

EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LAS ADOPCIONES HOMOPARENTALES*

MARIANELA NOEL SANGALLI, FLORENCIA SOLEDAD ORTIZ, MARÍA VICTORIA
WAJSMAN, CÉSAR RUBÉN SÁNCHEZ Y CONSTANZA SCHMIDT**

Resumen: En el presente trabajo nos propusimos analizar la posibilidad de las parejas homosexuales de adoptar niños. A pesar de no existir ningún elemento legal que lo impida, nuestro objetivo fue estudiarlo desde la perspectiva del interés superior del niño. A través de una investigación en torno a la legislación vigente, tanto a nivel nacional como internacional, así como también de diversos artículos doctrinarios y entrevistas realizadas, intentamos plasmar las diferentes visiones que imperan sobre la cuestión, algo que nos pareció muy interesante rescatar en esta época donde muchos antiguos paradigmas están cediendo lugar a los nuevos.

Partiendo de la definición de conceptos como “familia” e “interés superior del niño”, pretendemos aportar una visión amplia de las distintas cuestiones en juego en una temática tan vigente.

Palabras clave: adopción – pareja homosexual – familia – interés superior del niño.

Summary: For this paper, we intended to analyze the possibility for same sex couples to adopt children. Despite there not being any legal impediment, our objective was to study it from the point of view of the best interest of the child.

Through a research of current legislation, both national and international, as well as different legal doctrine articles and interviews we conducted, we attempt to express the diverse visions about this issue, something we thought would be a very interesting thing to do in these days where many old paradigms are making room for new ones.

Starting from the definition of concepts such as “family” and “best interest of the child”, we intend to provide a broad view of different matters at stake regarding such a current topic.

Keywords: adoption – same-sex couple – family – best interest of the child.

* El trabajo ha sido realizado en el marco de la asignatura “Los criterios de selección en el instituto de la adopción”, a cargo de la profesora Laura Lora en la Facultad de Derecho (UBA).

Recepción del original: 04/05/2014. Aceptación: 30/06/2014.

** Estudiantes de Abogacía (UBA).

“Nos gustaría agradecerle a la Profesora Laura N. Lora y a los docentes de la cátedra por guiarnos en la confección de nuestro trabajo a lo largo del cuatrimestre y por hacer posible esta publicación”.

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo desarrollamos la cuestión del interés superior del niño en las adopciones por parejas homosexuales. Para poder tratar el tema es necesario interiorizarnos en la temática, investigando qué se entiende por interés superior del niño, qué comprende actualmente una “familia”, qué perspectivas tiene la sociedad sobre la adopción por parte de parejas homosexuales, etc.

Atentos a que no hay, por el momento, jurisprudencia nacional sobre la temática, dado que es un tema de surgimiento relativamente reciente, basamos nuestro trabajo en doctrina nacional, análisis de fallos extranjeros realizados por juristas nacionales, que nos aporten una mirada internacional sobre la temática, así como también entrevistas desarrolladas a distintos sujetos donde pudieran exponer sus pensamientos y opiniones sobre estas cuestiones.

La pregunta de investigación, disparadora de este trabajo es: ¿si se les denegara la adopción a parejas homosexuales en virtud de su orientación sexual, se estaría respetando el interés superior del niño? Esta pregunta surge debido a que, si bien no existe ningún impedimento legal para que se le otorgue la adopción de un niño a una pareja homoparental, en la práctica es una situación que hasta el momento no se ha dado, por lo menos a nivel nacional, además de que numerosos doctrinarios y legisladores se han pronunciado en contra de que esto pueda suceder.

II. MATERIALES Y MÉTODOS

Para el siguiente trabajo, nos valimos de artículos de doctrina, así como también de legislación a nivel nacional e internacional y realizamos entrevistas a veinticinco sujetos, incluyendo una jueza de familia que ha trabajado en casos de niños otorgados en guarda a parejas homosexuales.

Al momento de definir nuestro marco conceptual, optamos por la definición de familia que aporta Belluscio¹ al definir la familia en sentido amplio: “... la familia en sentido amplio (parentesco), como el conjunto de personas con las que existe algún vínculo jurídico de orden familiar...”, con lo cual la familia de una persona estará comprendida por sus parientes por consanguinidad (ascendientes, descendientes y colaterales) como así también por sus parientes por afinidad (parientes del cónyuge) y sus parientes por adopción (simple o plena).

Por otro lado, en cuanto al marco conceptual de “interés superior del niño” entendemos que es apropiada la definición que aporta la Ley nacional 26.061 (Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes), donde es desarrollado, en el art. 3, qué se entenderá por interés superior del niño.²

1. BELLUSCIO, A. C., *Manual de Derecho de Familia*, 7ma Edición, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2004, t. I, p. 3.

2. Art. 3: “A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley.

Elegimos esta definición ya que parece ser una de las más abarcativas e integrales, estableciendo los distintos aspectos de la niñez que deben ser respetados. Esta ley deja atrás las anteriores normativas que visualizaban al niño como un objeto y no, como es considerado actualmente, un *sujeto* de derecho. Junyent de Dutari³ explica este contraste estableciendo que: "... La característica central del modelo tutelar, que ha sido superado, consistía en la negación de la participación del niño, tanto dentro como fuera del proceso judicial. Desde aquella perspectiva la representación legal sustituía absolutamente al niño. Ahora bien, es esencial comprender que considerar al niño sujeto de derecho equivale a reconocer que éste es una persona diferente y autónoma de los mayores que lo tienen a cargo. En función de ello, merece ser escuchada y gozar de los *mismos* derechos que los adultos (...) Desde esta atalaya, la base fundamental sobre la cual se edifica la filosofía de la Ley de Protección Integral 26.061 radica, ciertamente, en la participación del niño".

III. RESULTADOS

III. A. La familia

Una de las primeras cuestiones que se volvió necesario definir fue qué significa el vocablo "familia" y para quiénes. Sin duda, es un término cuyo significado ha variado con el tiempo y las acepciones son múltiples. Es destacable que el sociólogo Ulrich Beck sostiene que la "familia", como tantas otras categorías, pertenecen a lo que él llama "... 'categorías zombies', categorías muertas que siguen vivas y que

Debiéndose respetar: a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros".

3. JUNYENT DE DUTARI, P., "La palabra como derecho de niños y adolescentes", en *La Ley DFyP*, octubre de 2013. Cita online: AR/DOC/3002/2013, pp. 2 y 3.

impiden percibir y afrontar la realidad en la que vivimos, ideas que nos mantienen atados a un pasado que nos vuelve ciegos al porvenir...”⁴

Según Belluscio,⁵ la palabra “familia” tendrá un significado diferente de acuerdo al sentido en que se la utilice, explicando tres de esos significados, el primero de los cuales (familia en sentido amplio) se explicó en el apartado anterior: “(...) la familia en sentido restringido (pequeña familia, familia conyugal, parentesco inmediato o núcleo paterno-filial (...))” estará integrada por el padre, la madre y los hijos que viven con ellos o que están bajo su potestad. La familia, comprendida en este sentido, tiene gran importancia en el orden social y no tanto en el orden jurídico; “(...) familia en sentido intermedio (como un orden jurídico autónomo) (...)”, como el conjunto de personas que viven en una misma casa bajo la autoridad del dueño de ésta. Este era el criterio utilizado en el Derecho Romano clásico.

Según Bossert y Zannoni,⁶ el vocablo puede abordarse desde dos perspectivas, una sociológica y la otra jurídica. El concepto sociológico postula que “(...) es una institución permanente que está integrada por personas cuyos vínculos derivan de la unión intersexual, de la procreación y del parentesco (...)”. Por otra parte, el concepto jurídico propone que “(...) la familia está formada por todos los individuos unidos por vínculos jurídicos familiares que hallan origen en el matrimonio, en la filiación y en el parentesco...”⁷.

El Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes ofrece también su perspectiva sobre qué es lo que constituye una familia proponiendo lo siguiente: “... Es un conjunto de personas que conviven bajo el mismo techo, organizadas en roles fijos (padre, madre, hermanos, etc.) con vínculos consanguíneos o no, con un modo de existencia económico y social comunes, con sentimientos afectivos que los unen y aglutinan. Naturalmente pasa por el nacimiento, luego crecimiento, multiplicación, decadencia y trascendencia. A este proceso se le denomina ciclo vital de vida familiar. Tiene además una finalidad: generar nuevos individuos a la sociedad...”⁷.

Por su lado, Eva Giberti⁸ sostiene que en oportunidades son las convicciones políticas y/o religiosas “... las que sostienen una concepción tradicionalista, dogmá-

4. Beck, U., *Trabajadores Zombies*. Suplemento Las/12, *Página/12*, 12/09/1999.

5. BELLUSCIO, A. C., *Manual... op. cit.*, pp. 4 a 8.

6. BOSSERT, G. A. y ZANNONI, E. A., *Manual de Derecho de Familia*, 6ª Edición Actualizada, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2004, pp. 1-8.

7. Documento del Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes. Consultado en [http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/Lectura%2012_UT_1.pdf].

8. GIBERTI, E., “La Adopción y la Alternativa Homosexual”, en RAÍCES MONTERO, J. H. (comp.), *Adopción. La caída del prejuicio. Proyecto de Ley Nacional de Unión Civil*, Buenos Aires, Editoras del Puerto, 2004, pp. 17 a 45.

tica y monolítica de ‘la familia’, pretendiendo imponer o preservar un único modelo considerado el moralmente certero...”, además de sostener que el derecho del niño a contar con una familia no puede verse condicionado por la hetero u homosexualidad de sus padres así como también que la crianza y la educación deberá responder, sin más, al interés superior del niño.

En las entrevistas realizadas observamos que, al ser interrogados acerca de qué consistía, en su opinión, una “familia”, la mayoría de los sujetos proporcionaba definiciones desde lo afectivo, hablando de “son las personas que te quieren como sos y te apoyan y enseñan”,⁹ mencionando también “lazos de cariño”, “respeto”, “cuidado mutuo”, “incondicionalidad”, “confianza”, “ese grupo de personas que uno espera que estén siempre. En las buenas y en las malas, pase lo que pase, a pesar de las diferencias”.¹⁰

Una minoría se inclinó por dar definiciones de tipo funcional, haciendo referencia a los roles que cada uno de los sujetos ocupa en el instituto, mencionando “mamá, papá, hijos”, “un sistema de personas que encarnan funciones donde lo irreductible es la transmisión de algo que humanice a ese niño por venir”,¹¹ “donde hay lazos de parentesco y roles establecidos que pueden variar”.

III. B. El interés superior del niño

Eva Giberti¹² sostiene que el interés superior del niño es aquello que regula y guía la adopción, con lo cual se vuelve imperante definirlo.

El interés superior del niño es un vocablo contenido a lo largo de la Convención sobre los Derechos del Niño donde refiere, por ejemplo en su art. 3, inc. 1, que “... En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño...”, estableciendo claramente que será una cuestión central en todas las decisiones que se tomen respecto de los niños.

A nivel nacional, la Ley 26.061 que desarrollamos previamente, también recoge un concepto amplio de lo que conforma el interés superior del niño y las distintas cuestiones que deben respetarse.

La autora Eloísa Raya de Vera sostiene que “... es unánime en la doctrina considerar que el interés superior del niño es un concepto flexible, toda vez que permite

9. Inés, estudiante de secundario, 13 años.

10. José Ignacio, estudiante secundario. 15 años.

11. Luciana, estudiante de Psicología, 24 años.

12. GIBERTI, E., “La Adopción... *op. cit.*, p. 40.

y exige a su vez, en cada caso puntual, calificarlo y redefinirlo, atendiendo a las particularidades de la situación...”,¹³ de manera que rescata la importancia de tener en cuenta el momento, tiempo y lugar del niño a la hora de evaluar qué constituye su interés superior.

Por su parte, Laura Lora sostiene que: “...El ISN es un concepto que si bien debe ser evaluado para cada caso en concreto (...) debe abarcar *todos* los derechos del niño en cuanto él es un sujeto de derechos. El ISN está vinculado con necesidades psicológicas, educativas, sociales, jurídicas, medio ambientales y de recursos del niño y para el niño. Estas necesidades son derechos incorporados en los “Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos” y en la Constitución Nacional (que los recepciona), además en las legislaciones nacionales...”¹⁴

En la sentencia “M. d. S., R. y otra” se cita el fallo “Fornerón” en el considerando 9º, sosteniendo que “... ‘toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de un niño o niña, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia’; que dicho interés superior ‘se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades...’ y que su determinación ‘...en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales, probados y no especulativos o imaginarios, en el bienestar del niño...’”¹⁵

Al momento de responder sobre qué entendían por interés superior del niño, la gran mayoría de los entrevistados dijo no saber a qué se estaba haciendo referencia; pocos aventuraron una definición, especialmente aquellos vinculados de algún modo al universo jurídico, aunque también ofrecieron su definición algunos no vinculados diciendo que: “sería como el ‘bien mayor’ para el chico, más allá de lo que él se dé cuenta”,¹⁶ “que el niño tiene mucho interés en alguna cosa y sigue insistiendo en tenerlo”.¹⁷

13. RAYA DE VERA, E. B., “El caso ‘Fornerón’ y el interés superior del niño”, en *La Ley* 06/09/2012, 6, 2012-E, 252, p. 4.

14. LORA, L. N., “El Discurso Jurídico sobre el interés superior del niño”, en *Avances de Investigación en Derecho y Ciencias Sociales, X Jornadas de Investigadores y Becarios*, Mar del Plata, Ediciones Suarez, 2006, pp. 479-488.

15. Considerando 9 de “Recurso de hecho deducido por el Defensor Oficial de A. M. d. S. en la causa M. d. S., R. y otra s/ ordinario s/ nulidad de sentencia e impugnación declaratoria de herederos”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 26 de septiembre de 2012.

16. Lara, estudiante de Medicina. 22 años.

17. Leo, estudiante primario. 9 años.

IV. LA ADOPCIÓN EN NUESTRA LEGISLACIÓN: EL CASO DE LAS PAREJAS HOMOSEXUALES

El instituto de la adopción se encuentra receptado en la legislación argentina del artículo 311 al artículo 340 del Código Civil.

De acuerdo al artículo 315 del Código Civil : “Podrá ser adoptante toda persona que reúna los requisitos establecidos en este Código cualquiera fuese su estado civil, debiendo acreditar de manera fehaciente e indubitable, residencia permanente en el país por un período mínimo de cinco años anterior a la petición de la guarda. No podrán adoptar: a) Quienes no hayan cumplido treinta años de edad, salvo los cónyuges que tengan más de tres años de casados. Aún por debajo de éste término, podrán adoptar los cónyuges que acrediten la imposibilidad de tener hijos; b) Los ascendientes a sus descendientes; c) Un hermano a sus hermanos o medio hermanos”.

Atento a los requisitos necesarios para ser adoptante, nada se especifica acerca de la orientación sexual del mismo. Los requisitos se basan en la edad, o la relación sanguínea que pueden llegar a tener los adoptantes con los adoptados.

Como puede observarse, el articulado vigente no coloca a la adopción por parte de parejas homosexuales en una situación especial, ni diferente a las demás. “...La Ley de Adopción 24.779 incorporada al Código Civil, solo permite iniciar la tramitación a parejas casadas, sin reconocer a las parejas de hecho y de derecho. La Ley de Matrimonio Igualitario a nivel nacional, que incluye Herencia y Adopción, modifica los Derechos Humanos en general y los Derechos Civiles en particular, otorgando capacidad legal de unión a dos personas, independientemente de su orientación sexual o identidad de género....”.¹⁸ De hecho, se ha argumentado que debería otorgársele una suerte de prioridad a las parejas homosexuales, precisamente por su imposibilidad de tener hijos, sosteniendo que: “...puede concluirse que el instituto de la adopción cobra mayor importancia para las parejas homosexuales que para las parejas heterosexuales, salvo aquellas que acrediten la imposibilidad de concebir, con quienes las primeras compartirían el orden de prioridad...”.¹⁹

Para continuar con los argumentos anteriores, se especifica en el artículo 317 del Código Civil en su inciso c) que: “Son requisitos para otorgar la guarda: (...) c) Tomar conocimiento de las condiciones personales, edades y aptitudes del o de los adoptantes teniendo en consideración las necesidades y los intereses del menor con

18. ANGELOZ, G., “Nuevas configuraciones familiares, homosexualidad, adopción y filiación. Aportes desde la teoría psicoanalítica y el Derecho de Familia”, en *La Ley DFyP*, julio de 2013. Cita online: AR/DOC/2246/2013, p. 1.

19. LOPES, C., “Adopción por homosexuales”, en *Anales, Revista Jurídica de la UNLP* 2005-36, 248, p. 3.

la efectiva participación del Ministerio Público, y la opinión de los equipos técnicos consultados a tal fin”. Como ya fue especificado, no hace más que reiterar las solicitudes de edad y toma como prioridad el interés superior del niño de acuerdo a cada caso en particular, de las distintas formas que se puede dar.

Por último, en el artículo 321²⁰ se especifican distintas pautas a seguir en el juicio de adopción, siempre resguardando al niño.

De este modo, puede observarse que el enfoque en la legislación argentina está puesto en el niño y en el respeto al interés superior de éste el cual debe ser analizado en cada caso particular para arribar a la mejor solución posible. Las cualidades de los adoptantes son relevantes para conseguir esto, pero la orientación sexual no es un criterio que la legislación juzgue importante, ni un condicionante para el otorgamiento de la adopción.

A raíz de la modificación al articulado del Código Civil que supuso la Ley 26.618 (Ley de Matrimonio Igualitario) varios doctrinarios expusieron sus opiniones y comentarios respecto a la posibilidad de que las parejas homosexuales pudieran adoptar conjuntamente. A continuación exponemos algunos de los argumentos esgrimidos, tanto a favor como en contra de la adopción por parejas homoparentales, y qué consideraciones se hicieron sobre el interés superior del niño.

Cecilia Lopes²¹ expone que uno de los argumentos más esgrimidos a la hora de rechazar la posibilidad de la adopción por parejas homosexuales ha sido que “...el objeto de la adopción es brindarle al adoptado la posibilidad de crecer en un ámbito familiar que sustituya al biológico...”,²² “...la relación creada debe ser asimilable a la natural. En consecuencia, lo razonable es entender que sólo cabe establecer un

20. Art. 321 del Código Civil: “En el juicio de adopción deberán observarse las siguientes reglas: a) La acción debe interponerse ante el juez o tribunal del domicilio del adoptante o del lugar donde se otorgó la guarda; b) Son partes el adoptante y el Ministerio Público de Menores; c) *El juez o tribunal de acuerdo a la edad del menor y a su situación personal, oirá personalmente, si lo juzga conveniente, al adoptado, conforme al derecho que lo asiste y a cualquier otra persona que estime conveniente en beneficio del menor*; d) El juez o tribunal valorará si la adopción es conveniente para el menor teniendo en cuenta los medios de vida y cualidades morales y personales del o de los adoptantes; así como la diferencia de edad entre adoptante y adoptado; e) El juez o tribunal podrá ordenar, y el Ministerio Público de Menores requerir las medidas de prueba o informaciones que estimen convenientes; f) Las audiencias serán privadas y el expediente será reservado y secreto. Solamente podrá ser examinado por las partes, sus letrados sus apoderados y los peritos intervinientes; g) El juez o tribunal no podrá entregar o remitir los autos, debiendo solamente expedir testimonios de sus constancias ante requerimiento fundado de otro magistrado, quien estará obligado a respetar el principio de reserva en protección del interés del menor; h) Deberá constar en la sentencia que el adoptante se ha comprometido a hacer conocer al adoptado su realidad biológica; i) El juez o tribunal en todos los casos deberá valorar el interés superior del menor”.

21. LOPES, C., “Adopción... *op. cit.*”, p. 3.

22. MEDINA, G., “El interés superior del niño y la adopción por homosexuales”, en *Revista de Derecho de Familia*, Núm. 18, p. 87. Citado en LOPES, C., “Adopción... *op. cit.*”, p. 3.

vínculo de filiación adoptiva allí donde podría haber un vínculo biológico de filiación...”²³ y, por otro lado, se habla de una confusión que el niño padecerá en la conformación de su identidad sexual, partiendo del uso atípico de las denominaciones (“mamá”, “papá”) así como también por la falta del esquema triangular (hijo, mamá y papá). Nos dice la autora que “...pareciera que ambas posturas se basan en una lógica equivocada, ya que se parte de entender la ‘parentalidad’ ligada exclusivamente a la ‘heterosexualidad’ (...) La circunstancia de que la concepción requiera la diferencia de sexos, no quita que alrededor del niño que nace pueda configurarse una organización familiar distinta a la de las dos personas que participaron en la procreación...”.

Por otro lado, se efectúa una recolección de distintos estudios realizados sobre niños que se criaban en ambientes homoparentales arrojando que su desarrollo estaba a la par del de aquellos que se criaban en ambientes heteroparentales, argumentando que “...no se encontraban pruebas de que los niños sufrieran problemas de identidad sexual...”, “...la probabilidad de que estos niños sean adultos gay o lesbianas no es mayor que la de los hijos de padres heterosexuales. Los roles de género de estos chicos y chicas son perfectamente ajustados...”, “...se midió la autoestima, integración, rendimiento escolar y tipo de relaciones concluyendo que lo que importa para el desarrollo de un adolescente no es la orientación sexual de sus padres sino que la relación con ellos sea buena...”, entre otros.²⁴

La Sociedad Argentina de Pediatría²⁵ ha señalado que para los niños cuyos padres son homosexuales, el sufrimiento comienza cuando los padres son discriminados por la sociedad, o cuando son aislados por su entorno, ya sea escolar, del vecindario o mismos integrantes de su familia. Es cuando los padres temen a esta discriminación que los niños pueden comenzar a avergonzarse de ellos, hasta llegar al punto de ocultar de su entorno su realidad familiar. De este modo, “... de acuerdo al estado actual de nuestra legislación, se estaría privando de la posibilidad concreta de brindar a un *niño* una familia en razón de que su *interés superior* requiere de una familia que no sea ‘mal vista’ por la sociedad, ubicando al *niño* en una condición de objeto, contraria al espíritu de la Convención sobre los Derechos del Niño, al no permitírsele siquiera opinar y ser escuchado. No se han hallado investigaciones científicas fundadas en la contrastación con la realidad que alerten sobre los efectos nocivos de la homoparentalidad...”.²⁶

23. STARÓPOLI, M. del C., “El interés superior en la adopción homoparental. Entre lo que se quiere y lo que conviene”, en *La Ley DFyP*, diciembre de 2012, p. 4.

24. LOPES, C., “Adopción... *op. cit.*”, p. 4.

25. Citado por LOPES, C., “Adopción... *op. cit.*”, p. 4.

26. LOPES, C., “Adopción... *op. cit.*”, p. 4.

De opinión contraria, encontramos un artículo de la autora María del Carmen Starópoli quien sostiene que "...no es lo *mismo* matrimonio heterosexual que homosexual y tampoco es lo *mismo* familia heteroparental que homoparental. Sin embargo, la *adopción* (...) no establece impedimentos en orden a la orientación sexual de las personas sino más bien en orden a la satisfacción de las necesidades del menor. Y es aquí donde colisionan los deseos de familias homoparentales con primarios derechos del menor. Pues por más afecto y amor que dispongan los padres para ese niño nunca podrán satisfacer la carencia paterno-materna en la *misma* familia. Siempre estará presente el vacío existencial de uno u otro progenitor, o faltará un padre o faltará una madre".²⁷

De este modo, la autora sostiene que para un niño es esencial contar con ambas figuras, materna y paterna, para evitar el sufrimiento de algún tipo de carencia, la cual sería patente en una pareja homosexual con interés en adoptar a un niño. Se trata de ofrecerle a ese niño, quien ya sufrió una pérdida, un desarrollo pleno e integral, para lo cual debe tener una madre y un padre.²⁸

La autora expone que el interés superior del niño y el derecho a ser adoptado debe ser puesto siempre por sobre el derecho a adoptar que tienen los adoptantes; en este sentido, también se expresó uno de los entrevistados quien sostuvo que "... Se supone que los jueces debieran tener como principal guía el ya citado interés superior del niño y formalmente puede que así sea. Sin embargo, en el caso concreto de la adopción homoparental puede imponerse la consideración respecto de la no discriminación o el derecho de los adoptantes antes que los del menor..."²⁹, expresando que en pro de continuar con las políticas de no discriminación pudiera llegar a avasallarse el interés superior del niño.

Uno de los principales argumentos que brinda la autora para expresarse en contra de que las parejas homosexuales adopten niños es la discriminación social que sufrirá ese niño, que ya sufrió una pérdida tal como es la de sus padres biológicos. De este modo expone que se estaría convirtiendo en "objeto del deseo de ser padres" al niño, cuando la legislación nacional e internacional claramente le reconocen su condición de "sujeto", "...con mucha frecuencia se observa rechazo y discriminación hacia el niño adoptado por una pareja homosexual dentro del ambiente escolar y social por parte de otros niños, vecinos o grupos viéndolo como un 'caso raro' y generándole problemas psicológicos. Este rechazo o discriminación aunque se quiera atenuar, sabemos que existe y el daño que le ocasiona, inevitable. Se produce un miedo en el menor a hablar de su familia, con una disminución de la

27. STARÓPOLI, M. del C., "El interés... *op. cit.*, p. 2.

28. *Cfr.*, Hotton, Cynthia, citada en STARÓPOLI, M. del C., "El interés... *op. cit.*, p. 3.

29. Mauro, politólogo. Estudiante de Derecho. 24 años.

vida social por el rechazo percibido. Aunque esta situación sea algo no deseable es una realidad y supone un stress añadido para el niño en adopción...”.³⁰

A modo de conclusión, la autora sostiene que el requisito de reservar el instituto de la adopción para parejas heterosexuales es correcto, en virtud de que la adopción homosexual no contribuye a un desarrollo armónico e integral del niño adoptado y que establecer tal diferencia, en definitiva no es una discriminación ya que se haría en pos de mantener la integridad del niño, así como también de evitar que él mismo sea objeto de discriminación. Sostiene: “...En donde se ha negado la adopción homoparental el argumento ha sido: mientras no sepamos si les hace daño o no crecer con dos personas del mismo sexo no los podemos dar en adopción, ‘porque no podemos experimentar con ellos’. La otra postura justificando la necesidad de abrir masivamente la adopción en pocas palabras dice ‘Pues vamos a darlos a ver qué pasa’. ¿Convertiremos a nuestros hijos en una mera muestra de laboratorio jurídico?...”.³¹

Las autoras Kemelmajer de Carlucci, Herrera, y de la Torre redactaron un artículo donde, a través del análisis de dos sentencias de tribunales internacionales sobre la temática, exponen los fundamentos por los cuales estiman conveniente que las parejas homosexuales adopten niños.

A lo largo del análisis de los dos fallos, así como también una mención al caso de Karen Atala Riffo, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las autoras sostienen que la orientación sexual no puede ser un factor que condicione el dar o no un niño en adopción, mencionando que además tal criterio cae dentro de las denominadas “categorías sospechosas”, sometidas por ende a un escrutinio más estricto a la hora de evaluar su legitimidad como fundamento de la diferenciación: “...una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño. La Corte considera que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños...”.³²

Al tratar un fallo del Tribunal Constitucional de España, referente a la adopción conjunta por parte de una pareja casada del mismo sexo, citan un apartado, en el cual se afirma que: “...el máximo tribunal constitucional español sostiene que la protección integral de los hijos no está en riesgo porque se permita adoptar a las

30. STARÓPOLI, M. del C., “El interés... *op. cit.*, pp. 6 y 7.

31. STARÓPOLI, M. del C., “El interés... *op. cit.*, p. 9.

32. Considerando 111 de “Atala Riffo e Hijas vs. Chile”, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de febrero de 2012.

personas homosexuales. El interés superior del niño no es una categoría en abstracto, sino que debe considerarse en cada caso concreto, y la *adopción* se concederá o no en función del escrutinio de idoneidad al que se someta a las personas que quieren adoptar—sea sola o conjuntamente si están casados— con total independencia de su orientación sexual...”.³³

De este modo las autoras, a través del concepto del interés superior del niño y de su función de principio rector en lo referente a la adopción es que destacan que “...descartar a priori y en abstracto a ciertas personas o *parejas* por determinadas categorías rígidas contraría este principio. Precisamente, es a la luz de este principio básico en materia de derechos de infancia y adolescencia, que debería ampliarse el abanico de formas de organización familiar al ser variados los perfiles de niños a ser dados en *adopción* (niños mayorcitos, grupos de hermanos, con algún padecimiento de salud, etc.). Tal ampliación debe comprender a las *parejas* del mismo sexo, además, por aplicación de otro principio de derechos humanos: el de igualdad y no discriminación en razón de la orientación sexual, considerada, insistimos una vez más, una categoría sospechosa”.³⁴

Cuando se les consultó a los entrevistados por su opinión respecto a la posibilidad de que las parejas del mismo sexo puedan adoptar niños, la mayoría se mostró abierto a la posibilidad, esgrimiendo argumentos tales como “... el amor hacia un hijo no depende de la combinación de género de la pareja...”, “estoy de acuerdo porque tienen derecho y mucho amor para dar”, “siendo que el niño necesita padres estaría de acuerdo”, “estoy de acuerdo porque el niño va a estar rodeado de afecto y es preferible que tenga una casa donde vivir que esté viviendo en la calle o en el orfanato”, entre otros. La jueza entrevistada argumentó que “no se trata de una cuestión de género sino de aptitud para la crianza del niño que se va a dar en adopción”.

Otra porción de los entrevistados dijo que en principio no se oponían, pero que de todos modos creían que la sociedad no estaba preparada y por lo tanto temían por la discriminación que esos niños podrían sufrir: “me da dudas si la sociedad está preparada (...) el niño sufriría mucho por la crueldad de la sociedad”, “puede contribuir a burlas de compañeros del colegio”, “al toque en el colegio las jodas, yo creo que ese tema falta meterlo en la sociedad”.

Por último, algunos entrevistados se opusieron argumentando que no se adaptan a lo que constituye una familia usual, “no constituyen una familia tradicional”, “no, porque altera el grupo básico de constitución familiar establecido por la naturaleza”, “se lo priva del derecho a crecer en su ámbito natural”.

33. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HERRERA, M., DE LA TORRE, N., “Adopción y orientación sexual. El sexo de los progenitores y la regla del doble vínculo filial”, en *La Ley*, 22/04/2013, 2013-B, 596. Cita Online: AR/DOC/1520/2013, p. 11.

34. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HERRERA, M., DE LA TORRE, N., “Adopción... *op. cit.*”, p. 12.

V. CONCLUSIONES

A modo de conclusión, consideramos importante hacer un relevamiento de la información obtenida en la investigación y contrastarla con el marco conceptual que fue elegido para así aproximarnos a una respuesta para nuestra pregunta de investigación.

Acorde a la definición de “familia” que adoptamos como marco conceptual pareciera no existir ningún impedimento para considerar a una pareja del mismo sexo una “familia”, y de igual modo si adoptan un niño, debido a que la definición seleccionada no hace ninguna referencia al género ni a la orientación sexual de sus integrantes. De todos modos, destacamos que sí hay definiciones que se enfocan en el sexo de los miembros, como aquellas dadas por algunos de los entrevistados.

En cuanto al interés superior del niño, debe reconocerse que no existe un concepto universal de qué comprende el interés superior del niño, ya que debe analizarse en cada caso particular, atendiendo a las circunstancias en que el niño en cuestión se halle. La doctrina sí parece concordar en que el interés superior del niño debe ser siempre la guía y el principio rector en cuestiones de niñez e infancia, especialmente en aquellas tratadas en ámbitos judiciales, ya que poseen la característica de poder modificar la situación en que el niño se halle.

Para el establecimiento del marco conceptual, optamos por una de las definiciones más amplias que encontramos, la cual hace referencia a la “máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en la ley”, resultando de este modo un concepto transversal que abarca distintos ámbitos en donde el niño establece sus relaciones.

La pregunta de investigación planteada al inicio apuntaba a descifrar si es o no contrario al interés superior del niño que se lo otorgue en adopción a una pareja del mismo sexo, más específicamente si resultaría violatorio del mencionado interés, denegarle la posibilidad de adoptar a parejas del mismo sexo. Hallamos que la respuesta no es unánime. Hemos analizado distintos textos de doctrinarios, así como también opiniones de los entrevistados que manifiestan que permitir tal cosa implicaría una afectación al interés superior del niño, ya sea por generar burlas de la sociedad, por ser discriminado, por privárselo de un “ámbito natural”, entre otras razones.

Otros autores han destacado lo contrario, esto es, que permitir la adopción por parte de parejas homosexuales es perfectamente compatible con el interés superior del niño y que de hecho es precisamente el interés superior del niño el que urge a considerar lo mejor para él, y no guiarse por cuestiones de moralidad, religión, política, etc.

El relevamiento de distintos estudios médicos y psicológicos hechos en los últimos años arrojan resultados dignos de analizar. Por un lado afirman que aquellos que son criados en hogares homoparentales no padecen ningún condicionamiento

psicológico, aunque también sostienen que pueden verse discriminados y aislados de su entorno debido a los prejuicios de la sociedad.

Debemos subrayar que, si bien no existe, según el análisis legislativo realizado, impedimento alguno de tipo legal para que proceda la adopción por parte de parejas homosexuales; sin embargo, el debate sigue vigente en la doctrina y en la sociedad, arrojando resultados distintos según qué autor sea estudiado y según la representación que cada persona tenga con respecto a qué constituye una familia, entre otras cuestiones.

BIBLIOGRAFÍA

- ANGELOZ, Graciela, “Nuevas configuraciones familiares, homosexualidad, adopción y filiación. Aportes desde la teoría psicoanalítica y el Derecho de Familia”, en *La Ley DFyP*, julio de 2013. Cita online: AR/DOC/2246/2013.
- BECK, Ulrich, “Trabajadores Zombies”, en *Página/12*, Suplemento Las/12, 12 de septiembre de 1999.
- BELLUSCIO, Augusto C., *Manual de Derecho de Familia*, 7ma Edición, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2004, t. I.
- BIGLIARDI, Karina A., “V. Adopción por matrimonios homosexuales”.
- BOSSERT, Gustavo A., ZANNONI, Eduardo A., *Manual de Derecho de Familia*, 6ª Edición Actualizada, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2004.
- GAITÁN MUÑOZ, Lourdes, “La nueva sociología de la infancia. Aportaciones de una mirada distinta”, en *Sociología de la Infancia*, Madrid, Publicaciones Universidad Complutense de Madrid, Vol. 43, N° 1, 2006.
- GIBERTI, Eva, “La Adopción y la Alternativa Homosexual”, en RAÍCES MONTERO, Jorge H. (comp.), *Adopción. La caída del prejuicio. Proyecto de Ley Nacional de Unión Civil*, Buenos Aires, Editoras del Puerto, 2004.
- GONZÁLEZ MAGAÑA, Ignacio, “Algunas reflexiones en relación al decreto 1006/2012 y la inscripción de hijos menores de matrimonios entre personas del mismo sexo nacidos con anterioridad a la sanción de la Ley 26.618”, en *La Ley DFyP*, noviembre de 2012.
- HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto; Fernández-Collado, Carlos; Baptista Lucio, Pilar, “Metodología de la Investigación”, México D.F., McGraw-Hill Interamericana, 2006.
- JUNYENT DE DUTARI, Patricia, “La palabra como derecho de niños y adolescentes”, en *La Ley DFyP*, octubre de 2013. Cita online: AR/DOC/3002/2013.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, HERRERA, Marisa, “Matrimonio, orientación sexual y familias. Un aporte colaborativo desde la dogmática jurídica”, en *La Ley*, 04/06/2010, 1, 2010-C, 1382.

- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, HERRERA, Marisa, DE LA TORRE, Natalia, “Adopción y orientación sexual. El sexo de los progenitores y la regla del doble vínculo filial”, en *La Ley*, 22/04/2013, 6, 2013-B, 596. Cita Online: AR/DOC/1520/2013.
- LOPES, Cecilia, “Adopción por homosexuales”, en *Anales, Revista Jurídica de la UNLP* 2005-36, 248.
- LORA, Laura N., “El Discurso Jurídico sobre el interés superior del niño”, en *Avances de Investigación en Derecho y Ciencias Sociales, X Jornadas de Investigadores y Becarios*, Mar del Plata, Ediciones Suarez, 2006.
- MEDINA, Graciela, “El interés superior del niño y la adopción por homosexuales”, en *Revista de Derecho de Familia*, N° 18.
- MOYANO, Inés E., *Comunicar Ciencia, El artículo científico y las comunicaciones a Congresos*, Buenos Aires, Universidad de Lomas de Zamora, Secretaría de Investigaciones, 2000.
- RAYA DE VERA, Eloísa B., “El caso ‘Fornerón’ y el interés superior del niño”, en *La Ley* 06/09/2012, 6, 2012-E, 252.
- REBOLLEDO CARREÑO, Alexis, “La evidencia científica apoya la adopción por parte de parejas gay”, en *El Quinto Poder*, 24 de mayo de 2013. Consultado en [<http://www.elquintopoder.cl/ciencia/la-evidencia-cientifica-apoya-la-adopcion-por-parte-de-parejas-gay/>].
- STARÓPOLI, María del Carmen, “El interés superior en la adopción homoparental. Entre lo que se quiere y lo que conviene”, en *La Ley DFyP*, diciembre de 2012.