivo para negarle el derecho a la adopción. Para ellos la homofobia es la gran causante de muchas de las creaciones legislativas y de las decisiones judiciales que le prohíben a los homosexuales acceder a un niño mediante la adopción. Para poder avalar esta idea desarrollaron un experimento que medía las actitudes con respecto a la sexualidad de un grupo de estudiantes frente a distintas situaciones relacionadas con la adopción¹⁴. Los participantes, ciento seis hombres y ciento sesenta y ocho mujeres, eran estudiantes de la Universidad de St. Tomas y de New Brunswick. A ellos se les presentaron casos que describían escenarios, en donde se debía decidir quién obtendría la custodia de un niño. Estos casos variaban el estado parental (madre o padre) y la orientación sexual de las personas

¹³ NICHOLSON, *The changing concept of family...* cit., en *E-Law Murdoch University Electronic Journal of Law*, vol. 3, N° 3 (september 1996), p. 1.

¹⁴ FRASER, L. H.; FISH, T. A. y MACKENZIE, T. M., *Reactions to child custody decisions involving homosexual and heterosexual parents*, St. Thomas University, Fredericton (september 12), 1994.

que buscaban la custodia (ganador homosexual-perdedor heterosexual, ganador heterosexual-perdedor homosexual). Las condiciones sociales, económicas y religiosas de las partes se mantuvieron constantes.

Las mujeres favorecieron a su propio género a la hora de la custodia; los hombres también favorecieron a su género, excepto cuando el que podía ganar la custodia era un homosexual. En esta condición, para ellos daba lo mismo apoyar a un padre que a una madre. Los resultados indicaron que los sujetos tenían una menor tendencia a favorecer al padre homosexual cuando se lo comparaba a uno heterosexual. Para los creadores del proyecto, esta conclusión es particularmente extensible a los miembros del Poder Judicial, que en su mayoría son hombres.

A continuación reproduciremos la tabla de resultados del proyecto. De ella se desprenden las distintas actitudes que los heterosexuales encuestados manifestaron hacia los homosexuales en el plano de la custodia de un menor¹⁵:

Sexo de los participantes	Status parental	Orientación del ganador	AHHH*	n	M	SD
Mujeres	Mujeres	Homosexual	Alto	13	2,85	1,77
Mujeres	Mujeres	Homosexual	Bajo	16	5,56	1,21
Mujeres	Mujeres	Heterosexual	Alto	15	5,13	1,81
Mujeres	Mujeres	Heterosexual	Bajo	11	4,18	2,18
Mujeres	Mujeres	Control	Alto	15	5,13	1,36
Mujeres	Mujeres	Control	Bajo	14	5,50	1,40
Mujeres	Hombres	Homosexual	Alto	12	2,25	1,49
Mujeres	Hombres	Homosexual	Bajo	18	4,56	1,58
Mujeres	Hombres	Heterosexual	Alto	10	4,30	2,16
Mujeres	Hombres	Heterosexual	Bajo	16	2,25	1,92

¹⁵ FRASER, FISH y MACKENZIE, ob. cit.

Sexo de los participantes	Status parental	Orientación del ganador	AHHH*	n	M	SD
Mujeres	Hombres	Control	Alto	16	3,25	1,48
Mujeres	Hombres	Control	Bajo	12	3,33	2,02
Hombres	Mujeres	Homosexual	Alto	12	2,33	1,44
Hombres	Mujeres	Homosexual	Bajo	9	3,22	2,44
Hombres	Mujeres	Heterosexual	Alto	8	5,88	1,36
Hombres	Mujeres	Heterosexual	Bajo	9	2,44	1,59
Hombres	Mujeres	Control	Alto	6	2,83	1,72
Hombres	Mujeres	Control	Bajo	10	3,90	1,85
Hombres	Hombre	Homosexual	Alto	8	2,63	1,92
Hombres	Hombre	Homosexual	Alto	12	3,17	1,59
Hombres	Hombre	Heterosexual	Alto	8	6,38	0,92
Hombres	Hombre	Heterosexual	Bajo	8	4,13	2,30
Hombres	Hombre	Control	Alto	8	4,88	1,73
Hombres	Hombre	Control	Bajo	8	5,00	1,51

* Escala que mide las Actitudes de los Heterosexuales Hacia los Homosexuales (AHHH).

SD es la desviación *standard*.

n indica la frecuencia.

M indica el nivel de acuerdo.

Con respecto a la segunda cuestión, se han presentado varios informes que intentan burlar la idea de que las relaciones homosexuales alientan a aquellos que no lo son y que los homosexuales tienden a corromper a los niños.

El juez de la Corte de Familia de Australia, Alastair Nicholson¹⁶,

¹⁶ NICHOLSON, ob. cit.

sostiene que esa creencia es muy común en los casos de familia. Para ilustrar este enfoque cita la decisión de primera instancia de “L. vs. L.”¹⁷, en donde se sugirió que un tribunal, a la hora de decidir la solicitud de adopción de un homosexual, debe considerar factores tales como los siguientes:

- a) Si los niños criados por homosexuales se volverán también homosexuales, o si es posible que esto suceda;
- b) si el padre homosexual brindará el mismo cariño y respeto que un padre heterosexual, y
- c) si el padre homosexual podrá ofrecerle una educación sexual balanceada.

L. H. Fraser, T. A. Fish y T. M. Mackenzie han indicado¹⁸ que los padres homosexuales no dan origen ni a una confusión con relación a la identidad del género, ni a una conducta inapropiada, patologías psíquicas u orientaciones homosexuales en los niños.

En un informe presentado por la Comunidad Homosexual Argentina (CHA)¹⁹, los psicólogos Jorge Raíces Montero e Isabel Monzón afirman que la homosexualidad de los padres/madres “no tiene por qué definir la misma tendencia en los hijos. Para ellos, las causales por las que una persona se siente atraída por otra del mismo sexo son múltiples y superan la tradicional identificación freudiana...” Asimismo, aseguran que la familia homosexual, incluso, puede favorecer a los niños en la medida en que les permite:

- Adquirir un mayor aprecio por la diversidad humana.
- Tener una visión más amplia de los roles del género.
- Adquirir una mayor sensación de ser queridos, por las barreras que sus padres debieron superar.
- Apreciar la división igualitaria del trabajo entre padres/madres, ya que las parejas *gays*/lesbianas no dividen el cuidado de los niños y tareas del hogar sobre la base de roles de género.

¹⁷ NICHOLSON, ob. cit., punto 33.

¹⁸ FRASER, FISH y MACKENZIE, ob. cit., citando a Bell, Weinberg & Hammersmith, 1981; Green, Mandel, Hotvedt, Gray & Smith, 1986; Kirkpatrick, Smith & Loy, 1981.

¹⁹ www.mundogay.com/cha/legales, visitada el día 23-5-2000.

Siguiendo estos criterios, en el año 1995 la American Bar Association aprobó una resolución en donde se fomentaba la promulgación de legislaciones y de políticas públicas que impidieran que se deniegue o restrinja la tenencia y visita de niños sobre la base de la orientación homosexual.

3. *La familia y la homosexualidad*

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre declara en su artículo VI que toda persona tiene derecho a formar una familia y a recibir protección para ella. Sin embargo, el Estado puede dificultarle al homosexual ese derecho.

La familia es la célula fundamental de toda sociedad. Dependiendo del concepto de familia que adoptemos, variará nuestra posición con respecto a los homosexuales. La validez empírica de la afirmación “la pareja homosexual atenta contra la familia tradicional” depende del concepto de “familia tradicional” que se utilice.

La realidad social ha forzado una transformación en las concepciones de la familia; los cambios en los estilos de vida se han apartado del modelo tradicional. La jueza canadiense L’Heurenx-Dube²⁰ cree que así como se ha aceptado a las familias extramatrimoniales, el Derecho va en camino hacia la aceptación de las familias homosexuales:

“Es posible ser pro familia sin rechazar las formas familiares no tradicionales”.

En el mismo sentido, el profesor de Derecho de la Universidad de Berkeley, Herma Hill Kay²¹, ha observado que “así como la existencia de familias racialmente mixtas alguna vez desafiaron la legitimidad de la supremacía de los blancos, en la actualidad las familias homosexuales abrirán camino a un estilo cultural y social más diverso”.

Sin embargo, todavía queda mucho por recorrer en cuanto atañe a la adopción.

Los mayores avances, a la hora de quebrar los modelos tradicionales, se han producido en el campo de la seguridad social.

²⁰ NICHOLSON, ob. cit., punto 23.

²¹ NICHOLSON, ob. cit., punto 15.

En la Argentina existen también precedentes similares. El devenir de los tiempos ha variado, efectivamente, el concepto de familia. En las numerosas jornadas de Derecho de Familia²² que se han realizado durante estos últimos años se ha aceptado que la familia es una comunidad de vida.

En un fallo reciente²³ se ha dicho que:

“La familia es principalmente convivencia orientada por el principio de solidaridad en función de afectividades y lazos emocionales conjuntos. La familia es la comunidad de vida que soluciona en forma directa la vida material y afectiva de sus integrantes, promoviendo una determinada distribución o división del trabajo interno, en lo que hace a las actividades materiales que permiten la subsistencia, desarrollo y confort de los miembros del grupo familiar, así como el intercambio solidario del fruto de estas actividades y de la mutua compañía y apoyo moral y afectivo, procurando la mejor forma posible de alcanzar el desarrollo personal, la autodeterminación y la felicidad para cada uno”.

Estas distintas maneras de entender a la familia parecen llevar obligatoriamente a un cambio en la imagen tradicional de los padres.

La Declaración Universal de Derechos Humanos defiende a la familia sin precisar su contenido. Esta ausencia deja en manos de los Estados la decisión. De aquí que los distintos Estados difieran significativamente al momento de tener por acreditada una familia. Asimismo, los distintos modelos que surgen en la vida cotidiana han *aggiornado* el concepto. El avenimiento de las familias adoptivas, ensambladas, mixtas, los padres solteros por elección y las parejas homosexuales obligan a rever las posturas conservadoras.

Leslie Ann Minot²⁴ ofrece ejemplos de cuestiones que pueden surgir al momento de definir legalmente a la familia, sobre todo entre un adulto y un niño:

a) Las relaciones familiares entre un adulto y un niño pueden crearse por los lazos sanguíneos (genéticos o biológicos).

²² A modo ilustrativo el tema fue tratado en las Jornadas sobre Derecho de Familia realizadas en Mendoza en 1998.

²³ JCCom.Minas N° 10 de Mendoza, 20-10-98.

²⁴ MINOT, ob. cit., p. 27.

Sin embargo, los donantes de espermatozoides y óvulos pueden ser excluidos del rol de “padres legales” en aquellos países en los que se permite el uso de material genético de un tercero en las técnicas de reproducción asistida; un lazo genético no es suficiente para producir una relación “familiar” si se respetan determinados protocolos médicos y/o administrativos²⁵.

Asimismo, en el caso de las madres sustitutas, una mujer que concibe a un niño que será criado por otra puede tener un derecho sobre el niño, aun cuando no esté relacionada genéticamente con él (por ej., si el espermatozoides y el óvulo han sido donados).

Más aún, a pesar de algunos avances en las tecnologías empleadas para determinar la filiación, el reconocimiento de la paternidad de padres solteros varía significativamente de país en país. En algunos casos no se necesita el nombre del padre para registrar al niño en el Registro Civil (caso de Rusia), en otros (Reino Unido y Suecia, a modo ejemplificativo) se necesita el apellido del padre para poder acceder a la ayuda gubernamental.

b) Las relaciones de “familia” pueden constituirse entre una persona y un niño mediante lazos no genéticos o biológicos, ya sea a través del casamiento, una relación afectiva, o la cohabitación con el padre del menor.

Por ejemplo, en algunos países, el marido de la madre al tiempo (o en un período anterior) del nacimiento se convierte automáticamente en el padre legal del niño. Así sucede en Rusia.

En muchos países, el marido de una mujer que concibe a un niño por medio de la inseminación artificial del espermatozoides de un donante es reconocido como el padre legal, y, frecuentemente, debe prestar su consentimiento para la inseminación.

En otros países, los padres adoptivos heterosexuales pueden adquirir fácilmente derechos parentales con respecto al hijo de sus esposas.

²⁵ Por ejemplo, en el Reino Unido y parte de Estados Unidos, un donante de espermatozoides anónimo no es considerado “padre” si la inseminación se llevó a cabo de acuerdo a los protocolos adecuados. SAFFRON, Lisa, *Challenging conceptions-planning a family by self insemination*, National Center for Lesbian Rights, Estados Unidos, 1998.

c) Las relaciones “familiares” entre un adulto y un niño pueden crearse gracias a la adopción.

La adopción, como hemos señalado, puede ser plena o simple.

A veces, los Estados limitan el acceso a la adopción sólo a las parejas casadas o que conviven. Normalmente, se requiere el consentimiento de la otra parte cuando uno de los miembros decide adoptar.

Comúnmente, los Estados limitan el número y clase de personas que pueden adoptar; por lo general prohíben que las parejas homosexuales lo hagan, o que el niño adoptado tenga más de un padre o madre adoptivos.

La Comunidad Homosexual Argentina²⁶ sostiene que en nuestro país la familia homosexual existe aunque se la niegue. Esta negativa provoca que no se “institucionalicen los avatares de las familias homosexuales”. Se habla de familia nuclear (padre-madre-hijos, primer matrimonio) como si ése fuese el único tipo que existe. Hoy sabemos que ésta no es siquiera ya en nuestros días una familia “normal”, en tanto la norma está ocupada por las familias alternativas, una de las cuales es la integrada por lesbianas.

En este sentido, la Comunidad Homosexual Argentina explica que la familia lesbiana puede adoptar diversas formas:

“Dos mujeres viven unidas en pareja, o conviven junto con los hijos que una de ellas o ambas han tenido en vínculos heterosexuales. Una madre lesbiana vive con sus hijos pero o no tiene pareja o no comparte el hogar con ésta (a veces, para no perder la tenencia de los hijos). Las otras maneras en que las lesbianas forman familias son excepcionales en nuestro país: si una pareja adopta o recurre a la fertilización asistida debe hacerlo ocultando su lesbianismo”.

II. Diferentes supuestos

De lo antes expuesto advertimos que el tema de la homosexualidad y la adopción presenta diversos supuestos que no permiten otorgar una respuesta única o unívoca; por ello consideramos que es necesario

²⁶ www.mundogay.com/cha/legales/violacion_gyl.htm, visitada el día 5-4-2000.

diferenciar los distintos supuestos que se pueden presentar ya que las distinciones entre las situaciones producen diferentes efectos que requieren disímiles soluciones.

1. *Derecho a la adopción por ambos convivientes en forma conjunta*

Uno de los supuestos que se pueden presentar es que la pareja homosexual en forma conjunta pretenda adoptar a un niño y establecer frente al menor lazos filiatorios.

Para que este supuesto sea jurídicamente posible el Estado debe admitir o reconocer a la pareja de hecho homosexual y otorgarle iguales o similares derechos que a la pareja heterosexual legítima o concubinaria.

Los efectos jurídicos de la adopción conjunta son:

- Los niños tendrán dos padres o dos madres según los casos.
- Los miembros de la pareja en forma conjunta ejercerán los derechos y deberes derivados de la patria potestad.
- A la disolución de la pareja de hecho homosexual se aplicarán las normas de régimen de visita, tenencia y alimentos comunes en disolución de parejas heterosexuales y el fin de la pareja no pondrá fin al vínculo filiatorio.

En principio, pensamos que la adopción de dos personas homosexuales en forma conjunta desnaturaliza el sentido de la adopción tal como está pensado, ya que, como afirmamos al principio, es de su esencia el crear un parentesco civil, más o menos extenso entre adoptante y adoptado, similar al que surge de la filiación biológica, y como de ésta y de la naturaleza no surge que un niño tenga dos padres o dos madres, nos parece que otorgar derecho de adopción a la pareja homosexual desnaturalizaría el vínculo filiatorio.

2. *Derecho a la adopción por uno solo de los miembros de la unión*

El segundo de los supuestos que se puede presentar es que uno de los miembros de la pareja homosexual adopte un niño, en aquellos países donde está permitida la adopción por personas solas. En este supuesto:

- El niño establecerá vínculo filiatorio con el adoptante y no con su pareja.

- Los derechos y deberes derivados de la patria potestad serán ejercidos exclusivamente por el adoptante y no por su conviviente.
- A la disolución de la unión *gay* el conviviente del adoptante perderá todos los derechos sobre el adoptado.
- El niño tendría un solo padre o madre y no dos como en el caso anterior.

Este supuesto permite que en los Estados donde la pareja homosexual no es reconocida y es admitida la adopción por personas solas la pareja homosexual conviva con un niño adoptado por uno solo de los convivientes.

En el procedimiento judicial, la convivencia homosexual del adoptante va a ser reconocida y deberá ser evaluada a los fines del otorgamiento de la adopción.

3. *Derecho de adopción del homosexual que no convive en pareja*

El tercer supuesto que se puede presentar es el de la adopción del homosexual solo; en este caso, a diferencia de los anteriores, el problema no es el reconocimiento de la pareja homosexual sino la determinación de la influencia de la orientación sexual con relación a la capacidad del adoptante.

4. *Adopción del hijo del conviviente homosexual*

El cuarto caso que se puede plantear es la adopción del hijo del conviviente homosexual.

Aquí, a diferencia de los supuestos anteriores, el adoptado es hijo biológico de uno de los miembros de la unión que convive con él y pretende adoptarlo, es decir que lo que se trata es buscar la adopción integrativa.

En este supuesto, al igual que en el primero, estimamos que la esencia de la adopción, que es crear un vínculo similar al de la filiación biológica, no se cumple porque no es natural el tener dos padres o dos madres. Sin perjuicio de admitir que la realidad indica que la convivencia del menor con la pareja de su progenitor genera entre ellos relaciones de hecho de carácter afectivo y solidario, que el De-

recho no puede desconocer y que en algunos casos las legislaciones que originariamente prohibían la adopción por parejas homosexuales lo han permitido en el supuesto de tratarse del hijo del conviviente, para dar un marco jurídico a la realidad de hecho existencial.

III. Soluciones en el Derecho Comparado

1. *Leyes, políticas y decisiones judiciales*

Advertimos que los ordenamientos jurídicos manifiestan su rechazo a la idea de que un homosexual adopte a un niño de diversas formas. En algunas situaciones la legislación expresamente lo prohíbe, en otras existen políticas públicas que lo desalientan y, en la mayor parte, son los jueces encargados de resolver la petición quienes ponen de manifiesto la negativa. La razón principal del rechazo es el supuesto de que el niño no gozará de un ambiente normal, de que el homosexual podrá pervertirlo o contaminarlo con sus inclinaciones. Sin embargo, veremos luego que la situación no es tan tajante cuando lo que se solicita es la custodia. Sheryl Sultan²⁷ argumenta que uno de los motivos de esta diferencia es que los tribunales que deben decidir tienen a su cargo la creación lisa y llanamente de una familia permanente. Para ellos es mucho más sencillo otorgar la custodia y ante un cambio en la situación retirarla. En otros supuestos, la negativa reza que es más adecuado para el menor criarse dentro de un matrimonio. Si bien esta argumentación no hace alusión a la condición de homosexual del solicitante, es indudable que hasta tanto no se admitan los matrimonios homosexuales esta barrera será infranqueable. Además, mientras un heterosexual soltero puede alterar el resultado contrayendo matrimonio, el homosexual nunca podría hacerlo.

Los homosexuales pueden ser diferenciados a la hora de adoptar, básicamente, por dos razones:

- 1) Por su orientación sexual, y
- 2) por su estado marital, entendiéndose por tal la relación de hecho afectiva y prolongada en el tiempo que mantiene con una persona de su mismo sexo.

²⁷ SULTAN, ob. cit.

Muchas legislaciones que reconocen el status jurídico de dicha unión, como las de Hungría, Islandia, Suecia, Dinamarca, Cataluña y Francia, promulgan leyes que expresamente prohíben que dichas parejas puedan adoptar.

Algunos ordenamientos, como los de Italia e Irlanda, no permiten que una persona soltera adopte, independientemente de su orientación sexual. En Serbia la adopción está restringida a las parejas heterosexuales, aunque en 1997 se registraron algunos casos en donde mujeres solteras adoptaron; estas excepciones no contemplaron a las lesbianas²⁸.

El mejor interés del niño guía la concesión de una adopción. Los tribunales evalúan varios factores cuando deben decidir qué es lo mejor para el menor, y la orientación sexual del solicitante es uno de esos factores determinantes, que también toman en cuenta los legisladores.

En Estados Unidos la situación de los homosexuales varía de Estado en Estado. Mientras que Vermont recientemente ha promulgado una ley por la que las uniones homosexuales son equiparadas al matrimonio en materia estatal, Estados como New Hampshire prohíben expresamente no sólo el matrimonio homosexual, sino también que los homosexuales adopten²⁹. Sheryl Sultan³⁰ agrega que el Estado de Arizona mantiene como política rechazar cualquier pedido de adopción realizado por un *gay* o una lesbiana. Igual postura ha tomado California al establecer que todas las agencias de adopción rechacen cualquier pedido que provenga de uniones de hecho, sobre todo si esa unión está constituida por homosexuales³¹. El 3 de mayo de 2000 Mississippi se convirtió en el tercer Estado que prohíbe mediante una ley que los homosexuales adopten. Los otros dos son Utah y Florida, aunque aquí se les permite solicitar la tutela de algún menor. La ley de Mississippi fue promulgada como reacción a la ley de Vermont. Si bien la legislación no prohíbe que un homosexual

²⁸ MINOT, ob. cit., p. 117.

²⁹ Al enumerar a aquellos que pueden revestir la calidad de adoptantes, la Sección 170-B:4 señala que no podrán serlo los homosexuales.

³⁰ SULTAN, ob. cit.

³¹ www.gaylawnet.com, visitada el día 3-6-2000.

“soltero” adopte, obliga al juez que entiende en la adopción a que rechace el pedido de cualquier pareja homosexual *in limine*.

El Senado de Connecticut mostró otra postura al aprobar una legislación que permite que los homosexuales y los concubinos adopten los hijos de sus parejas *gays*³².

Un problema central es el de la *copaternidad*. Cuando una pareja *gay* o lesbiana solicita la adopción de un menor, lo hace en calidad de padres o madres. Lo mismo sucede cuando un homosexual quiere adoptar al hijo biológico de su pareja, a quien ayudó a criar. Mientras muchas personas lo consideran un despropósito, otras intentan verle la cara positiva: el menor tendrá una mayor seguridad económica, afectiva, derechos hereditarios sobre los bienes de ambas madres o padres, los beneficios de la seguridad social y de los seguros médicos. Además, permite que ante una ruptura de la pareja el homosexual padre no biológico pueda tener derechos de visita al niño que considera su hijo.

Los Servicios Sociales de Lewisham (Reino Unido) han sostenido que sería mejor para el interés de un niño de dos años discapacitado vivir con una pareja de homosexuales, que lo quiere verdaderamente, a vivir con sus padres tutores. Pero la ley inglesa sólo permite que uno de los homosexuales se convierta en el padre adoptivo del menor.

En 1995, por primera vez se permitió que una pareja lesbiana adoptara a un niño³³. En 1997 una pareja *gay* que añoraba tener niños pudo obtener la custodia de un menor portador de HIV(+) que había sido abandonado al momento de nacer. En 1998 la pareja solicitó la adopción del menor, pero no se le concedió porque la pareja estaba constituida por dos hombres. Recién después de haber apelado la decisión ante el Departamento de Bienestar de Sudáfrica pudieron convertirse en los padres adoptivos del niño. En el mes de noviembre de 1999 un homosexual pudo adoptar a una niña en Sudáfrica, luego de haber luchado durante cuatro años. La adopción marcó un antes y un después en Sudáfrica no sólo porque la adopción se dio entre personas de distinta raza, sino también porque un homosexual hombre

³² www.gaylawnet.com, visitado el día 3-6-2000.

³³ MINOT, ob. cit.

pudo adoptar a una niña. Sudáfrica, hasta el momento, no ha permitido expresamente que parejas homosexuales adopten³⁴.

En Canadá aquellos que solicitan la adopción deben someterse a tests psicológicos, que en algunas oportunidades son manipulados para excluir a los *gays* y lesbianas³⁵. En las listas de candidatos que solicitan la adopción de menores los homosexuales son situados en el último escalafón, incluso por debajo de quienes presentan antecedentes de haber abusado y maltratado a niños. Sin embargo, un tribunal de Calgary ya ha aceptado en varias oportunidades la posibilidad de que un homosexual adopte al hijo de su pareja. En dichas ocasiones se afirmó que aquellos que ayudan a criar a esos niños desde su nacimiento en calidad de padres se encuentran ampliamente calificados. En mayo de 1999, el gobierno de Alberta aprobó una legislación que permite expresamente que los homosexuales adopten a los hijos biológicos de sus parejas.

2. *Soluciones legislativas*

Para una mejor comprensión del Derecho Comparado creemos necesario hacer una clasificación de las distintas legislaciones y un análisis de los precedentes jurisprudenciales.

Dentro de las soluciones legislativas tenemos las supranacionales y las nacionales. En el caso de las soluciones supranacionales vamos a mencionar el informe de la Comunidad Económica Europea, por la importancia del organismo que lo emite.

En cuanto a las legislaciones nacionales, creemos necesario por razones de orden realizar una clasificación entre las que prohíben la adopción a parejas homosexuales y las que la permiten, y esta última subdividirla entre quienes la admiten libremente y quienes lo hacen en forma restringida.

A) *Comunidad Económica Europea*

El informe de la Comunidad Económica Europea de fecha 26 de enero de 1994 pide a la Comisión que presente una propuesta de di-

³⁴ www.gaylawnet.com, visitada el día 3-6-2000.

³⁵ FINE, Agnés, *Adoption, filiation, différence des sexes*, en *Homoparentalités, état des lieux*, sous la direction de Martine Grox, ESF, 2000.

rectiva al Consejo relativa a la lucha contra la discriminación por razones de orientación sexual y señala que esta directiva debería considerar discriminatoria, entre otras conductas, la denegación del derecho a la adopción o a la tutela³⁶.

B) *Leyes que prohíben la adopción por parejas homosexuales*

a) *Legislación de Noruega*

La ley noruega de 1997 acepta la registración de la pareja homosexual con idénticos efectos al matrimonio, salvo en lo que hace a la adopción, que le está prohibida a la pareja homosexual³⁷.

Concretamente el artículo 4 de la ley dice: "Las disposiciones de la ley de adopción concernientes a los cónyuges no se aplicarán a las parejas registradas".

b) *Legislación de Suecia*

La Ley de Registro de las Parejas de Hecho de 1994 otorga iguales derechos a las parejas homosexuales registradas que a las parejas heterosexuales casadas, excepto en el derecho a la adopción³⁸.

Concretamente el Capítulo 3, Sección Segunda, dice: "Los miembros de una pareja registrada no podrán, ni en común ni individualmente, adoptar niños, según el Capítulo 4 del Código de Padres, Hijos y Tutores. Tampoco podrán solicitar la guarda y custodia de un menor como tutores idóneos, según el Capítulo 13, Sección 8 del Código de Padres, Hijos y Tutores.

"El acta de Inseminación y el de Fertilización no pueden ser aplicados a los miembros de una pareja de hecho"³⁹.

³⁶ El informe completo puede ser consultado en *Revista Interdisciplinaria de Derecho de Familia*, Nº 13, ps. 239/241.

³⁷ STEFFE, Jensen, *Le reconnaissance des préférences sexuelle: le modele scandinave*, en BORRILLO, *Homosexualité et Droit* cit., capítulo relativo a *Les otros pays nordiques*; también es referenciada en SALTER CID, Nuno de, p. 222.

³⁸ NUNHAUSER-HENNING, Ana, *La cohabitación extramatrimonial en el Derecho Civil sueco. Sistema de protección legal de las parejas de hecho*, en *El Derecho europeo ante la pareja de hecho*, coordinado por Carlos Villagra Alcaide, Cedes, Barcelona, 1996, ps. 43 y ss., y p. 57.

³⁹ NUNHAUSER-HENNING, ob. cit., p. 295.

c) *Legislación de Aragón*

La ley de Aragón sobre parejas estables se aplica indistintamente a las parejas homosexuales y a las heterosexuales, salvo en lo que respecta a la adopción, que sólo está permitida a las parejas estables no casadas heterosexuales (art. 10).

d) *Legislación de Cataluña*

La ley de Cataluña de 1998 relativa a uniones de hecho hetero y homosexuales no concede el derecho a la adopción a la pareja homosexual, mientras que sí lo otorga a la pareja heterosexual (art. 5)⁴⁰.

e) *Legislación de Mississippi*

Mississippi prohíbe de manera expresa que una pareja homosexual adopte a un menor; incluso ha dispuesto que cualquier adopción otorgada en otra jurisdicción, que sí lo permita, no será considerada legal en Mississippi⁴¹.

f) *Legislación de New Hampshire*

Al enumerar a aquellos que pueden revestir la calidad de adoptantes, la Sección 170-B:4 señala que no podrán serlo los homosexuales.

g) *Legislación de California*

Se encuentra pendiente en la Legislatura de California⁴² una enmienda que permitirá que un niño sea adoptado por:

- Un adulto soltero.
- Dos adultos legalmente casados.
- Dos adultos que no están legalmente casados.

Se espera que esta enmienda permita que los homosexuales puedan adoptar.

⁴⁰ Un amplio comentario a esta ley puede consultarse en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 22, ps. 557 y ss.

⁴¹ La Sección 2 de la House Bill 49, introducida por Howell, entró en vigor el 1-7-2000.

⁴² Assembly Bills, AB 53: Unmarried Adoptive Parents.

C) *Leyes que permiten la adopción por parejas homosexuales.*
Restringido a la adopción del hijo del compañero homosexual

a) *Legislación de Dinamarca*

El 20 de mayo de 1999 el Parlamento de Dinamarca aprobó una ley que permite que el compañero homosexual adopte al hijo del otro miembro, excepto en el caso en que hubiera sido adoptado en un primer momento en un país extranjero⁴³.

b) *Legislación de Valencia*

Las Cortes valencianas promulgaron en diciembre de 1994 la ley 7/1994, cuyo artículo 28 reza de la siguiente manera:

Adopción de menores: la adopción se regirá, en cuanto su constitución y efectos, por lo que dispone la legislación civil del Estado [...] atendiendo al supremo interés del niño y la niña. No será en ningún caso considerada una medida discriminatoria para conceder una adopción, el tipo de convivencia familiar por el que hayan optado libremente aquellos o aquellas que soliciten la adopción.

La norma contempla la posibilidad de que las parejas homosexuales adopten. Sin embargo su ambición es mucho mayor que su campo de acción, pues en su primera parte reconoce como límite a la legislación civil del Estado. Plaza Penedes y Tamayo Carmona⁴⁴, al analizar quiénes están legitimados para adoptar en España, concluyen que el integrante de una unión de hecho puede adoptar individualmente, pero que la prohibición es terminante en lo que respecta a las uniones de hecho tanto hetero como homosexuales. El Código Civil español resuelve la situación en su artículo 175.4, que establece que: “fuera de la adopción por ambos cónyuges, nadie puede adoptar conjuntamente”. Cataluña, como ya hemos explicado, si bien reconoce las uniones de hecho homosexuales, no las legitima para solicitar la adopción de un menor.

⁴³ Informe Anual ILGA 99, www.ilga.org.

⁴⁴ PLAZA PENEDES, Javier y TAMAYO CARMONA, Juan A., *Artículo 28 de la ley autonómica valenciana 7/1994, de la infancia y sus repercusiones en materia de adopción por los posibles integrantes de una unión de hecho*, en *Uniones de hecho* cit., ps. 401 y ss.

D) *Amplia posibilidad de adopción*

a) *Legislación de Vermont*

La ley de Vermont de abril del año 2000 crea la unión civil para las parejas homosexuales y otorga expresamente el derecho a la adopción en el capítulo correspondiente a los beneficios, protecciones y responsabilidades de las partes de una unión civil⁴⁵.

b) *Legislación de Navarra*

El 22 de junio de 2000⁴⁶ Navarra se convirtió en la primera comunidad española en reconocer el derecho a la adopción de niños de parejas estables homosexuales. La ley foral establece que “los miembros de la pareja estable podrán adoptar de forma conjunta con iguales derechos y deberes que las parejas unidas por matrimonio”. A partir de la publicación en el Boletín Oficial de Navarra, aquellas parejas hetero u homosexuales inscritas en los Registros de Navarra podrán acceder no sólo a la adopción, sino también a beneficios derivados del régimen fiscal, sucesorio y laboral en el sector público, que sólo estaban reservados para los matrimonios. La ley foral define a la pareja estable como “la unión libre y pública, en una relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de la orientación sexual”. La ley requiere que esas personas hayan convivido ininterrumpidamente por lo menos durante un año, o que tengan descendencia en común, o bien que manifiesten la intención de convivir de manera estable en un documento público.

c) *Legislación de Holanda*

El 19 de diciembre de 2000 la Cámara Alta del Parlamento holandés aprobó la ley que permite la adopción por parejas homosexuales. La normativa prevé que las parejas del mismo sexo que hayan cohabitado por más de tres años podrán adoptar bajo las mismas condiciones que las parejas heterosexuales. Para hacerlo no es necesario que la pareja

⁴⁵ Un amplio comentario a esta ley puede consultarse en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 2000-1, p. 527.

⁴⁶ *El País Digital* del viernes 23-6-2000.

se encuentre casada o registrada. La premisa que guió a este precepto reza que un menor no puede tener más de dos padres oficiales, por esto, si un niño es adoptado por la pareja mujer de su madre, el menor ya no podría ser reconocido por su padre natural. Asimismo, la paternidad ya no puede determinarse judicialmente.

La ley sólo es aplicable a la adopción dentro de Holanda. En lo que concierne a los niños extranjeros, la situación no se ha modificado; es decir que la adopción en estos casos sólo podrá ser solicitada por parejas heterosexuales.

De todas maneras, se teme que la adopción por homosexuales en Holanda no sea reconocida en el extranjero, atento a que esta clase de adopción no fue incluida en la Convención de La Haya sobre Adopción de 1993.

3. *Soluciones jurisprudenciales*

A) *Precedentes que permiten la adopción*

“Jacob y Dana”⁴⁷

El tribunal de apelaciones de New York tuvo la oportunidad de expedirse acerca de si la pareja de la madre biológica de un niño, ya sea hetero u homosexual, puede convertirse gracias a la adopción en la segunda madre del menor. En el caso “Jacob y Dana” la mayoría del tribunal afirmó que la legislación en materia de adopción debía aplicarse en armonía con el principio humanitario que reza que la adopción es un medio para asegurarle al niño el mejor hogar posible. “Nuestra lealtad la debemos al mejor interés del niño”. Frank Bates⁴⁸ señala que esta política se pondría en práctica en aquellas situaciones donde dos adultos, que ejercen funciones de padres, puedan convertirse en padres legales. En “Jacob y Dana” se acumularon dos solicitudes de adopción, una presentada por una pareja de heterosexuales y otra por una pareja de homosexuales. La legislación de New York prohíbe

⁴⁷ 22, F.I.Rtr 1003 (1995).

⁴⁸ BATES, Frank, *Is the tide truly turning? Gays, lesbians, adoption and custody*, en *E-Law Murdoch University Electronic Journal of Law*, vol. 3, N° 3 (september, 1996).

que las uniones de hecho (independientemente de su género) adopten. Para poder superar este obstáculo, la mayoría del tribunal entendió que el término “en conjunto” sólo se aplicaba a las parejas casadas. De esta manera, no impediría que una persona soltera en pareja con otra persona soltera adopte a un niño. A criterio del tribunal, la normativa tenía como *ratio* impedir que uno de los esposos adoptara sin el consentimiento del otro. En “Jacob y Dana”, cada madre biológica estaba de acuerdo con el procedimiento. La minoría consideró que la normativa era lo suficientemente clara: no admitía este tipo de adopciones. Además, una postura como la de la mayoría podría forzarse hasta el extremo de admitir que cualquier número de personas que decidiera vivir bajo el mismo techo, aunque sin cohabitar, podría adoptar a un niño. Esta visión se volvía más aguda cuando se advertía que la legislación no reconocía el matrimonio entre *gays* o lesbianas.

Poco tiempo después de que se decidiera este caso, se presentó ante el Tribunal Superior de New Jersey una situación similar.

“*H. N. R.*”⁴⁹

Hannah y Mary habían mantenido una relación afectiva por catorce años; ambas eran profesionales y copropietarias de la casa que habitaban; también eran copropietarias de la mayor parte de sus activos. De acuerdo a sus dichos, desde el principio de su relación habían manifestado la intención de tener hijos. La mayor, Hannah, había fracasado en un intento de concebir mediante inseminación artificial. Mary tuvo mejor suerte al quedar embarazada utilizando el mismo método. Durante el embarazo acordaron que como Hannah tenía mayores ingresos continuaría trabajando para mantener a la familia. Mary dio a luz a mellizos, los que debieron permanecer internados en el hospital por siete semanas. Durante dicho período, tanto Hannah como Mary se turnaron para cuidarlos. Desde el momento en que los mellizos fueron llevados a la casa ambas se encargaron de criarlos. Al solicitar la adopción los mellizos contaban 3 años de edad y estaban igualmente unidos con las dos mujeres. Hannah y Mary habían asegurado el futuro de los niños: habían separado dinero para la educación y habían pactado

⁴⁹ 22, F.I.Rtr. 1028 (1995).

que llegado el supuesto de la ruptura de la pareja, Mary conservaría la custodia y Hannah tendría derechos de visita y mantendría la obligación alimentaria. A pesar de haber previsto cualquier contingencia, las dos mujeres estaban dispuestas a que Hannah adoptara a los niños, puesto que no sólo los beneficiaría a ellos, sino que además le permitiría a Hannah ser madre legal. El tribunal inferior rechazó la solicitud, argumentando que la legislación de New Jersey no permitía tales adopciones. El tribunal superior de apelaciones consideró que esa interpretación era demasiado restrictiva, y que *lo que se debía promover era el mejor interés de los niños*. A diferencia de lo que sucedía en “Jacob y Dana”, la legislación de New Jersey nada decía acerca de las adopciones conjuntas, ya de las parejas en conjunto o de la adopción del hijo biológico de la pareja.

*“Matter of adoption of Evan”*⁵⁰

Una pareja de lesbianas que había convivido durante catorce años decidió tener un niño. Una de las mujeres se sometió a un tratamiento de inseminación artificial con esperma de un amigo de la pareja. Esta persona formalmente renunció a cualquier derecho sobre el niño. Durante seis años el pequeño fue criado por las dos mujeres. Su madre no biológica decidió solicitar la adopción simple del menor, una adopción que no eliminara los lazos filiatorios entre el niño y su otra progenitora biológica. La cuestión dorsal para el tribunal que debía decidir la solicitud fue si ello era en el mejor interés del niño. Luego de evaluar las aptitudes del niño y su relación con la pareja, concluyó que la adopción beneficiaría a Evan: no alteraría el ambiente en el que el niño había sido criado, y le otorgaría derechos adicionales, mayor seguridad económica, en tanto la madre adoptiva tendría la obligación de mantenerlo; tendría derechos hereditarios sobre bienes de su madre no biológica y accedería, también, a los beneficios de la seguridad social. Asimismo, para el supuesto de que la pareja llegara a disolverse, Evan podría ser visitado por su madre adoptiva sin romper los vínculos que hasta ese momento los unían. La Corte citó la Ley de Relaciones Domésticas (sección 110) para respaldar la postura de

⁵⁰ 153 Misc. 2nd 844, 583 N. Y. 5.2nd 997 (1992).

que la madre no biológica, en su calidad de adulta soltera, era apta para adoptar, y que, además, sería un “resultado absurdo” cumplir ciegamente con las exigencias de la sección 117 del mismo plexo normativo⁵¹. La Corte concluyó que las dos mujeres ejercían la copaternidad y que el Derecho de New York no exigía una “elección destructiva entre padres” (en este caso madres). Asimismo, afirmó que sólo podría alcanzarse un resultado racional si se mantenían los derechos de la madre biológica, al tiempo que se le reconocieran los derechos a la madre adoptiva.

*“Adoption of Tammy”*⁵²

En “Adoption of Tammy” otra pareja de lesbianas llevó al tribunal de Massachusetts un planteo similar. Para el órgano judicial el mejor interés de Tammy implicaba reconocer la idéntica relación emocional que la niña mantenía con las dos mujeres. En este caso, dos mujeres solteras, la doctora Susan Love y su pareja por más de diez años, la doctora Helen Cooksey, solicitaron la adopción conjunta de un menor de 5 años de edad. Susan había concebido al niño por medio de la inseminación artificial del espermatozoide del primo biológico de Helen. Para no perder sus derechos parentales o filiatorios sobre Tammy –si se le concedía la adopción a Helen–, Susan también solicitó la adopción. Con anterioridad, pero aunque sin éxito, Helen había tratado de concebir a través de la inseminación artificial del espermatozoide del hermano de Susan. De acuerdo con el Capítulo 210, Sección 2 del Massachusetts General Law (que exigía el consentimiento de ciertas personas para conceder la adopción), el primo de Helen firmó una renuncia a sus derechos parentales y una declaración apoyando la adopción de Susan y Helen. Tammy veía a ambas mujeres como madres, a Helen la llamaba “mamá” y a Susan “mami”. Ambas participaron de manera igualitaria en la crianza y educación de Tammy, así como en su sustento económico. Luego de realizar diversos estudios, el Departamento de Servicios Sociales concluyó que las solicitantes y su hogar constituían un ambiente

⁵¹ En este Estado sólo se acepta la adopción plena, por lo que conceder la adopción en los términos de la sección 117 importaría el desconocimiento de los derechos filiatorios de la madre biológica.

⁵² 416 Mass. 205, 619 N. E. 2nd 315 (1993).

propicio para el desarrollo y crecimiento de Tammy. La Corte⁵³ nombró guardián ad litem al doctor Steven Nickman, un profesor asistente de la Escuela de Medicina de Harvard. Él condujo un informe para determinar si la adopción sería en el mejor interés de la menor. Señaló que Tammy crecería en una “familia no estándar”:

“El hecho de que esta constelación parento-filial haya sido el resultado de un deseo fuerte y planeado cuidadosamente [...] La madurez de estas mujeres, su status en la comunidad y sus propósitos serios en contraste con el ambiente en que crecen numerosos niños que son abusados, abandonados, o privados de toda seguridad y alegría dan razones suficientes para que Helen se convierta en madre legal de Tammy al igual que Susan”.

La Corte resolvió el planteo con miras a la Ley de Adopción de Menores de Massachusetts y concluyó que el Capítulo 210 en sus secciones 1 y 2 no impedía que dos adultos solteros que cohabitaban adoptaran de manera conjunta a un menor. Aún más, la Corte afirmó que no existía nada a nivel legal que prohibiera una adopción basada en la orientación sexual o de género.

Australia y los efectos de la comaternidad

“W. vs. G.”⁵⁴

“W. vs. G.” es un hito en la historia jurisprudencial australiana⁵⁵ debido a que es el primer caso que admite que la pareja lesbiana de una madre biológica puede ser una “co-madre”. En este caso una lesbiana recurrió al tribunal para reclamarle a su ex pareja alimentos para los niños que ella había concebido, pero que proyectaron y criaron juntas. Las mujeres habían convivido durante más de ocho años y durante su relación W. había dado a luz, gracias a la inseminación artificial, a dos niños. El tribunal falló a favor de la peticionante. Debido a que no existía legalmente la figura de la “co-madre”, los abogados

⁵³ MINOT, ob. cit.

⁵⁴ “W. vs. G.” (1996) 20 Fam. L. R. 49, Australia.

⁵⁵ MILLBANK, Jenni, *Which, then, would be the “husband” and wich the “wife”?: Some introductory thoughts on contesting “the family” in Court*, en *E-Law Murdoch University Electronic Journal of Law*, vol. 3, Nº 3 (september, 1996).

de W. utilizaron el principio del *estoppel*⁵⁶. De acuerdo con W., la participación de G. en el proceso de inseminación y su silencio favorecerían la presunción de que ella prometía ser también madre de los niños, y que ayudaría en su cuidado, tanto afectiva como económicamente. Según W., fue esa promesa implícita la que la convenció de seguir adelante con el proceso de inseminación. La Corte debió circunscribir su análisis a lo planteado por la actora, es decir, el principio del *estoppel*. Es por ello que debía encontrar la “promesa”. La Corte aceptó como prueba relevante cartas que G. había escrito, en las que se refería al hecho de formar una familia con W. y a sus deseos de tener niños. El factor determinante fue su participación en el proceso de inseminación: ¿había o no inyectado el esperma con sus propias manos?⁵⁷ A G. se la reconoció como “co-madre” a los efectos del deber alimentario; sin embargo, correlativamente no se le reconoció ningún derecho sobre los niños. En la decisión del tribunal no importó si funcionalmente W. y G. constituían una verdadera familia.

B) *Precedentes que deniegan la adopción*

Tendencia jurisprudencial francesa

“En Francia, si durante el proceso de aprobación, una persona revela su homosexualidad, ya no tiene chances de obtener la aprobación. En cambio, si oculta su orientación sexual, obtiene la conformidad necesaria para convertirse en padre adoptivo. Este hecho es una evidencia de la discriminación, que se agrava por la simple razón que el engaño está fomentado por las autoridades”⁵⁸.

Leslie Ann Minot⁵⁹ comenta dos casos franceses de principios de los años '90. En 1993, una de las solicitudes fue rechazada con el siguiente argumento: “La libre elección de los adultos de vivir al margen

⁵⁶ El *estoppel* podría entenderse como la figura de los “actos propios” en el Derecho argentino.

⁵⁷ MILLBANK, ob. cit.

⁵⁸ MINOT, ob. cit., p. 109, citando a *Homoparental families in France, 1998: Reality and discriminations*.

⁵⁹ MINOT, ob. cit., p. 109.

de la sociedad no puede imponérsele a un niño en el contexto de la adopción. El interés del niño adoptivo yace justamente en evitar ser colocado directamente en una situación marginal”. En 1994, la otra solicitud fue rechazada con un argumento similar: “De acuerdo al lugar que ocupan las parejas homosexuales en la sociedad, así como en el Derecho y en la cultura, ustedes, bajo las circunstancias actuales, no le ofrecen al menor las condiciones de integración social que él necesita...”

La francesa APGL (Association Des Parents et Futurs Parents Gays et Lesbiens) le ha revelado a ILGA (International Lesbian and Gay Association)⁶⁰ documentos relativos a un caso inédito en el que se le negó la solicitud de adopción a una mujer lesbiana. V. M. se encontraba desde hacía diez años con otra mujer lesbiana, y trabajaba con niños y adolescentes. En 1997 su solicitud fue rechazada por “consideraciones psicológicas [...] derivadas de su relación con su pareja homosexual”. El Consejo General del Departamento Regional argumentó que el estilo de vida de esta mujer produciría serias dificultades para el niño, tanto en lo que hacía a su formación psicológica como a su integración social.

Tendencia jurisprudencial canadiense

“R. K.”⁶¹

En 1995 cuatro parejas de lesbianas se unieron en una demanda para reclamar el reconocimiento legal como madre a la “pareja madre no biológica”. En las cuatro parejas se observaba la misma situación: uno de sus miembros había concebido a un niño gracias a la inseminación artificial, y el otro miembro buscaba el reconocimiento legal de su calidad de madre a partir de la adopción. La normativa en materia de adopción permitía que una persona soltera o dos personas que fuesen esposas adoptaran. Para que la madre no biológica pudiese adoptar, ésta debería ser la “esposa” de la madre biológica. En “R. K.”, justamente, se cuestionaba la definición de “esposos”. En este caso, aunque las peticionantes argumentaron en torno a la existencia de diversos tipos

⁶⁰ MINOT, ob. cit., p. 110.

⁶¹ (1995) 15 RFL (4th) 129 (Ont. CJ).

de familia, “en el discurso legal todos los caminos conducían al núcleo heterosexual romano: el matrimonio o sus equivalentes de facto”⁶².

Tendencia jurisprudencial norteamericana

“The Matter of Appeal in Pima County”⁶³

En este caso la orientación sexual del solicitante fue un factor decisivo para denegarle su pretensión. Este precedente refleja la política que sigue el Estado de Arizona con respecto a la orientación sexual. En esta decisión la Corte de Apelaciones validó la decisión del tribunal inferior que había impedido que un bisexual adoptara a un niño, aunque estuviera en pareja (en ese momento con otro homosexual). La Corte argumentó que para conceder una adopción debía evaluar los antecedentes sociales, financieros y sobre todo la condición moral del solicitante.

“The Matter of the Petition of C. M. A.”⁶⁴

C. M. A. y L. A. W. formaban una pareja lesbiana que en abril de 1998 solicitaron conjuntamente la adopción de K. D. W. El tribunal inferior nombró a un curador ad litem, a fin de que realizara un informe sobre las condiciones de vida de las solicitantes. Si bien el informe resultó favorable, el juez prefirió abrir la causa a prueba y para ello convocó a una serie de testigos. La mayoría de ellos afirmó que la orientación sexual de las solicitantes no era materia de preocupación. Toda la evidencia se inclinaba a favor de la adopción y que ésta era en el mejor interés del niño. El tribunal demoró su decisión en varias oportunidades sin explicar razones, hasta que finalmente denegó la adopción. Las partes no apelaron sino que plantearon la remoción del juez que decidió en contra de su solicitud.

La Corte de Apelaciones concluyó que el juez del tribunal superior había llegado a ese resultado engeguizado por sus juicios personales acerca de la homosexualidad. En la historia jurisprudencial de Illinois

⁶² MILLBANK, ob. cit.

⁶³ Ariz. 335, 727 P. 2d 830 (Ariz. App. 1986).

⁶⁴ “In the Matter of Petition of C. M. A.”, Illinois Court of Appeals, N° 98 CoA 1118.

normalmente se había aceptado esta clase de adopciones. La única excepción fue la decisión de este juez que, a criterio del tribunal de apelaciones, manifestaba una marcada tendencia en contra de las lesbianas. El tribunal señaló además que el tratamiento que les había profesado era vergonzoso.

Corte Constitucional de Colombia, 2 de agosto de 2001

El ciudadano colombiano Luis Eduardo Montoya Medina planteó la inconstitucionalidad de la norma contenida en el Código del Menor colombiano que impide la adopción a parejas homosexuales, señalando que tal disposición violaba, entre otros, el principio de igualdad.

La norma cuestionada expresamente dice:

Decreto 2737 de 1989, por el cual se expide el Código del Menor: Artículo 89. Podrá adoptar quien, siendo capaz, haya cumplido 25 años de edad, tenga al menos 15 años más que el adoptable y garantice idoneidad física, mental, moral y social para suministrar hogar adecuado y estable al menor. Estas mismas calidades se exigirán a quienes adopten conjuntamente.

El adoptante casado y no separado de cuerpos sólo podrá adoptar con el consentimiento de su cónyuge, a menos que este último sea absolutamente incapaz para otorgarlo.

Esta norma no se aplicará en cuanto a la edad, en el caso de adopción por parte del cónyuge conforme a lo previsto en el artículo 91 del presente Código.

Artículo 90. Pueden adoptar conjuntamente:

1. Los cónyuges.
2. La pareja formada por el hombre y la mujer que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos tres (3) años. Este término se contará a partir de la separación legal de cuerpos, si con respecto a quienes conforman la pareja o a uno de ellos, estuviere vigente un vínculo matrimonial anterior.

El impugnante considera que el numeral 2 del artículo 90 acusado es inconstitucional porque establece una discriminación en contra de las parejas homosexuales, al prohibirles adelantar procesos de adopción.

Esta prohibición quebranta el derecho que tienen los homosexuales a ser tratados de manera similar a los heterosexuales.

Sobre este particular, agrega que la opción sexual forma parte del espectro de la dignidad de la persona, dignidad que se desconoce con la interpretación del artículo 42 de la Carta según la cual las relaciones matrimoniales y maritales sólo se configuran con personas de diferente sexo.

Sostiene que la posición jurisprudencial de admitir los derechos homosexuales de manera individual y de negarlos en cuanto a la vida de pareja debería modularse para permitirle la adopción a las parejas homosexuales, en aras a evitar el tratamiento discriminatorio.

En el proceso tuvieron intervención algunas asociaciones, como la Sociedad G&M Abogados de Colombia y la Asociación Trenza.

La primera sostuvo que la opción sexual de los padres no determina la de los hijos; que la realidad demuestra una mayor responsabilidad frente a los hijos por parte de los padres homosexuales frente a la de los heterosexuales; que la condición sexual no interfiere ni afecta la calidad moral del individuo; que existen muchos padres biológicos homosexuales; que los criterios para adoptar deben atender a otras circunstancias importantes para la vida del menor, pero no al de la sexualidad de los padres, y que las parejas heterosexuales no son, necesariamente, mejores padres que las de homosexuales, así como que quienes optan por la conducta homosexual no lo hacen como manifestación de una psicopatología, tal como lo han reconocido ampliamente los organismos internacionales que clasifican los desórdenes mentales y las enfermedades humanas.

Por su parte, la Asociación Trenza intervino en el proceso para coadyuvar los argumentos del demandante agregando que la estructura heterosexual de la familia tampoco garantiza, per se, la correcta educación de los hijos y que, en cambio, la formación integral del menor, la disciplina que se le imparta y el amor que se le dé deberían ser valorados independientemente de la tendencia sexual de los padres adoptantes. Añade que “como consecuencia, va contra todo principio de igualdad medir la moralidad a una persona o a una pareja por su orientación sexual, por cuanto su orientación sexual corresponde a su libre determinación y/u opción de vida, que ha decidido tomar; la

moralidad, recordemos, se mide de acuerdo con las experiencias individuales; por ende carece de toda objetividad”.

La Corte Constitucional de Colombia desestimó la pretensión del demandante señalando que lo que debía determinarse en el caso era si la hipótesis de hecho regulada por la norma acusada, esto es la adopción conjunta por parte de parejas heterosexuales que han vivido en unión libre por lo menos tres años, es idéntica a la de las parejas homosexuales que han vivido en la misma situación por ese tiempo, de tal manera que se imponía al legislador dar el mismo trato a ambas situaciones, concediendo en los dos supuestos la autorización para adoptar en forma conjunta.

A juicio de la Corte, no se da la identidad de hipótesis que impone al legislador dispensar un idéntico tratamiento jurídico, si se tiene en cuenta que la adopción es ante todo una manera de satisfacer el derecho prevalente de un menor a tener familia, y que la familia que el constituyente protege es la heterosexual y monogámica, como anteriormente quedó dicho. Desde este punto de vista, al legislador no le resulta indiferente el tipo de familia dentro del cual autoriza insertar al menor, teniendo la obligación de proveerle aquella que responde al concepto acogido por las normas superiores. Por lo tanto, no sólo no incurrió en omisión discriminatoria, sino que no le era posible al Congreso autorizar la adopción por parte de homosexuales, pues la concepción de familia en la Constitución no corresponde a la comunidad de vida que se origina en este tipo de convivencia.

En realidad, la disposición que ocupa la atención de la Corte únicamente pretende proteger la familia constitucional, concediéndole el derecho de constituirse con fundamento en la adopción. No discrimina a las parejas homosexuales, como tampoco a ninguna otra forma de convivencia o de unión afectiva que pudiera llamarse familia⁶⁵, pero que no es la protegida por el artículo 42 de la Constitución. Por eso no puede ser considerada discriminatoria, sino más bien, propiamente hablando, proteccionista de la noción superior de unión familiar.

Por todo ello, se ajusta a la Constitución el que el legislador limite

⁶⁵ Vgr. familia poligámica, poliándrica, poligínica.

la libertad del juez que decreta la adopción, señalando que la autorización para adoptar sólo puede ser concedida a quienes pretenden conformar la familia que el constituyente quiso proteger. Éste y no otro es el interés superior del menor, dentro de la axiología determinada por las normas superiores.

Aparentemente, con lo normado por la disposición acusada se produciría un desconocimiento del principio de igualdad, si se la examina únicamente en relación con el artículo 13 de la Carta, que expresamente habla de que no habrá discriminaciones por razón del sexo. No obstante, en el artículo 42 el constituyente protege sólo una forma de familia, excluyendo otras formas de convivencia afectiva, y en el 44 hace prevalentes los derechos de los niños. De donde se concluye que el interés superior del menor es el de formar parte de la familia que el constituyente protege. Evidentemente, se presenta un conflicto entre el derecho a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad de los homosexuales o de otras personas que convivan en uniones afectivas no constitutivas de familia a la luz de la Constitución, que pretenden adoptar, y el derecho del menor a formar parte de una familia protegida por la Constitución y no de otra. No obstante, esta tensión de derechos es resuelta por la misma Carta, que en su artículo 44 señala perentoriamente la prevalencia de los derechos de los niños sobre los de los demás. Así las cosas, puede decirse que la restricción aludida emana de las propias normas superiores, y que la disposición parcialmente acusada se limita a recoger la solución constitucional. En tal virtud, será declarada su exequibilidad.

C) *Derechos de visita*

a) *Precedentes que los conceden*

No es extraño que al disolverse la pareja la madre biológica prohíba que su ex compañera siga relacionándose con el niño que ambas criaron. El derecho de visita surge, entonces, como el único camino legal para no perder contacto con el menor.

Al no poder adoptar el niño concebido por el otro miembro, el homosexual no tiene ningún derecho sobre el niño. Algunos tribunales han aceptado que bajo ciertas condiciones ese *gay* o lesbiana es un

padre o madre “de facto”: pragmáticamente desempeñan el rol de padre, pero legalmente nada pueden decidir en el nombre del chico, no pueden ejercer la patria potestad. La Corte Suprema de New Jersey decidió en una oportunidad que la ex pareja mujer de una madre lesbiana tenía derecho a visitar a los mellizos que ayudó a criar desde su nacimiento.

“*S. F. vs. M. D.*”⁶⁶

En abril de 2000 un tribunal de apelaciones de Maryland reconoció que una lesbiana tenía derecho a visitar al hijo de su ex pareja. Este precedente marca un avance importante pues reconoce que muchas parejas homosexuales recurren a técnicas de fecundación asistida, pero que sólo una de ellas posee el status de padre. La apelante era una psiquiatra y la madre biológica una dermatóloga, que habían mantenido relaciones hasta 1997, fecha en que la madre biológica se fue de la casa con el menor. En 1999, la madre legal prohibió cualquier clase de contacto con el menor. De allí en más la ex pareja de la madre libró una batalla legal para obtener la custodia del niño o, en su defecto, derechos de visita, por entender que la convivencia del menor con su madre biológica le producía al niño trastornos en la conducta. El tribunal de Maryland concluyó que como “padre de facto” estaba legitimada a reclamar derechos de visita sin tener que demostrar que la madre biológica es incompetente para criarlo.

La Corte sostuvo que la “paternidad psicológica” puede legitimar a un homosexual a reclamar derechos de visita o la custodia del niño que crió. La Corte estableció un estándar para que pueda aceptarse la “paternidad psicológica”, a saber:

- El padre legal debe consentir y promover la relación entre el menor y el padre psicológico.
- El padre psicológico debe haber vivido con el niño.
- El padre psicológico debe desarrollar funciones elementales en la vida del menor.
- Se debe haber creado un lazo parental entre ambos.

⁶⁶ “*S. F. vs. M. D.*”, in the Court of Special Appeals of Maryland, N° 1746, may 2000.

Esta decisión reconoce que el concepto de familia está cambiando. Sin embargo, otros tribunales no le han dado una acogida favorable al pedido.

b) *Precedentes que no los conceden*

En New York y en Florida se ha negado que exista un derecho de visita, sin importar cuán fuertes sean los lazos entre el menor y la ex pareja de alguno de los padres.

*"The Matter of Visitation with C. B. L."*⁶⁷

La Corte de Apelaciones de Illinois rechazó el pedido de visita de una mujer lesbiana. Si bien el tribunal reconoció que las estructuras sociales habían modificado las relaciones tradicionales, no era prudente conceder tal derecho. Hacerlo importaría violentar los derechos del verdadero padre y dejar el camino abierto para que cualquier persona relacionada con el menor reclamara también derechos. A. B. apeló la decisión del Tribunal de Circuito del condado de Cook, que denegó su pedido de visita al menor C. B. L. por carecer de legitimación. La apelante recurrió argumentando que se encontraba legitimada en su carácter de "madre de facto" o como un individuo en *loco parentis*. A. B. y H. L. se habían conocido en 1984, y desde entonces mantuvieron una relación lesbiana. H. L. fue inseminada artificialmente en 1993 y en diciembre de ese mismo año dio a luz a C. B. L. En 1995 las dos mujeres pusieron fin a su relación. En 1996 H. L. se mudó a Chicago y se negó a permitirle a A. B. tener cualquier contacto con el menor. El tribunal de apelaciones confirmó la decisión del Inferior por entender que de acuerdo con el Acta de Matrimonio y de Disolución de Matrimonio de Illinois, A. B. carecía de legitimación para reclamar derechos de visita a C. B. L.

IV. La cuestión en el Derecho argentino

1. Adopción conjunta

El artículo 312 del Código Civil establece que nadie puede ser

⁶⁷ "The Matter of Visitation with C. B. L., A. B. vs. H. L.", Nº 97 D11156, Illinois Supreme Court.

adoptado por más de una persona simultáneamente, salvo que los adoptantes sean cónyuges.

Nuestra legislación establece como principio general el de la adopción unipersonal, estableciendo a modo de excepción que la adopción puede otorgarse a más de una persona cuando éstos sean cónyuges.

La norma antes transcrita impide que las parejas homosexuales adopten conjuntamente. Esta disposición podría ser atacada de inconstitucional fundado en que establece una discriminación arbitraria en razón de la preferencia sexual; también podría ser cuestionada como violatoria al derecho a constituir una familia.

Por nuestra parte, pensamos que no constituye una discriminación en razón de la orientación sexual ya que también le está prohibido adoptar en forma conjunta a los concubinos heterosexuales⁶⁸.

Con esta postura no nos levantamos en contra de la adopción unipersonal por un homosexual, que en algunos casos puede ser beneficiosa para el adoptado. Pero resulta evidente que lo más conveniente es que la adopción sea otorgada a dos personas unidas por el vínculo conyugal, para que así el adoptado pueda cubrir la necesidad de padre y de madre que naturalmente toda persona tiene⁶⁹.

2. *Adopción simple del hijo del compañero homosexual*

El Código Civil prevé la posibilidad de adoptar al hijo del cónyuge del adoptante en el artículo 311, inciso 1°.

Nada se dice sobre la posibilidad de adoptar al hijo del compañero homosexual, ni se han presentado pretensiones judiciales en tal sentido.

Sí se han presentado casos en los que se ha solicitado la adopción simple del hijo o de la hija de la concubina, y tal adopción ha sido en una primera etapa denegada y en la actualidad aceptada.

En nuestra búsqueda de jurisprudencia sobre este punto hemos hallado un interesante pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires –aunque no con su actual composición– que hizo lugar al recurso extraordinario interpuesto por la

⁶⁸ Sobre el tema de la adopción y el concubinato ver MEDINA, *La adopción* cit., t. I, p. 59.

⁶⁹ MEDINA, *La adopción* cit., t. I, p. 59.

*madre de la menor y el peticionante de la adopción, revocando la sentencia de la Cámara Civil y Comercial de Bahía Blanca (sala I) y otorgando la adopción simple*⁷⁰.

Se trataba de la demanda de adopción que había entablado el concubino de la madre de la menor, respecto a la hija extramatrimonial de ésta. Conviviente desde hacía más de ocho años con la madre, había tenido tres hijos con ella y tanto la madre como el padre legítimo de la menor habían prestado su conformidad con la petición judicial. El fallo revocado de segunda instancia —el doctor Pliner había quedado en minoría— sostenía que desde el punto de vista de la moral cristiana, la relación concubinaria no podía equipararse a la matrimonial⁷¹, pero la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires al referirse a las consecuencias del concubinato estableció que “...la ley no puede imponer el matrimonio como obligación a los ciudadanos reprimiendo las uniones formadas fuera de su ámbito...”⁷²

Digamos que la situación del concubinato heterosexual frente a la unión homosexual no es exactamente igual a los fines de la adopción, ya que en el primero se crea un vínculo paterno y materno con el niño y el adoptado puede así cubrir su necesidad de padre y madre que naturalmente toda persona tiene, mientras que en la unión homosexual el adoptado tendría dos padres o dos madres.

No desconocemos que en la actualidad muchas parejas homosexuales conviven con el hijo biológico o adoptivo de uno de los integrantes y que entre el menor y el otro conviviente se generan vínculos de afecto y solidaridad que el Estado no puede desconocer.

No es extraño que al disolverse la pareja el progenitor biológico prohíba que su ex compañero siga relacionándose con el niño que ambos criaron. El derecho de visita surge, entonces, como el único camino legal para no perder contacto con el menor.

Consideramos que no necesariamente se debe utilizar el instituto de la adopción para reconocer tales vínculos. Lo más conveniente sería

⁷⁰ SCJBA, D. J. B. A. 121, Acuerdo 29.619 del 27-10-81.

⁷¹ C1^oCCom. de Bahía Blanca, sala I, 17-6-80, D. J. B. A. del 20-3-81, ps. 138/140.

⁷² Voto del ministro Peña Guzmán, al que adhirieron sus colegas Sicard, Renom, Granoni y Larrán siguiendo el dictamen del señor procurador general, Munilla Aguilar.

legislar específicamente sobre el tema y contemplar la obligación alimentaria del conviviente para con los hijos de su pareja, como también otorgar derechos a la seguridad social y a las pensiones y jubilaciones siempre que estos derechos beneficien al menor, y mientras ello no ocurra utilizar los principios generales de Derecho para solucionar los casos que se presenten.

La Comunidad Homosexual Argentina⁷³ señala que en la Argentina no existen dificultades explícitas para que las personas homosexuales críen hijos adoptivos o propios. Sin embargo, reclama que el “Derecho” se haga cargo de una realidad que no puede ignorar. Para los miembros de dicha organización la copaternidad es un medio eficaz para que un niño adoptado pueda integrar una familia con dos adultos en pareja. Las razones que ofrecen son las siguientes:

- Garantizar derechos por si falleciera o se incapacitara el/la padre/madre biológico/a.
- Proteger los derechos del padre o madre no biológico para el caso de separación.
- El beneficio emocional de reconocer al progenitor no biológico por el rol parental que ocupa.
- El beneficio psicológico para el menor adoptado por el hecho de tener a ambos padres/madres legalmente reconocidos.
- Los efectos del reconocimiento de la pareja homosexual con relación al menor incrementan su capital social (término antropológico que describe la red de parientes creada por el matrimonio para invertir en el futuro del niño a través de la ayuda financiera, situación social y contactos personales) al relacionar dos familias cuyos miembros, moral y formalmente, le deben asistencia.
- Elimina los remanentes de estigmas que aún pesan sobre los hijos ilegítimos.

Argumentan, también, que la copaternidad ayudaría a evitar las siguientes consecuencias:

- El menor no tiene asegurado por ley el apoyo emocional o económico de quien no es legalmente su progenitor.

⁷³ www.mundogay.com/cha, visitada el día 28-5-2000.

- La pérdida del progenitor biológico puede acarrear también la del no biológico dañando al niño, quien se ve privado de ambos por la muerte de sólo uno de ellos.
- Los testamentos y contratos con los que los adultos pretenden proteger a los niños no son vinculantes para los tribunales y son considerados meramente como expresión de la preferencia parental. De este modo, la determinación de la tenencia y visitas estará basada en la percepción del juez de cuál es el mejor interés del niño.

Consideramos que cada uno de los peligros que pone de relevancia la CHA puede ser evitado. A saber:

- *Muerte o incapacidad del progenitor biológico.* Para dar seguridad al menor el fallecido lo puede designar tutor del menor o el sobreviviente lo puede adoptar, ya que aun cuando fuere un hijo adoptivo caben las adopciones sucesivas de un mismo adoptado.
- *La ruptura de la unión de hecho.* Creemos que no se trata de proteger “los derechos del padre o madre no biológico” porque en primer lugar la denominación es inexacta, ya que el compañero homosexual no es padre o madre no biológico; en segundo lugar, lo que debe primar es el interés del menor y si éste lo justificara se podría otorgar derecho de visitas a quien fuere guardador de hecho.
- *Beneficio psicológico de tener dos padres reconocidos.* Creemos que la ley no puede reconocer situaciones irreales como las de tener dos padres, y dudamos de que reporte beneficio psicológico al menor. Sin embargo ello deberá ser evaluado en cada caso concreto; será el juez el que deba decidir qué es lo más conveniente para el menor.
- *Los estigmas que pesan sobre los hijos ilegítimos.* En nuestra legislación no existen diferencias entre hijos legítimos e ilegítimos.
- *Asegurar al menor el apoyo emocional o económico de quien no es progenitor.* Si quien no es padre del menor lo quiere beneficiar económica o emocionalmente la ley no se lo impide y existen múltiples instrumentos legales que se le permiten, como el fideicomiso, el fideicomiso testamentario, el testamento, la donación, etcétera.

- *Falta de fuerza vinculante de los testamentos y contratos.* Esta afirmación es errónea, lo único que puede ocurrir es que existan herederos legitimarios, en cuyo caso la posibilidad de libre disposición será reducida.

3. *Adopción de un homosexual solo*

La filiación adoptiva no es natural sino que depende o necesita de una sentencia judicial a instancia del adoptante (art. 311, primer párr., Cód. Civ.)⁷⁴, de tal manera que será el juez o tribunal quien deberá analizar si el adoptante es idóneo para cumplir los vitales roles de padre o madre adoptivo.

Por definición, idóneo es “que tiene buena disposición o suficiencia para una cosa”⁷⁵. Trasladado este concepto a la institución bajo estudio, tenemos que cuando faltan los progenitores la patria potestad de éstos falla, o es insuficiente, inhábil, impotente, etcétera; la adopción debe actuar subsidiaria y supletoriamente no para avasallar ni castigar a los padres biológicos, sino para reemplazarlos a éstos en beneficio del menor.

Se le exige entonces a la persona que desea prohijar una madurez acorde con el rol de padre adoptivo que pretende para que el menor pueda encontrar el ambiente más favorable para su incorporación y posterior desenvolvimiento en familia⁷⁶.

Es que la adopción procura la formación material y moral de seres humanos que sean útiles para sí y para los demás; de allí que el menor debe recibir una formación moral y la moral no se enseña solamente con palabras, sino con el ejemplo vivo y constante; por tal razón la eficacia de la institución dependerá del aseguramiento de los aspectos

⁷⁴ El Cód. Civ. español, en su art. 176, párr. 1º, establece 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...”; en consecuencia, hay coincidencia entre ambos sistemas legales.

⁷⁵ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, 1970, p. 794.

⁷⁶ CCCom. de Morón, 2-4-74, E. D. 57-543, sumario 25.573, con voto del Dr. Gnecco como preopinante –al que adhirieron sus colegas de sala–, que revocó una sentencia que había rechazado la adopción del hijo legítimo de su cónyuge habido en su primer matrimonio.

señalados en este párrafo y en el precedente, pues la ley debe tratar de preservar el normal desarrollo ulterior del grupo familiar.

Pensamos que la orientación sexual no puede descalificar para la adopción; entendemos que es errónea la creencia de que prohibir la discriminación de la orientación sexual es un dominó peligroso⁷⁷: conllevaría a la destrucción de la llamada “familia tradicional” y abriría una caja de Pandora con respecto a las consecuencias. Y estimamos que la tendencia homosexual no impide el ejercicio responsable de las obligaciones paterno-materno.

No obstante lo cual siempre habrá de preferirse la pareja heterosexual estable sobre la persona sola, no porque ésta sea homosexual, sino porque lo ideal para un niño es ser educado por un padre y una madre.

V. Nuestra opinión

1. La preferencia sexual homosexual no es inmoral ni contraria a las buenas costumbres.

2. El interés superior del menor justifica que se prefiera a parejas adoptantes heterosexuales, frente a peticiones de adopción de homosexuales solos.

3. No existiendo interesadas parejas heterosexuales, la preferencia homosexual no puede obstaculizar la adopción.

4. La adopción del hijo del compañero homosexual desnaturaliza el instituto de la adopción, que tiene como fin esencial el crear un parentesco civil similar al que surge de la filiación biológica. Como en la filiación no surge que un niño tenga dos padres o dos madres, nos parece que otorgar derecho a la adopción a la pareja homosexual desnaturalizaría el vínculo filiatorio.

5. El interés de los homosexuales debe conjugarse con el interés de los menores.

6. La ley brinda medios suficientes para proteger al hijo del compañero homosexual sin desnaturalizar el instituto de la adopción.

⁷⁷ NICHOLSON, ob. cit.