

Adopción y ¿homo-parentalidad u homo-fobia? Cuando el principio de igualdad manda*

Adoption and homo-parenting or homo-phobia? When the principle of equality commands

Marisa Herrera**

RESUMEN

El presente artículo aborda el tema de la adopción por parejas del mismo sexo. La Ley 26.618, sancionada en julio de 2010 por el Parlamento argentino, que reconoce y extiende la institución del matrimonio a todas las parejas, con independencia de su orientación sexual, coloca a este país a la vanguardia de los Estados europeos que adoptan esta postura legislativa por aplicación del principio de igualdad. Dentro de este contexto, la cuestión más debatida y resistida es la adopción. ¿Sortea el "test de constitucionalidad" una normativa que limite o circunscriba la adopción a las parejas de diverso sexo? La respuesta negativa se impone, brindándose en este trabajo las diversas razones jurídicas y no jurídicas para arribar a esta aseveración.

PALABRAS CLAVE: *Adopción, matrimonio igualitario, homosexualidad, derechos humanos.*

ABSTRACT

This essay deals with a topic as current as complex: the adoption by same-sex couples. The law 26.618 enacted in July 2010 by Argentine parliament recognizes and extends the institution of marriage to all couples regardless of sexual orientation, place this country at the forefront of European states that adopt this legislative approach by applying the principle of equality. Within this concept, the most debated and resisted issue is the adoption. If the law limits or circumscribes the adoption to couples of the opposite sex is it coherent with the Human Rights? The negative response imposes in this work by providing diverse legal and not legal reasons to arrive at this assertion.

KEY WORDS: *Adoption, same-sex marriage, homosexual, human rights.*

* Recibido: 11 de agosto de 2010. Aceptado: 27 de agosto de 2010.

** Profesora de Derecho de familia y Sucesiones en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y Palermo, Argentina (marisaherrera@fibertel.com.ar).

(...) a los pesimistas que suponen que la civilización corre el riesgo de ser devorada por clones, bárbaros bisexuales o delincuentes de suburbios, concebidos por padres extraviados y madres vagabundas, haremos notar que esos desórdenes no son nuevos —aunque se manifiesten de manera inédita— y, sobre todo, que no impiden la reivindicación actual de la familia como el único valor seguro al cual nadie puede ni quiere renunciar.

Los hombres, las mujeres y los niños de todas las edades, todas las orientaciones sexuales y de todas las condiciones la aman, la sueñan y la desean.

Elisabeth ROUDINESCO¹

Sumario

1. Breves palabras introductorias
2. ¿Viola el principio del "interés superior del niño" ser criado por dos personas del mismo sexo? Derecho e interdisciplinar
 - A) Introito
 - B) Las voces de las investigaciones de campo
3. Perspectiva jurídica de interés sobre la adopción por personas del mismo sexo
 - A) Legal-constitucional
 - B) Legal-legal
4. Adopción por parejas del mismo sexo: diferentes supuestos jurídicos
 - A) La adopción unipersonal por persona homosexual
 - B) Adopción de integración o integrativa
 - C) La adopción conjunta
5. Apellido e igualdad
 - A) El apellido en la adopción plena: el artículo 326 del Código Civil
 - B) El apellido en la adopción simple: el artículo 332 del Código Civil
 - C) El apellido en la adopción... ¿simple, plena o ambas o qué?: la reforma del artículo 12 de la Ley No. 18.248
6. Breves palabras de cierre

¹ ROUDINESCO, ELISABETH, *La familia en desorden*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2003, pp. 213 y 214.

1. Breves palabras introductorias

Uno de los temas más “sensibles” que trae consigo la Ley No. 26.618 sobre matrimonio igualitario —y que quedó plasmado en el debate y antecedentes de esta nueva e inquietante herramienta normativa— se refiere a la adopción por parte de las parejas del mismo sexo o a la adopción “homoafectiva”, como señala una línea autoral del derecho brasileiro, donde ubican este tipo de lazos dentro de las llamadas relaciones “socioafectivas”.² Como bien se ha señalado:

Las transformaciones derivadas del quiebre de la asociación entre sexo y reproducción también trajeron importantes consecuencias para la regulación jurídica de asuntos relacionados con la sexualidad. Éstos van desde la despenalización de las relaciones homosexuales [...] a cambios en las reglas relacionadas con la responsabilidad parental y aquellas que regulan la propiedad marital.³

Precisamente, la responsabilidad parental es uno de los ámbitos que se habría visto —y en buena hora— “quebrado”, en palabras de los autores citados; pero dentro de este amplio campo, la adopción observaría una sensibilidad particular y mayor. ¿Por qué? Intentaremos dar una breve explicación.

El cuidado, crianza o educación de niños por personas del mismo sexo son situaciones fácticas que acontecen en la realidad y que el derecho no puede prohibir o silenciar. ¿Qué sucede si un padre o una madre forman una nueva pareja del mismo sexo y éstos se relacionan con los hijos biológicos o adoptivos de su compañero/a? El derecho no tiene la capacidad o aptitud de evitarlo. Los acontecimientos suceden, dentro, fuera o al margen de aquél.

² Este término es acuñado por varios autores más “progresistas” del derecho de familia brasileño que pertenecen y dirigen en la actualidad el Instituto Brasileiro de Derecho de Familia (IBDFAM). Para profundizar sobre esta institución de mucho peso en la doctrina y jurisprudencia del país hermano ingresar a www.ibdfam.org.br. Para profundizar sobre este término recomiendo compulsar los diferentes trabajos y obras publicadas por la ex magistrada gaucha María Berenice Dias que se presenta como “Advogada especialista em Direito Homoafetivo”. Entre tantas obras y trabajos véanse DIAS, MARÍA BERENICE, *União Homoafetiva. O preconceito Et a justiça*, 4a. ed., São Paulo, Editora Revista Dos Tribunais, 2009; *Homoafetividades: o que diz a Justiça*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003; o su artículo sobre “Homoafetividade e Direito Homoafetivo”, en DIAS, MARÍA BERENICE *et al.* (coords.), *Afeto e Estruturas Familiares*, Belo Horizonte, IBDFAM-Del Rey Editora, 2010, pp. 357 y ss. En este trabajo la autora afirma que se estaría ante una nueva rama del derecho, alegando que es “imperioso reafirmar la necesidad de tener coraje de abogar por esas causas, sin miedo de ser rotulado de homosexual o de desagradar a su clientela”, y culmina diciendo: “Mientras que los jueces dejen de usar sus togas como escudos para no mirar la realidad, pues los que buscan justicia merecen ser juzgados, no punidos” (p. 370). En total consonancia con esta perspectiva, esta autora se refiere a la rama del “derecho de familia” en plural como “derecho de las familias”, tal como reza el *Manual de Direito das Famílias* que va por su sexta edición, publicada por Editora Revista Dos Tribunais, São Paulo, 2010.

³ DE OLIVEIRA NUSDEO, ANA MARÍA y DE SALLES, CARLOS ALBERTO, “Adopción por homosexuales. El discurso jurídico”, *Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política. Derecho y sexualidades*, Buenos Aires, Librería, 2010, p. 82.

En cambio, la adopción es una institución formal donde una autoridad (administrativa o judicial, según el sistema que se adopte en cada país) debe intervenir “eligiendo” quién o quiénes serían las personas más aptas para ser “investidos” en el rol de adoptantes. Por ello, la restricción o permisión de la ley es un obstáculo relevante. En este marco, es entendible que, en términos de reconocimiento normativo, como profundizaremos más adelante, la cuestión más debatida tratándose del amplio campo de la *responsabilidad parental* gire en torno a la aceptación legislativa de que dos personas del mismo sexo puedan, en forma conjunta, adoptar un niño.⁴

¿Y por qué la adopción conjunta y no la unipersonal, ya sea por una persona sola homosexual o de integración? Esta diferencia se observa en algunas legislaciones europeas que, en un primer momento, no admitían la primera, pero sí la segunda y tercera, o sólo la segunda. Con el tiempo, este panorama legislativo se fue flexibilizando, como veremos más adelante.

Más allá de esta aseveración, la tensión que genera la adopción en general por una o dos personas del mismo sexo pasa por indagar si afecta, contraría o viola el principio rector en materia de infancia, como el del “interés superior del niño” (artículo 3o. de la CDN y 3o. de la Ley No. 26.061), o si, por el contrario, este principio sólo serviría de excusa o pantalla detrás de la cual se esconde un acto más de abierta discriminación hacia las parejas del mismo sexo.

Asimismo, cabe destacar que a los fines de dirimir este conflicto sobre la aceptación o negativa a la adopción, importando o no la orientación sexual de los adoptantes, involucra cuestiones y saberes que no son exclusivos del campo jurídico, sino también de otras disciplinas; principalmente de la psicología, en relación con los efectos psicosociales en los niños al ser criados por personas del mismo sexo. Por ende, voces provenientes de estos ámbitos también tendrán su pertinente espacio en este trabajo.

En este primer apartado de carácter introductorio es necesario reafirmar y reforzar ciertas afirmaciones que se han realzado en el intenso debate que ha generado el matrimonio igualitario.

⁴ Esta diferencia no sería tenida en cuenta por algunos autores cuando se afirma que no habría razón para no permitir la adopción conjunta cuando, en la actualidad, el perfeccionamiento de las técnicas de procreación asistida permiten a parejas del mismo sexo (de manera más sencilla, la integrada por dos mujeres) criar niños que nazcan en hogares homoparentales. Esto es lo que sostiene María Berenice DÍAS cuando afirma: “Con fundamento en el principio constitucional de protección integral de niños, no tiene sustento negar a los homosexuales el derecho a ser padre o madre por medio de las técnicas de reproducción médicamente asistida” (DÍAS, MARÍA BERENICE, *União Homoafetiva o Preconceito & a justiça*, cit., p. 227). Nuevamente en este contexto cabría preguntarse si es exactamente la misma situación la causa fuente de la filiación biológica, por procreación asistida, que la adopción. En las dos primeras no intervendría el Estado y por ende acontecen en la realidad, con independencia o aun en contra de la decisión de los poderes estatales. En cambio, para que la adopción exista es necesario la intervención estatal. ¿No sería éste uno de los fundamentos por los cuales la figura de la adopción se la observa tan “sensible” o genera tanto debate?

En primer lugar, no debemos perder de vista que cuando se discutía el reconocimiento del derecho a contraer matrimonio a las personas del mismo sexo, así como la adopción a favor de estas personas, se colocaron sobre el escenario nociones claves en toda sociedad como la de la familia. Qué lazos afectivos conforman una organización familiar y, por lo tanto, necesitan ser visibilizados por el derecho, fue y sigue siendo una de las principales interrogantes que campea todo el derecho de familia, interpelada por el derecho constitucional y los derechos humanos.

La realidad es elocuente y nos muestra —realizada por varias voces doctrinarias y, en menor medida, algunas jurisprudenciales— que hay diversas formas de vivir en familia. Que la familia nuclear matrimonial intacta —aquella que regulan de manera principal las legislaciones civiles o de familia en aquellos países que tienen un código especial abocado al tema— constituye una de las tantas formas de vivir en familia. Que hay otros modos *de facto* en que las personas se vinculan con igual o incluso mayor grado de afecto y cohesión que el matrimonio, sin la necesidad de “sellar” estos lazos mediante el cumplimiento de ciertas pautas formales establecidas de manera precisa y rígida. Apelando a una de las tantas perspectivas o modos de analizar la realidad, como la estadística, se afirma que “la convivencia de niños y adolescentes con parejas homoafectivas es una realidad bastante frecuente [...] se estima que en los Estados Unidos hay un 22% de personas homosexuales asumidos que tienen la guarda de niños”.⁵ ¿Acaso al derecho no le debería importar lo que acontece en la realidad, en el plano fáctico?, ¿qué implicancias tiene focalizar en lo afectivo más que en las formalidades?, ¿cómo sería una regulación en ese sentido?

Pero el binomio entre formalidad-informalidad no es la única puesta en crisis que se observa en la noción de familia desde una perspectiva contemporánea, auspiciada por el desarrollo de los derechos humanos. También la idea de heterosexualidad o diversidad de sexo ha sido, hasta hace poco, en el derecho argentino, un elemento determinante (*cf.* artículo 172 del Código Civil en su redacción anterior a la reforma que introduce la Ley No. 26.618) para definir a la familia desde la perspectiva jurídica. En otras palabras, advirtiéndose de manera clara cómo la orientación sexual de sus integrantes era considerada un requisito *sine qua non* para incluir o excluir determinadas relaciones de afecto de su reconocimiento y consecuente protección en el campo del derecho.

De la mano de la heterosexualidad o a raíz de este “estándarte” se deriva otra restricción —falaz por cierto— de gran arraigo en el derecho de familia: la procreación como un elemento o requisito clave para que exista el matrimonio.

⁵ DIAS, MARÍA BERENICE, *Uniao Homoafectiva...*, cit., p. 212.

Como síntesis de esta concepción tradicional y errada, en uno de los primeros precedentes jurisprudenciales donde se planteó la inconstitucionalidad del requisito de la diversidad de sexo para acceder al matrimonio, justamente se alegaba como fundamento que el matrimonio heterosexual es el único que promueve la “propagación de la especie”.⁶ Esta mirada está a tono con otra noción que también ha campeado la idea de matrimonio tradicional, o sea, heterosexual: la “naturaleza”.

¿Es la “naturaleza” un requisito para la existencia del matrimonio desde una perspectiva laica, como debe ser? Una vez más, apelándose al derecho constitucional-internacional y, en particular, al principio de igualdad y no discriminación, se entiende —con acierto— que el error consiste en considerar ciertos hechos sociales como algo “natural”, olvidando que todo cuanto acontece entre los seres humanos tiene una historia, un contexto y un momento, por lo tanto, una determinada interpretación que puede verse perfectamente modificada. En esta línea argumental, cabe recordar que durante siglos, el calificativo “natural” fue usado para “justificar” las diferencias entre hombres y mujeres, incluso para impedir el voto femenino, cuestión que hoy en día nadie podría defender.⁷ ¿No ocurrirá lo mismo con el matrimonio?, ¿y en el mismo sentido y bajo los mismos argumentos con la adopción?

Por lo tanto, he aquí una de las primeras afirmaciones que propone este trabajo: la cuestión de la orientación sexual —y su respectiva connotación de ser una “categoría sospechosa”, con todo lo que ello significa— no fue ni es un debate que se da sólo en el plano adulto, es decir, el reconocimiento o no de derechos a las personas mayores de edad, sino que siempre, y de modo ínsito, estuvieron involucradas otras relaciones jurídicas que se podrían derivar de esta apertura. Y es que la institución del matrimonio involucra de por sí relaciones jurídicas complejas: de los miembros de una pareja hacia y con el Estado y la sociedad; de los miembros de la pareja entre sí y con otros terceros, y de los miembros de la pareja con otros actores familiares, básicamente lo que se conoce como relación filial en sus tres fuentes: la filiación biológica, adoptiva y mediante el uso de las técnicas de procreación asistida.

En este contexto, y en término de “adeptos” y “detractores” de la ley, se puede observar la siguiente clasificación tripartita:

⁶ Juz. Nac., 1a. Inst. en lo Civ., No. 88, 22 de junio de 2007, R., M. de la C. y otro c. Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas; LL, 2007-F, 487, con nota crítica de ANDRÉS GIL DOMÍNGUEZ, “Constitución, familia y matrimonio” y aprobatoria de CARLOS H. VIDAL TAQUINI, “El matrimonio sólo es para el varón y la mujer”, título que habría quedado “desactualizado” a la luz de la ley 26.618.

⁷ KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA y HERRERA, MARISA, “El principio de no discriminación en una reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una cuestión en movimiento desde el ámbito regional y una responsabilidad desde el ámbito estatal”, *Revista La Ley*, 6 de julio de 2010, pp. 3 y ss.

- 1) Personas que están en contra de la Ley No. 26.618 de manera *in totum*, es decir, de que se extienda el reconocimiento del derecho a casarse a las personas del mismo sexo, así como todos sus efectos jurídicos.
- 2) Personas que están a favor del matrimonio pero no así de la adopción.
- 3) Personas que están a favor de ambas figuras, por aplicación del principio constitucional de igualdad y no discriminación, al considerarse que siendo —como se adelantó— la orientación sexual una “categoría sospechosa”, recae en el Estado la obligación de brindar fundamentos objetivos y razonables para llevar adelante ciertas y determinadas distinciones. Y que si se carece de esos fundamentos o los argumentos que se otorgan no se encuentran corroborados, la imposición o limitación de ciertos derechos por parte del Estado —en este caso, que la adopción quede reservada a las parejas de diverso sexo— sería una actitud discriminatoria.

¿Acaso la diferencia entre ser homosexual o heterosexual constituye un elemento de peso para excluir a uno y permitir a otros la posibilidad de adoptar en forma conjunta? Esta íntima relación entre diferencia e igualdad no es nueva; ha sido puesta sobre el escenario hace tiempo por varias corrientes feministas que tantos aportes han brindado a la lucha del colectivo que aquí se analiza. De este modo, se ha expresado que

El dilema que enfrenta la teoría jurídica feminista parece ser idéntico al de un enfoque no discriminatorio sobre los derechos de los homosexuales; a saber, cómo conciliar igualdad y diferencia [...] la igualdad real requiere una presunción de reconocimiento de las diferencias. Así, tales derechos se presentan como derechos al reconocimiento. La comprensión y la aplicación de los derechos deben estar orientadas por esa lógica. La adopción por homosexuales está en el centro de esta cuestión.⁸

Como bien se ha expresado desde un campo tan afín a la noción de familia, como la sociología: “La familia nunca es una institución aislada, sino que es parte orgánica de procesos sociales más amplios, que incluyen las dimensiones productivas y reproductivas de las sociedades, los patrones culturales y los sistemas políticos”.⁹

En suma, extender el concepto de matrimonio a las parejas del mismo sexo implica una ruptura de paradigma muy fuerte.¹⁰ Un paradigma familiar que

⁸ DE OLIVEIRA NUSDEO, ANA MARÍA y DE SALLES, CARLOS ALBERTO, *op. cit.*, p. 84.

⁹ JELÍN, ELIZABETH, “La familia en Argentina: trayectorias históricas y realidades contemporáneas”, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA (dir.) y HERRERA, MARISA (coord.), *La familia en el nuevo derecho*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009, pp. 135 y ss.

¹⁰ Un claro y reciente ejemplo de cómo la mirada prejuiciosa sigue girando en el “imaginario” se puede observar en

siempre ha estado teñido o mediatizado por concepciones religiosas, por ideas “esencialistas” y prejuicios discriminatorios. Precisamente es en el tema de la adopción donde el debate en torno a la igualdad presenta el nivel de tensión más álgido. Afirmación que no sólo se encuentra corroborada por la complejidad de sus fundamentos, siendo que ambas posturas (a favor y en contra) apelan, en definitiva, al mismo principio indeterminado o eje rector del “interés superior del niño”, sino también desde el aspecto numérico y de conformidad con la clasificación tripartita expuesta, pues en contra de la adopción no sólo están aquellos que se oponían al matrimonio igualitario, sino también se suman los que están a favor de éste pero que tienen resistencias a que dicha igualdad se extienda a la relación filial.

2. ¿Viola el principio del “interés superior del niño” ser criado por dos personas del mismo sexo? Derecho e interdisciplinar

A) *Introito*

Como bien se ha dejado expresado en el primer apartado, y tal como acontece en la mayoría de los conflictos que involucran o integran el derecho de familia, la perspectiva interdisciplinaria no puede quedar afuera so pena de incurrirse en un estudio parcial y, en definitiva, superficial. La adopción en general y la adopción por personas/parejas del mismo sexo no escapan a este principio general que observaría menos excepciones de las que se presumen.¹¹

¿Cómo repercute en el desarrollo de los niños ser criados por una pareja del mismo sexo?, ¿hay investigaciones que abordan esta temática?, ¿cuáles son los presupuestos o variables que se deben indagar para que las investigaciones arrojen resultados fiables sobre la crianza de niños por parejas del mismo sexo?, ¿es

una reciente “reflexión periodística” sobre “El auge del matrimonio gay”, donde se afirma sin reparo alguno que el matrimonio gay “es una tendencia imparable, no tanto por consideraciones éticas, sino por motivos económicos”, destacando cómo habría aumentado el turismo gay en el mercado turístico mundial y por ende concluye: “como suele ocurrir, lo que empezó como una cruzada por los derechos civiles terminará imponiéndose por razones económicas”. ¿Puede llegar la homofobia a tal grado que se resuma la lucha por el reconocimiento de derechos a una cuestión “turística”? Esto lo ha expresado el frívolo de ANDRÉS OPPENHEIMER en el diario *La Nación* el 10 de agosto de 2010 (p. 3), hábil para evaluar el grado de “homofobia” que todavía se respira a varias semanas de la sanción de la Ley 26.618.

¹¹ Uno estaría tentado en afirmar que una clara excepción serían los conflictos de índole patrimoniales. Pero cuando se profundiza en ellos se advierte que la mirada interdisciplinaria que intenta desentrañar las razones por las cuales se llega a discutir en sede judicial —en distintos tonos— sobre derechos de entidad económica, constituye un verdadero aporte a los fines de arribar a un acuerdo donde subyacen recelos, recriminaciones o heridas no saldadas. Claramente, el conflicto que se rotula en la justicia de patrimonial, termina observándose que no era sólo o totalmente de este tinte. Justamente, una de las riquezas que observa el derecho de familia gira en torno a las “impurezas” y, en definitiva, a la complejidad que presentan los problemas que circulan dentro de este ámbito.

MARISA HERRERA

válido extender conclusiones formuladas en el marco de investigaciones donde se analizaron casos de niños criados por parejas del mismo sexo pero que provenían en un primer momento de una pareja heterosexual y después pasaron a vivir dentro de un hogar homoparental, conformado por uno de los padres biológicos y su pareja, que cuando se intenta profundizar sobre la adopción conjunta a una pareja del mismo sexo? Éstas son algunas de las interrogantes que intentaremos responder de manera sintética en este apartado.

Estas inquietudes se desprenden, en definitiva, de la siguiente interrogante central: ¿es la orientación sexual de las personas un elemento *sine qua non* para excluirlos “a priori y en abstracto” de la posibilidad de ser padres a través de la adopción? Si la respuesta negativa se impone por aplicación del principio de igualdad y no discriminación, amén de la titularidad que se les reconoce a las personas del mismo sexo del derecho a la vida familiar, tal como lo ha expresado de manera clara el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la mencionada sentencia del 24 de junio de 2010, toda legislación restrictiva en este sentido incurriría en un trato abiertamente discriminatorio.

B) Las voces de las investigaciones de campo

Es necesario saber, al menos de manera sintética, cuáles son los argumentos —o prejuicios— que esgrimen quienes están en contra de la adopción por personas del mismo sexo porque, precisamente, éstas son las variables que las investigaciones de campo intentan desentrañar.

Un psicoanalista francés, tras preguntarse “¿Puede hablarse de ello sin estarse a favor o en contra, sin ser tachado de homófobo o pro homosexual? ¿Cómo hablar de eso y permanecer riguroso sin procurar la complacencia ni derivar en un repudio odioso hacia los homosexuales?”, destaca de manera crítica que las ideas o prejuicios que sostienen la postura negativa acerca de la crianza de niños por parejas del mismo sexo exhiben los siguientes argumentos:

- 1) La confusión en que se incurre entre homosexualidad y pedofilia.
- 2) Presumir que los niños criados por padres del mismo sexo serán homosexuales (y como si ello fuere negativo).
- 3) La necesidad de brindarle a los niños dos modelos de identificación: materno por parte de una mujer y paterno por parte de un hombre.

A nuestro entender, otro argumento que todavía se sigue esgrimiendo, a pesar de las distintas voces autorizadas que han contestado, es la idea en torno a

que la “homosexualidad” es una enfermedad. No sólo se carece de base científica alguna, sino que es sabido que hace tiempo ya, en 1973, la “homosexualidad” fue eliminada por la American Psychiatric Association como categoría de “trastorno mental” del DSM III (Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders). Y otro argumento más que tampoco fue mencionado por el autor gira en torno al impacto en los niños de la “homofobia social”. En este sentido, se suele decir que la mirada negativa sobre la adopción por parte de personas del mismo sexo no se funda en la habilidad de ellos para cuidar y hacerse cargo de la crianza de un niño, sino por la discriminación a la cual estarían expuestos. ¿Uno dejaría que su hijo vaya a la casa de un compañerito cuyos padres son del mismo sexo? Que los niños percibirían esta conducta homofóbica por parte de los terceros, lo cual sería un perjuicio para ellos. Esta aseveración merece la siguiente observación.

Como aconteció hace muchos años con los hijos de padres divorciados, la mayor aceptación social se debe construir; por lo tanto, deberá pasar un tiempo para que la sociedad aprehenda valores, actitudes y comportamientos más igualitarios; donde no se “sorprenda” ante el vínculo afectivo entre dos personas del mismo sexo. Siempre en las grandes conquistas, como de la que somos protagonistas hoy tras la sanción de la Ley No. 26.618, habrá una etapa de “acomodamiento” donde varios niños deban sufrir por la discriminación que se deriva de la “homofobia social”; pero éste será el precio que deberá pagarse para que, en un tiempo, ningún niño sea víctima de un tratamiento prejudicioso e injusto. De este modo, si no se hubiera sancionado una ley como la que aquí se analiza, ese cambio social no se produciría jamás o, de mínima, tardaría mucho más tiempo en aterrizar y expandirse a los fines de alcanzar una sociedad igualitaria, al menos en lo que a orientación sexual se refiere.¹²

¹² Todos estos “temores” habrían sido puestos de resalto por la doctrina española durante el debate y también después de la ley de matrimonio igualitario, Ley No. 13/2005. Al respecto, se ha expresado que “en parte por el desconocimiento y la ausencia de reconocimiento social, y, en parte, por la homofobia presente en nuestra cultura, posiblemente sean las familias con respecto a las cuales se tienen más prejuicios en nuestra sociedad. Estos prejuicios se han hecho evidentes en el debate social que ha rodeado la regulación del matrimonio civil entre personas del mismo sexo y la posibilidad de la adopción conjunta de menores que en este cambio legislativo se propiciaba. Los temores manifestados con respecto a los menores se refieren, al menos, a los posibles desajustes psicológicos que pueden experimentar por el hecho de no disponer de una figura femenina y otra masculina; las posibles alteraciones que se pueden producir en su identidad sexual y genérica, así como la mayor probabilidad de que los propios hijos o hijas sean también homosexuales; el rechazo social que pueden experimentar, dada la homofobia de nuestra sociedad, así como el mayor riesgo que supuestamente tendrían de sufrir abuso sexual”. Tras esta síntesis acerca de los “temores” de la crianza homoparental a través de la figura de la adopción, se afirma que “tanto aquellos estudios como los posteriores han demostrado que estos temores son infundados. Aunque sea un área de estudio joven (las primeras investigaciones se publican en los años setenta), ya en estos momentos disponemos de un bagaje relativamente amplio de estudios desarrollados en distintos países, sobre todo en Estados Unidos y Reino Unido, pero también más recientemente en Bélgica, Francia, Canadá, Holanda o Noruega, entre otros” (GONZÁLEZ, MARÍA DEL MAR y LÓPEZ, FRANCISCA, “Familias homoparentales y adopción conjunta: entre la realidad y el prejuicio” en Consejo General del Poder Judicial, *op. cit.* p. 455).

Regresando con el psicoanalista francés, éste cita una investigación realizada por Ellen LEWIN, una antropóloga de la Universidad de Iowa, Estados Unidos, sobre “Valores familiares, hombres gay y adopción en América Latina”, en la que se estudiaron 44 parejas del mismo sexo, integradas por hombres que se encontraban criando un niño, donde una de las tantas conclusiones a las que se arriba es que “esos hombres nada tienen de nuevo que ofrecer a los hijos fuera de los que ellos mismos vivieron en su propia familia. Muchos, completamente ultrapasados por los acontecimientos, retornan con su madre para pedir recetas. La homosexualidad como «subversión», como dice ROUDINESCO en su libro, no se verifica aquí”.¹³

Por lo general, cuando se alude al impacto real de la crianza homoparental en el desarrollo de los niños se apela a las conclusiones arribadas por la American Academy of Pediatrics (AAP) —institución que nuclea a más de 55,000 pediatras estadounidenses—, que el 4 de febrero de 2004 emitió un comunicado en el cual se expresa que “los niños que han nacido o han sido adoptados por un miembro de una pareja de gays o lesbianas merecen la seguridad de tener dos padres legalmente reconocidos”, y en materia de adopción de integración se dice que la AAP “apoya los esfuerzos jurídicos y legislativos que hagan posible la adopción de niños por el segundo padre o co-padre en esas familias”. Ambas afirmaciones se fundan en la siguiente aseveración: “Un cuerpo creciente de literatura científica demuestra que los niños que crecen con 1 o 2 padres gay y/o lesbianas son iguales en funcionamiento cognitivo, social y sexual que los niños cuyos padres son heterosexuales. El desarrollo óptimo de los niños parece ser influido más por la naturaleza de las relaciones e interacciones dentro de la unidad familiar que por la forma estructural particular que toma”.¹⁴

En esta misma línea, el 6 de julio de 2002 se presentaron los resultados de un estudio realizado por el Departamento de Psicología Evolutiva de la Universidad de Sevilla y el Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid, donde se analizó el desarrollo infantil y adolescente de quienes viven en hogares homoparentales; un total de 28 personas entre 3 y 16 años. Las conclusiones arribadas en este estudio no difirieron de las mencionadas por la AAP. Aquí se aseveró que “la orientación sexual de los progenitores, en sí misma, no parecer ser una variable relevante a la hora de determinar el modo en que se construye el desarrollo y

¹³ HAMAD, NAZIR, *Adopcao e parentalidade: questoes atuais*, Porto Alegre, Editora M, 2010, pp. 118 y ss.

¹⁴ *Informe técnico: coparentalidad o adopción por segundo padre por padres del mismo sexo de la Academia Americana de Pediatría*, elaborado por ELLEN C. PERRIN, MD, y el Comité de Aspectos Psicosociales de la Salud Infantil y Familiar, disponible en: http://estaticos.elmundo.es/documentos/2005/04/21/Coparentalidad_y_adopcion_AAP_informe_tecnico.pdf.

ajuste psicológico de hijos e hijas”.¹⁵ En esta investigación se relevaron diversas variables, observándose de manera sintética las siguientes consideraciones: *a)* perfiles personales de niños y jóvenes sanos y ajustados; *b)* capacidades educativas adecuadas; *c)* dinámica familiar saludable; *d)* vida cotidiana estable y rica en experiencias, y *e)* apoyo social suficiente. Específicamente sobre el desarrollo y ajustes psicológicos de los hijos e hijas de gays y lesbianas, se observa: *a)* un desarrollo sano y armónico; *b)* niños y niñas integrados y con amigos, y *c)* desarrollo reflexionado y libre de la sexualidad. Sobre qué aporta a niños y niñas el reconocimiento del matrimonio civil a personas del mismo sexo y, entre otros efectos, la posibilidad de adoptar en forma conjunta de conformidad con la Ley española No. 13/2005, se asevera que el reconocimiento legal del vínculo filial a ambos progenitores del mismo sexo garantiza y protege los derechos de niños y niñas de padres homosexuales, siendo que “en definitiva, junto a la seguridad psicológica, el reconocimiento de la paternidad compartida o la adopción conjunta va a aportar también otras seguridades (jurídicas o económicas, por ejemplo) a la vida de niños y niñas”.¹⁶

Ésta es una de las tantas investigaciones de campo citadas en un completísimo trabajo de doctrina donde, en su gran mayoría, se afirma que no es posible observar consecuencias negativas o desventajosas en los niños criados por parejas o personas del mismo sexo en relación con aquellos que viven con padres heterosexuales. En este sentido, y tras analizar diversas investigaciones, se asevera que “no existe ningún factor objetivo que exija excluir, a priori y de modo absoluto, a una pareja homosexual como posible sujeto idóneo para adoptar a menores. La divergencia de los estudios científicos al respecto, lo único que permite afirmar es que hay casos contrastados en que la educación en un entorno homosexual ha sido plenamente satisfactorio para muchos menores”. Agregándose que “primar la heterosexualidad de la pareja sobre el interés del menor, supone desfigurar la propia finalidad de la adopción”, y que por ello —centrados en el derecho español— se afirma que

[...] la acreditación de la idoneidad para adoptar deberá hacerse por los organismos administrativos competentes, atendiendo a los criterios objetivos, establecidos al efecto, con independencia de que quienes constituyan la pareja sean del mismo o distinto sexo. La efectiva constitución de la adopción dependerá, como hasta ahora, de la mejor garantía del interés del menor entre quienes son idóneos para garantizarlos.¹⁷

191

¹⁵ Citado por TALAVERA FERNÁNDEZ, PEDRO, “El matrimonio entre personas del mismo sexo frente a la adopción”, en Consejo General del Poder Judicial, *Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo*, Madrid, 2006, p. 446.

¹⁶ GONZÁLEZ, MARÍA DEL MAR y LÓPEZ, FRANCISCA, *op. cit.*, pp. 456 y ss.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 449 y 450.

MARISA HERRERA

Un trabajo de la española María Dolores FRIAS NAVARRO, especialista en metodología de las ciencias del comportamiento de la Facultad de Psicología de la Universidad de Valencia, pone de resalto cómo son los diseños de las investigaciones que se utilizan en el área de la homoparentalidad. Al respecto, se expresa que el patrón de estudio radica, básicamente, en analizar a madres y padres heterosexuales como grupo de control o guía para “descubrir la calidad de la parentalidad homosexual”. Tras esta consideración general, se destaca un dato que “sobresale de las investigaciones: las creencias sobre diferencias de ajuste psicológico entre los niños criados por padres heterosexuales y padres gays o madres lesbianas no están apoyadas por los resultados de los estudios empíricos”. Y que

Los resultados de las investigaciones psicológicas que planifican diseños comparativos entre las características de la heteroparentalidad y las de la homoparentalidad, señalan que los padres gays y las madres lesbianas actúan como los padres heterosexuales y el desarrollo psicosocial de los niños no está afectado negativamente por la orientación sexual de sus padres, destacando la no diferencia estadística entre los grupos. De este modo, su ajuste cognitivo, emocional, sexual y social no es estadísticamente diferente del de sus homólogos criados en familias con padres heterosexuales.¹⁸

En el plano nacional, cabe traer a colación ciertas afirmaciones expresadas en un informe firmado por varios investigadores del CONICET (Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas), presentado en el Senado durante el debate de la ley de matrimonio igualitario. Allí se puso de resalto que

No se puede plantear como impedimento matrimonial que un niño/a pueda sufrir a futuro porque la sociedad es discriminatoria. Eso es una verdadera falacia e insensatez. Todos podemos llegar a sufrir o no. Nadie les dice a los afrodescendientes o judíos que en determinados contextos no se reproduzcan porque sus hijos/as van a sufrir. Ese argumento [...] está asociado al ideal de raza pura, escondida en la imagen del futuro sufrimiento. El problema es de la sociedad que discrimina, no de la persona discriminada.

192

Agregándose que

Por décadas se estudiaron las consecuencias en la vida de los hijos de arreglos familiares que escapan a las normas fijadas por la ley como las más deseables: estudios sobre hijos de “madres solteras”, de padres divorciados, de viudas y viudos, criados

¹⁸ FRIAS NAVARRO, MARÍA DOLORES, “Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo: resultados de la investigación psicológica”, en Consejo General del Poder Judicial, *op. cit.*, pp. 498 y 499.

por abuelas y abuelos [...] Los hallazgos invariablemente mostraron que las variables fundamentales del desarrollo de la personalidad pasan por otro lado: por la contención y afecto, por el ambiente en el hogar, por el respeto y la responsabilidad.

Como cierre de este apartado traemos a colación ciertas palabras esgrimidas por dos referentes obligados cuando se trata de relación padres e hijos, familia y orientación sexual.

La primera es la citada y reconocida historiadora y psicoanalista francesa Elisabeth ROUDINESCO, quien en su excelente obra *La familia en desorden* reflexiona:

¿Será preciso, en consecuencia, que al convertirse en padres los homosexuales de hoy borren de su memoria las huellas de esos sufrimientos para que sus hijos no los hereden? ¿Será preciso que rechacen su inclinación sexual y las revueltas de su juventud para no darlas como ejemplo a hijos intimados a no parecérselos jamás? En vez de obedecer a tal conminación, acaso creamos preferible que cada uno sea padre con su historia, con su inconsciente.¹⁹

Termina aseverando que “la familia venidera debe reinventarse una vez más”.²⁰

La segunda corresponde a la psicóloga argentina Eva GIBERTI, quien al analizar la adopción a la luz de la nueva conquista, la Ley No. 26.618, señala: “La crianza y educación realizada por gays y lesbianas constituye una forma de organización familiar que deberá responder, prioritariamente, al «interés superior del niño», en tanto y cuanto para todos los niños propiciamos un mundo en el que las características de la orientación sexual no impliquen exclusiones”.²¹

3. Perspectiva jurídica de interés sobre la adopción por personas del mismo sexo

A) Legal-constitucional

Algunos textos internacionales y constitucionales se refieren de manera precisa a la orientación sexual como una variable discriminadora. Por citar un ejemplo, la Constitución portuguesa, en su artículo 13.2 establece que “nadie puede ser

¹⁹ ROUDINESCO, ELISABETH, *op. cit.*, p. 213.

²⁰ *Ibidem*, p. 214.

²¹ GIBERTI, EVA, “Niñas y niños adoptados por personas del mismo sexo”, disponible en: <http://www.imagoagenda.com/articulo.asp?idarticulo=1320> (consultado el 5 de agosto de 2010). Esta misma expresión es la utilizada por GIBERTI en su artículo sobre “Adopción y la alternativa homosexual” publicado en una de las primeras obras donde se abordó de manera particular o especial la adopción homoafectiva en el ámbito nacional. Me refiero al título *Adopción. La caída de un prejuicio*, publicada por la CHA y Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004.

MARISA HERRERA

privilegiado, beneficiado, perjudicado, privado de cualquier derecho [...] en razón de la ascendencia, sexo, raza, lengua, territorio de origen, religión, convicciones políticas o ideológicas, instrucción, situación económica, condición social u *orientación sexual*".²²

En esta oportunidad nos interesa profundizar sobre la experiencia europea, ya que, en definitiva, a este ámbito pertenecen los países que admiten el matrimonio a parejas del mismo sexo, así como también la adopción conjunta a parejas casadas o en una unión convivencial.

A nivel regional se observan documentos jurídicos de interés. El tratado que establece una Constitución para Europa, aprobado el 29 de abril de 2004, en su artículo II-81, prohíbe toda clase de discriminación, en particular la ejercida en razón de la orientación sexual. Pero el instrumento jurídico más elocuente, preciso y pionero que habría marcado uno de los primeros y principales pasos en el reconocimiento de derechos a las parejas del mismo sexo —aunque con diferente extensión o regulación, como veremos— es la Resolución No. 28/1994 del Parlamento Europeo sobre "Igualdad de derechos de los homosexuales y de las lesbianas en la Unión Europea", aprobada el 8 de febrero de 1994, que —como se dice— "supuso un arranque del reconocimiento institucional de la convivencia afectiva homosexual".²³ En otra Resolución posterior, de 1998, el Parlamento solicitó a los Estados que

[...] reconozcan la igualdad de derechos de los homosexuales, especialmente mediante el establecimiento, donde aún no sea el caso, de contratos de unión civil, con vistas a suprimir todas las formas de discriminación de las que aún son víctimas los homosexuales en particular, en materia de derechos fiscal, regímenes patrimoniales, derechos sociales, etcétera, y que contribuyan mediante la información y la educación, a luchar contra los prejuicios de que son objeto en la sociedad (DCE del 16 de marzo de 1998, párrafos 65 a 69).

Cabe destacar que en 2003 el Parlamento Europeo presentó un informe donde se instaba a los Estados a reconocer a las parejas del mismo sexo los mis-

²² El destacado nos pertenece.

²³ MOLINER NAVARRO, ROSA M., "El matrimonio de personas del mismo sexo en el derecho comparado", en Consejo General del Poder Judicial, *Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo*, Madrid, 2006, p. 218. Agregándose que esta Resolución "tuvo una notable repercusión en los países de la Unión Europea, marcando un claro punto de inflexión en el tratamiento del problema y propiciando el surgimiento de iniciativas legislativas dirigidas a conceder un estatuto jurídico a las uniones homosexuales". Sin embargo, se realizan algunas observaciones críticas como son que, en un primer momento, el objetivo era que la Comisión emitiera una "Directiva" y no una "Recomendación", siendo la primera un documento de mayor peso o valor jurídico al exigir la armonización legislativa de los países de la Unión Europea. O que en la discusión del texto de la Resolución se evidenciaron las profundas diferencias entre distintas posiciones políticas e ideológicas, siendo que la en la votación participaron sólo 273 de un total de 518 parlamentarios, de los cuales 159 votaron a favor, 98 en contra y 18 se abstuvieron.

mos derechos que a las parejas de diverso sexo, pero el texto fue rechazado por 279 votos contra 259 y 9 abstenciones, y entonces sólo se aconsejó a la Unión Europea incluir en su agenda política el debate sobre los matrimonios homosexuales. De manera más reciente, y en atención al paulatino reconocimiento del matrimonio igualitario, en un informe sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea, aprobado el 15 de enero de 2009 por 401 votos a favor, 220 en contra y 67 abstenciones, se insta a los Estados miembros que hayan regularizado las parejas compuestas por personas del mismo género a que reconozcan las uniones o matrimonios celebrados en otros Estados de la Unión para salvaguardar el derecho de la libre circulación en la Unión Europea.

En particular, en materia de adopción por parejas del mismo sexo, es de destacar que la mencionada Resolución del 8 de febrero de 1994 instó a la Comisión Europea a dictar una Recomendación que “debería, como mínimo, tratar de poner fin [...] a toda restricción de derechos de las lesbianas y los homosexuales a ser padres, a adoptar o a criar niños” (Reflexión General núm. 1, apartado sexto). Esta Recomendación nunca llegó a emitirse. Asimismo, en la Resolución sobre el Respeto a los Derechos Humanos en la Unión Europea, del 16 de marzo de 2000, el Parlamento Europeo volvió a insistir en el tema al solicitar la plena equiparación jurídica de las parejas del mismo sexo con respecto a las de diverso sexo, “lo cual abarcaría el reconocimiento de la idoneidad *a priori* como adoptantes” (párrafos 56 a 59).

Cruzando el Atlántico, y también en el plano supralegal, encontramos algunos textos constitucionales contrarios a la tendencia expresada, observando una mirada negativa o prohibitiva de carácter expresa sobre la homosexualidad, ya sea circunscribiendo el matrimonio, o incluso las uniones, a las parejas de diverso sexo, tal como lo expresa la Constitución hondureña luego de su reforma de 2005, o de manera puntual, excluyendo la adopción por parejas del mismo sexo, como lo hace la Constitución ecuatoriana de conformidad con su fisonomía actual tras su reforma en 2008.

Veamos. El artículo 112 de la Constitución de Honduras, en su parte pertinente, establece:

Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer, que tengan la calidad de tales naturalmente, a contraer matrimonio entre sí, así como la igualdad jurídica de los cónyuges [...] Se reconoce la unión de hecho entre las personas igualmente capaces para contraer matrimonio. La ley señalará las condiciones para que surta efecto el matrimonio. Se prohíbe el matrimonio y la unión de hecho entre personas del mismo sexo. Los matrimonios o uniones de hecho entre personas del mismo sexo celebrados o reconocidos bajo las leyes de otros países no tendrán validez en Honduras.

MARISA HERRERA

Tan hostil —por no decir homofóbico— se muestra este texto que incluso aquellas parejas del mismo sexo que celebraron nupcias o una unión estable en países en donde ello está permitido, son como si no existieran para el Estado hondureño.

El otro ejemplo, citado donde ya desde la Constitución se impone una limitación o prohibición a la adopción por personas del mismo sexo, es la ecuatoriana. Veamos. Si bien el artículo 67 comienza utilizando términos muy amplios y pluralistas al decir que “se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Éstas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes”, luego indica que “el matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal”, por lo cual despeja toda duda sobre la posibilidad de extender la figura del matrimonio a todas las personas, con independencia de su orientación sexual, postura legislativa constitucional que no es la misma cuando se trata de la unión estable, al afirmar el artículo 68 que “la unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio”.²⁴ Culminando esta normativa con la siguiente tajante expresión: “La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo”.

²⁴ Esta clara distinción que hace el texto constitucional en análisis, por el cual el matrimonio queda habilitado sólo a las parejas heterosexuales y las uniones de hecho a éstas como a las del mismo sexo, es la que se resalta en un importante precedente dictado el 3 de agosto de 2010 por un juez del Distrito Norte de California, donde decreta la inconstitucionalidad de la llamada “Proposición 8”, aludiéndose la iniciativa “popular” donde los votantes, además de elegir autoridades gubernamentales, debían expedirse a favor o en contra del derecho a contraer matrimonio por las parejas del mismo sexo. El 52% votó a favor de esta “Proposición 8”, es decir, que el matrimonio quede reservado a las parejas heterosexuales. Esta “decisión popular” fue puesta en crisis ante los estrados judiciales. Si bien la Corte Suprema de Justicia en un precedente de 2009, por mayoría de seis a uno, decretó la validez del referéndum popular, argumentando —a diferencia de lo que había expresado un año antes— que las parejas del mismo sexo contaban con la figura de “*domestic partnerships*” que les otorgaba una gran cantidad de derechos similares a las parejas casadas; en este nuevo y reciente fallo, el juez Vaughn Walker declaró la inconstitucionalidad de la mencionada “Proposición 8” por diversas razones. Una de ellas, que las “*domestic partnerships*” no satisfacen la obligación del Estado de California de permitirles a los demandantes casarse”, dándose dos fundamentos para arribar a tal aseveración. La primera, que las “*domestic partnerships*” “son distintas del matrimonio y no proporcionan el mismo significado social como político”, y la segunda, que precisamente las “*domestic partnerships*” fueron creadas por California para reconocer ciertos derechos y beneficios a las parejas del mismo sexo y de este modo, explícitamente, se veda el matrimonio a estas personas”. En definitiva, por estos argumentos —entre tantos otros—, en la sentencia se afirma que la “Proposición 8 es inconstitucional porque niega a los demandantes un derecho fundamental sin una legítima razón”. Entiendo que estas afirmaciones hubieran sido válidas para responder o contrarrestar, de manera acabada, la jugada que realizaron algunos de nuestros legisladores que pretendieron presentar proyectos de ley sobre “uniones civiles” en medio del debate del matrimonio igualitario.

El panorama supralegal europeo se muestra más “amigable” o proclive en aceptar normativas estaduales de tinte igualitarias que lo que acontece en América Latina. Esta situación viene a reafirmar la verdadera “conquista” que ha sido la sanción de la Ley No. 26.618, la cual fue dictada en un contexto normativo de jerarquía superior más hostil, menos favorable, más reticente; es decir, más apegada a la noción tradicional-religiosa de familia.

B) Legal-legal

Un escalón más abajo nos encontramos con diferentes formas de abordar la cuestión de la adopción por parejas del mismo sexo.

Aquí distinguimos un amplio abanico de posibilidades legislativas sobre cómo abordar esta cuestión. Veamos: 1) legislaciones que no regulan y, por ende, se entiende que no está permitida la adopción conjunta por parejas del mismo sexo; 2) legislaciones que admiten el matrimonio igualitario y donde la adopción constituye una de las tantas consecuencias o posibilidades que se derivan de este reconocimiento; 3) legislaciones que admiten el matrimonio igualitario, pero excluyen de manera expresa la adopción; 4) legislaciones que regulan las uniones de hecho o estables entre personas del mismo sexo, pero quitan de este ámbito la posibilidad de adoptar, y 5) a la inversa, legislaciones que otorgan un marco legal a las uniones, con independencia de la orientación sexual de sus miembros, incluyendo la adopción. Como se puede observar, aquí nos circunscribimos al análisis o estudio legislativo, y no al jurisprudencial, de manera sistematizada por razones de tiempo y espacio.

Más allá de esta advertencia, es imposible no aludir a ciertos avances jurisprudenciales, máxime en aquellos países que carecen de una regulación integral sobre el matrimonio o las uniones convivenciales del mismo sexo. Precisamente en esos países —varios de América Latina— la doctrina jurisprudencial habría ocupado un lugar de privilegio para plantear y abordar la cuestión de la adopción por parte de estos núcleos familiares. En particular, y como veremos en breve, los casos de adopción homoafectiva en el marco de legislaciones que nada dicen al respecto, se habrían presentado a través de los casos de adopción unipersonal integrativa del hijo biológico o adoptivo de una persona cuya pareja, del mismo sexo, pretende tener un vínculo filial a través de la figura de la adopción. Por ello, un total silencio de carácter jurisprudencial sería injusto en atención al invalorable rol mostrado por la justicia en el tema de la adopción por personas del mismo sexo en varios países.

MARISA HERRERA

Realizada esta aclaración, pasamos a brindar un rápido panorama sobre la mayor o menor resistencia legislativa en materia de adopción por parejas del mismo sexo dentro del campo normativo delimitado.²⁵ De este modo, encontramos:

a. Países que regulan el matrimonio igualitario

Del total de 10 países que permiten el matrimonio igualitario, que son, en orden ascendente: Holanda, Bélgica, Canadá, España, Sudáfrica, Noruega, Suecia, Portugal, Islandia y Argentina,²⁶ sólo la ley portuguesa excluye hoy la adopción. Así, la Ley No. 9/2010, del 31 de mayo,²⁷ dispone en su artículo 3o. que “1. Las

²⁵ Amplio es el material bibliográfico referido a las convivencias de pareja del mismo sexo y, en particular, su análisis en el derecho europeo. Entre tantos, se recomienda compulsar —además de los que se citarán de manera especial más adelante—: GONZÁLEZ BEILFUS, CRISTINA, *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Barcelona, Marcial Pons, 2004; MURILLO MUÑOZ, *Matrimonio y convivencia en pareja en el ámbito de la Unión Europea. Hacia un nuevo modelo de matrimonio*, Madrid, Dickinson, 2006; VARIOS AUTORES, *Des Concubinages. Droit interne. Droit International. Droit Comparé*, París, Litec Groupe Lexisnexus, 2002; QUIÑÓNEZ ESCÁMEZ, ANA, *Uniones conyugales o de pareja: formación, reconocimiento y eficacia internacional*, Barcelona, Atelier, 2007 y ALONSO PÉREZ, JOSÉ IGNACIO, *El reconocimiento de las uniones no matrimoniales en la unión europea*, Barcelona, Bosch Civil, 2007.

²⁶ También se encuentran varios reconocimientos legislativos del matrimonio igualitario a nivel estadual. Veamos: en Estados Unidos ello acontece en los estados de Massachussets, Connecticut, Iowa, Vermont, New Hampshire y Washington D.C. Un vuelco interesante muestra el estado de California, donde si bien en un referéndum el 52% votó a favor de la llamada “Proposición 8”, es decir, en contra del matrimonio igualitario, el 3 de agosto de 2010 el juez federal Vaughn Walker, del Distrito Norte de California, declaró inconstitucional la mencionada “Proposición 8”. En una extensa sentencia de 138 páginas, y tras un minucioso análisis sobre los antecedentes de la aludida Proposición, una síntesis precisa sobre cómo el caso llega a esa instancia judicial, los fundamentos o argumentos de cada una de las partes (los que pretenden atacar el referéndum y los que lo defienden), el juez aseveró: “No existe base racional para el hecho de que la Proposición Ocho pueda apartar a un grupo de mujeres y hombres gays denegándoles licencias de matrimonio”; que “de hecho, hay evidencias de que la Proposición Ocho establecería en la Constitución de California que las parejas de sexos opuestos son superiores a las del mismo sexo”; y que las “*domestic partnerships*” no satisfacen la obligación de California de permitirles a los demandantes casarse”. Para esta última afirmación se exponen dos razones. La primera, que las “*domestic partnerships*” “son distintas del matrimonio y no proporcionan el mismo significado social como político”, y la segunda que, precisamente, las “*domestic partnerships*” fueron creadas por California para reconocer ciertos derechos y beneficios a las parejas del mismo sexo y de este modo, explícitamente, se veda el matrimonio a estas personas”. En definitiva, por estos argumentos —entre tantos otros—, en la sentencia se afirma que la “Proposición 8 es inconstitucional porque niega a los demandantes un derecho fundamental sin una legítima razón”. Asimismo, cabe traer a colación la experiencia mexicana, cuyo Distrito Federal, en una ley sancionada el 21 de diciembre de 2009 introduce varias modificaciones al Código Civil y Procesal Civil, entre ellas el matrimonio igualitario. La constitucionalidad de esta normativa fue cuestionada ante la Corte Suprema de Justicia de México por una acción planteada por el procurador General de la República (<http://www.zocalo.com.mx/seccion/articulo/discute-suprema-corte-demanda-de-pgr-por-bodas-gay>, compulsada el 4 de agosto de 2010). En fecha 5 de agosto de 2010 el Tribunal, por mayoría de 8 votos contra 3, se expidió a favor de la constitucionalidad del matrimonio igualitario, por lo cual el debate habría quedado zanjado (cfr. <http://noticias.terra.com.ar/suprema-corte-mexicana-declara-constitucional-matrimonio-gay,c683f25ca844a210VgnVCM20000099f154d0RCRD.html>, compulsada el 7 de agosto de 2010).

²⁷ Un excelente análisis de cómo Portugal llegó a la sanción de esta legislación se podrá ver en el trabajo de JOSÉ M. L. VILLAVERDE sobre “Las uniones de hecho (del mismo y distinto sexo) y su consideración como familia en Portugal: una visión a la luz del artículo 36 de la Constitución de la República Portuguesa”, que saldrá en el número 48 de la *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, que edita Abeledo-Perrot.

modificaciones introducidas por la presente ley no implican la admisibilidad legal de la adopción, en cualquiera de sus modalidades, por personas casadas con un cónyuge del mismo sexo”. Para reafirmar esta prohibición, en el apartado 2 se afirma que “ninguna disposición legal en materia de adopción puede ser interpretada en sentido contrario a lo dispuesto en el número anterior”.

La legislación belga, que extiende la figura del matrimonio a las parejas del mismo sexo en 2003, excluía por aquel entonces tanto la adopción conjunta como la de integración (por parte del cónyuge del mismo sexo); esta restricción fue sorteada en una ley posterior sancionada en 2006 por un voto de diferencia (34 a favor, 33 en contra y 2 abstenciones).

A nivel estadual, el Distrito Federal en México sancionó el 21 de diciembre de 2009 la ley que reconoce el matrimonio con independencia de la orientación sexual de sus integrantes. Este reconocimiento se desarrolla en el marco de una reforma más integral de varias normas del Código Civil y Procesal Civil para el Distrito Federal. En primer lugar se reforma el artículo 146 del Código Civil, que ahora reza: “Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente código”. En materia de adopción se reforma el artículo 391, el que observa el siguiente texto:

Los cónyuges o concubinos podrán adoptar, cuando los dos estén conformes en considerar al adoptado como hijo y aunque sólo uno de ellos cumpla el requisito de la edad a que se refiere el artículo anterior, pero siempre y cuando la diferencia de edad entre cualquiera de los adoptantes y el adoptado sea de diecisiete años de edad cuando menos. Se deberán acreditar, además, los requisitos previstos en las fracciones del artículo anterior.

Cierra el articulado expresando: “Para los efectos de este artículo, no procede la adopción cuando los cónyuges o concubinos sean del mismo sexo”.

Una primera conclusión: la gran mayoría de las legislaciones que receptan el matrimonio igualitario admite o permite —no habrían encontrado razones para excluir *a priori*— la adopción conjunta por parejas del mismo sexo.

b. Países que regulan las uniones igualitarias y permiten la adopción conjunta

Las legislaciones que habilitan la adopción a las parejas convivientes del mismo sexo pertenecen al derecho europeo, siendo “un producto típico de los parti-

MARISA HERRERA

dos social demócratas del norte de Europa, en alianza con las organizaciones homosexuales”.²⁸

Con esta afirmación general, se observa una gran cantidad de países que regulan las uniones convivenciales, admitiéndose la adopción; sin embargo, varias de ellas comenzaron prohibiendo la adopción y después modificando esta postura restrictiva. En este grupo se encuentra Dinamarca, que, como es sabido, fue el primer país en legalizar este tipo de núcleo familiar en su ley *The Danish Registered Partnership Act*, del 1o. de octubre de 1989, y cuya reforma en 1999 habilitó la adopción por parte de un conviviente, de los hijos del otro miembro de la pareja. Suecia, en su *Registered Partnerships Act*, de 1994, tampoco permitía la adopción hasta su reforma de 2003. Holanda, en 1998, sanciona su ley de “contrato de convivencia registrada”, donde en materia de responsabilidad parental se permite que un miembro de la pareja pueda compartir el ejercicio de la autoridad parental del hijo de uno de ellos bajo determinadas condiciones: autorización expresa del padre o madre biológicos, si éstos estuvieran vivos o fueren conocidos, o mediante autorización judicial según las circunstancias del caso, admitiéndose también el ejercicio conjunto cuando un niño nace de una pareja lesbiana registrada mediante el uso de técnicas de fertilización asistida. En materia de adopción, es a partir de la reforma de 2001 que queda habilitada la adopción de integración, así como la adopción conjunta. Alemania, en 2001, sanciona su ley para la supresión de la discriminación de las parejas homosexuales, otorgándole a las parejas del mismo sexo registradas efectos similares al matrimonio, incluso la nacionalidad, pero exceptuándolas del campo de la adopción, tutela, patria potestad y la procreación asistida.

El panorama español es más complejo, ya que obliga a realizar un análisis sobre el desarrollo legislativo en cada una de las comunidades autónomas, que son las que regulan las uniones de hecho. Algunas permiten la adopción, otras la prohíben y otras, como la de Asturias de 2002,²⁹ Andalucía de 2002³⁰ y Ex-

²⁸ MOLINER NAVARRO, ROSA M., “El matrimonio de personas del mismo sexo en el derecho comparado”, en Consejo General del Poder Judicial. Escuela Judicial, *Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2006, p. 228.

²⁹ La Ley 4/2002 del 23 de mayo dispone en su artículo 8o. referido al “Acogimiento familiar de menores” que “los miembros de una pareja estable podrán acoger a menores de forma conjunta siempre que la modalidad del acogimiento sea simple o permanente, de acuerdo con la legislación aplicable”; entendiéndose por pareja estable “la unión libre y pública, en una relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su sexo, de dos personas mayores de edad o menores emancipadas sin vínculo de parentesco [...]” (artículo 3.1).

³⁰ La Ley 5/2002, que entiende por parejas de hecho a la unión de dos personas con independencia de su opción sexual, establece en su artículo 9o. sobre “Acogimiento familiar” que “los componentes de las parejas de hecho podrán iniciar ante la Administración de la Junta de Andalucía, de forma conjunta, los procedimientos para la constitución de acogimientos familiares simples o permanentes. A efectos de lo dispuesto por el artículo 33 de la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor, en relación con los criterios de valoración de idoneidad

tremadura de 2003,³¹ habilitan sólo la figura del acogimiento familiar, pero no la adopción. Entre las que sí lo hacen se encuentran las leyes de parejas estables de Navarra de 2000,³² del País Vasco de 2003³³ y de Euzkadi de 2003,³⁴ por citar algunas. Es dable destacar que la ley de Aragón de 1999, reformada en 2004, en un primer momento circunscribía la adopción conjunta a las parejas heterosexuales y tras dicha reforma la amplió a las parejas del mismo sexo, observando en la actualidad su artículo 10 que “las parejas estables no casadas podrán adoptar conjuntamente”, es decir, se le quitó la palabra “heterosexuales” después de “no casadas”. Como ejemplo de ley de parejas de hecho que, en un principio, reconocía esta figura con independencia del sexo de sus integrantes, pero excluía la adopción, es la Ley catalana de Uniones Estables de Pareja 10/1998, que en su artículo 6o. decía: “los miembros de la pareja heterosexual estable pueden adoptar en forma conjunta”, por ende, quedaban fuera de este derecho las parejas del mismo sexo. Esta normativa fue derogada por la Ley 3/2005³⁵ del 8 de abril,

aplicados en dichos procedimientos, en ningún caso podrá ser utilizado como factor discriminatorio la opción o la identidad sexual de los solicitantes”.

³¹ La Ley 5/2003 disponen en su artículo 8o. que “1. Teniendo en cuenta que es competencia de la Junta de Extremadura, la función tuitiva de los derechos de la infancia, así como todas las actuaciones en materia de tutela, acogimiento y adopción de menores, los miembros de la pareja de hecho podrán acoger de forma conjunta con iguales derechos y deberes que las parejas unidas por matrimonio, siempre que la modalidad del acogimiento sea simple o permanente, de acuerdo con la legislación aplicable. 2. En los casos de disolución de una pareja de hecho, en vida de ambos miembros, que hubiere recibido en acogimiento familiar administrativo a un menor de edad, en lo relativo a la guarda y custodia de éste se estará a lo que disponga, en interés del menor, la entidad pública competente en materia de protección de menores. En los supuestos de acogimientos familiares judiciales, decidirá el Juez a propuesta de la entidad pública”.

³² La Ley Foral 6/200 del 3 de julio dispone en su artículo 8o. sobre la “Adopción” que “1. Los miembros de la pareja estable podrán adoptar de forma conjunta con iguales derechos y deberes que las parejas unidas por matrimonio. 2. Se adecuarán las disposiciones normativas forales sobre adopciones y acogimiento para contemplar el modelo de familia formado por parejas estables”.

³³ La Ley 2/2003, además de permitir el acogimiento familiar (artículo 7o.), en su artículo 8o. regula tanto la adopción conjunta como de integración en los siguientes términos: “1. Los miembros de parejas formadas por dos personas del mismo sexo podrán adoptar de forma conjunta, con iguales derechos y deberes que las parejas formadas por dos personas de distinto sexo y las parejas unidas por matrimonio. 2. La hija o hijo adoptivo o biológico de una de las partes de la pareja tendrá derecho a ser adoptado por la otra parte”.

³⁴ La Ley 2/2003 dispone en su artículo 8o. “De la adopción” que “1. Los miembros de parejas formadas por dos personas del mismo sexo podrán adoptar de forma conjunta, con iguales derechos y deberes que las parejas formadas por dos personas de distinto sexo y las parejas unidas por matrimonio. 2. La hija o hijo adoptivo o biológico de una de las partes de la pareja tendrá derecho a ser adoptado por la otra parte”. En su exposición de motivos, en lo relativo a esta postura legislativa favorable a la adopción, se expresa: “El capítulo III regula la adopción y el acogimiento familiar de menores, así como el régimen sucesorio aplicable a las parejas inscritas. En el primer caso, se trata de poner fin a la discriminación que padecen únicamente las parejas compuestas por dos hombres o dos mujeres, que son las que se ven privadas en el actual ordenamiento jurídico de la posibilidad de adoptar o acoger conjuntamente”.

³⁵ Esta normativa, en su preámbulo, recuerda que “el ordenamiento civil catalán fue el primero en el Estado español de alinearse con las entonces incipientes corrientes prelegislativas y legislativas que, en el ámbito de las parejas de hecho, empezaban a aflorar en los ordenamientos de nuestro entorno geográfico y cultural. Así, ya el preámbulo de la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja, reconocía que, aparte del matrimonio, en la sociedad catalana había otras formas de unión en convivencia de carácter estable, tanto heterosexuales como homosexua-

MARISA HERRERA

que modificó varias leyes, entre ellas la 10/1998, destacando en su Preámbulo las razones del cambio de 180 grados en materia de adopción conjunta por parejas del mismo sexo:

Ahora, la presente ley da un paso adelante y elimina dicha restricción legal a la adopción por parejas homosexuales, en el marco de lo que dispone la Resolución del Parlamento Europeo de 4 de septiembre de 2003, sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea, la cual reitera en este punto la Resolución de 8 de febrero de 1994, sobre la igualdad de los derechos de los gays y las lesbianas en la Comunidad Europea, que insta a los estados miembros a velar por la aplicación del principio de igualdad de trato, con independencia de la orientación sexual de las personas interesadas, en todas las disposiciones jurídicas y administrativas.

Como cierre de este segundo subapartado, no podemos dejar de lado una de las pocas experiencias legislativas integrales que regulan las parejas de igual y diverso sexo en la región latinoamericana. Nos referimos a Uruguay, que si bien en su Ley de Uniones Concubinarias, Ley No. 18.246, publicada en el *Diario Oficial* del 10 de enero de 2008, pretendió eludir la cuestión de la adopción; si lo había hecho en su Ley No. 18.590 de 2009, mediante la cual se introdujeron varias modificaciones sustanciales a la institución de la adopción, de manera “solapada”. Es que nada se dice de manera puntual sobre la adopción homoparental, pero al extenderse la posibilidad de adoptar a los matrimonios o concubinos sin especificarse nada con respecto a la orientación sexual de sus integrantes, se presumiría que tanto los concubinos de diverso sexo como los de mismo sexo se encontrarían incluidos.

c. Países que regulan las uniones igualitarias pero excluyen o restringen la adopción

202

Amén de las legislaciones ya citadas donde en un primer momento prohibían la adopción conjunta, ahora sería minoritaria este tipo de normativa, citando sólo a modo de ejemplo la legislación portuguesa. Portugal reguló de manera integral las parejas convivientes en su Ley No. 135/1999, que sólo se refería a las inte-

les, y que en los últimos años habían aumentado. Además, señalaba que este aumento se había producido de una forma paralela al crecimiento de la aceptación que todas estas otras formas tenían en nuestra sociedad. En cuanto a la adopción, sin embargo, la Ley se mantuvo en las mismas coordenadas que el Código de familia, y limitó tanto la adopción conjunta como la de los hijos del conviviente al matrimonio y a las parejas formadas por un hombre y una mujer”.

gradas por personas de diverso sexo. Fue la Ley No. 7/2001 la que extendió esta figura a las parejas del mismo sexo, pero vedándoles la adopción (artículo 7o.).

4. Adopción por parejas del mismo sexo: diferentes supuestos jurídicos

Uno de los temas más arduos que involucran los derechos del niño en la familia, desde una concepción amplia de esta última, como se viene sosteniendo y reafirmando, es el de la adopción por parejas del mismo sexo.

La cuestión de la adopción y la orientación sexual encierra diferentes supuestos, como son: 1) la adopción unipersonal, donde quien pretende adoptar es homosexual; 2) la adopción de integración, es decir, la adopción por parte de una persona del hijo o hijos biológicos o adoptivos de su pareja del mismo sexo, y 3) la adopción conjunta por dos personas del mismo sexo, sean matrimoniales o unidas de hecho o convivencial. Todas estas categorías, con mayor o menor entidad, han sido causa de un trato discriminatorio en razón a la orientación sexual de sus miembros. En este orden analizaremos cada uno de estos supuestos.

A) La adopción unipersonal por persona homosexual

En materia de adopción unipersonal por persona homosexual, cabe recordar que muchas legislaciones permiten la adopción por persona sola, por lo cual, si se prohíbe de manera general y *a priori* el vínculo filial en atención a la orientación sexual del solicitando, se estaría incurriendo en un trato discriminatorio. Lo cierto es que este trato discriminatorio acontece en la realidad cuando se analiza la calidad y cualidad de los pretendientes adoptantes. ¿Incide en los operadores del derecho la orientación sexual del pretense adoptante?, ¿la práctica jurídica y los prejuicios de los operadores son los mismos cuando se trata de un pedido de adopción unipersonal proveniente de una mujer que de un hombre?

Interrogantes de este mismo tenor se plantea Eva GIBERTI cuando, a raíz del estudio de la adopción monoparental, a la cual considera una tipología “excepcional”, se pregunta de manera incisiva: “¿Con qué derecho yo privo a este niño de una familia normal? Sabemos que aquella historia de la «familia normal» tropieza en los entretiempos de la historia. Las organizaciones familiares han modificado la rígida esterotipia tradicional, entendida como la mejor, para dar

paso a otras formas de convivencia. Padre, madre, hijos y abuelos consanguíneos de ninguna manera garantizan el bienestar de una criatura”.³⁶

Parecería que si una mujer sola pretende adoptar, ello estaría bien visto al responder a la idea tradicional del “instinto maternal” o el “deseo natural de ser madre”. Por el contrario, que un hombre solo pretenda adoptar, y así criar a un niño, sería visto con cierto recelo o desconfianza. ¿Por qué o de qué? Que sea homosexual, sería considerado un elemento contundente de carácter negativo para evaluar las “*condiciones, cualidades morales y personales del o de los adoptantes*” (artículo 321, inciso d), en palabras que utiliza la Ley No. 24.779. ¿Acaso una mujer sola que está inscrita en el correspondiente registro no podría ser lesbiana? Una vez más, parecería que la condición de mujer tendría, *a priori*, una mirada más contemplativa por parte de los operadores que intervienen en los procesos de adopción.

Este tratamiento diferencial *de facto* que se observa dentro de la adopción unipersonal cuando se trata de un hombre o de una mujer queda explicitado en la ley paraguaya de adopción, Ley No. 1136/97, al expresar en su artículo 10 que “tendrán preferencia en igualdad de condiciones los matrimonios, las uniones de hecho y las mujeres. Los cónyuges deberán tener tres años de matrimonio y las uniones de hecho cuatro años de vida en común como mínimo”. Amén de la inconstitucionalidad que se deriva de la diferencia legal en el plazo o cantidad de años de convivencia, según se haya pasado o no por el registro civil, este articulado también muestra un manifiesto trato discriminatorio al excluir a los hombres solos de la posibilidad de adoptar.

Nuevamente apelando a la perspectiva psicológica, Eva GIBERTI advierte que la adopción unipersonal por parte de un hombre es considerada diferente que la de una mujer. Al respecto, señala: “No encontramos el mismo fenómeno cuando el pretenso adoptante es un varón. La atención que recibe su solicitud corresponde a las convenciones de cada región, pero, teniendo en cuenta la eficacia de las canónicas patriarcales, podemos inferir que un hombre «solo» no será clasificado como sujeto que exhibe algo faltante”. Y agrega: “Alguna sospecha pueda acompañar el hecho, imaginándolo como alguien que busca corromper al niño, particularmente si solicita adoptar una criatura «mayor» (cuatro o cinco años). No hay razones lógicas para tal sospecha”.³⁷ Por lo cual, en este contexto una normativa como la paraguaya no encontraría una causa de justificación razonable y objetiva para establecer un orden de prioridad y además vedar a

³⁶ GIBERTI, EVA, *Adopción siglo XXI. Leyes y deseos*, Buenos Aires, Sudamericana, 2010, p. 240.

³⁷ *Ibidem*, pp. 239 y 240.

ciertas personas (hombre solo) la posibilidad de formar una familia a través de la figura de la adopción.

Precisamente, este derecho a la vida familiar que establece el artículo 8o. de la Convención Europea de Derechos Humanos fue puesto en debate ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en dos oportunidades donde se analizaba la adopción unipersonal por parte de una persona homosexual. El primer caso fue Fretté contra Francia del 26 de febrero de 2002. Se trataba de un docente parisino de 47 años, soltero y homosexual, que formuló un pedido de autorización para la adopción de un “pupilo del Estado”. El Servicio de Protección de la Infancia de París rechazó el 3 de mayo de 1993 la petición, ante la “ausencia de referencia materna constante” y en “las dificultades de éste para proyectar en lo concreto los trastornos ocasionados por la llegada de un hijo”, a pesar de que el informe social atribuía al señor Fretté “cualidades humanas y educativas ciertas” y se afirmaba que “un menor probablemente sería feliz con él”. Ante la negativa de los tribunales estatales de reconocerle el derecho a adoptar, llega el caso a la máxima autoridad judicial regional en materia de derechos humanos, que por 4 votos contra 3 rechazó la demanda, fundado en los siguientes argumentos:

- a) La Convención Europea no garantiza un derecho de adoptar sino el derecho al respeto de la vida familiar, lo que presupone la existencia de una familia y no protege el simple deseo de fundarla.
- b) Que el rechazo de la petición no afectaba el derecho del requirente al libre desarrollo y expansión de su personalidad ni a la manera de llevar su vida, especialmente su vida sexual.
- c) Que es admisible que el motivo determinante del rechazo fuese la homosexualidad del solicitante, ya que ello “perseguía un motivo legítimo” al proteger la salud y los derechos de los niños que pueden ser adoptados, y por ende se encontraría justificado un tratamiento diferenciado.
- d) Que los Estados contratantes gozan de cierto margen de apreciación para determinar si las diferencias entre unas situaciones y otras análogas justifican distintos tratamientos jurídicos, y en su caso en qué medida; y que para analizar este margen de apreciación que varía según las circunstancias, campos y contextos, puede constituir un factor pertinente la presencia o ausencia de un denominador común a los sistemas jurídicos de los Estados contratantes, que no existe en esta materia, sobre la cual habría profundas divergencias de opinión que pueden razonablemente existir en un Estado democrático.

Sin embargo, esta postura restrictiva sufrió un cambio de 180 grados en el “Caso E. B.” del 22 de enero de 2008, donde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos condena a Francia al pago de 10,000 euros en concepto de daño moral y 14,000 en concepto de costas, a una mujer lesbiana de 45 años de edad que pretendía adoptar a una niña (adopción unipersonal) pero fue negada en atención a su orientación sexual. Aquí la Gran Sala de este Tribunal consideró, por el voto de 10 contra 7, que Francia violó los artículos 8o. (derecho a la vida familiar) y 14 (no discriminación), por lo cual, la postura actual es la orientación sexual de una persona no puede ser el motivo que le impida alcanzar la paternidad/maternidad a través de la institución de la adopción. Cambio que se ha visto reforzado en el caso *Schalk y Kopf* contra Austria del 24 de junio de 2010, donde el Tribunal en análisis, si bien no hizo lugar a la petición de los demandantes de responsabilidad a Austria por no permitir el matrimonio a las parejas del mismo sexo, dejó en claro que dicha petición involucraba el derecho “a la vida familiar” —y no sólo el derecho a la vida íntima— de los solicitantes, reconociéndoles a las parejas del mismo sexo este derecho a formar una familia.³⁸

Este resonado precedente que presenta la jurisprudencia del máximo tribunal regional europeo en materia de derechos humanos es elocuente a los fines de defender desde el plano jurídico, a través de diversos argumentos, la necesidad de que en la práctica los operadores cumplan las leyes que efectivamente —salvo excepciones, como la mencionada legislación paraguaya— permiten la adopción unipersonal con total independencia de la orientación sexual de los pretensos adoptantes.

Como lo hemos advertido en otra oportunidad cuando analizamos en profundidad la cuestión de la adopción unipersonal por mujer sola, donde “hemos intentado reflejar las dificultades (especialmente de orden ideológico) con las que se enfrentan las mujeres que desean ser madres por medio de la adopción en el campo del derecho, aun cuando la doctrina se manifieste a favor de esta posibilidad y la legislación habilite la adopción unipersonal (incluso como principio general)”,³⁹ ahora sería oportuno ampliar esta mirada crítica a la adopción unipersonal por hombres solos, quienes se encontrarían en una situación de

³⁸ Esta sentencia, y en particular esta cuestión en torno al derecho a la vida familiar de las parejas del mismo sexo en los mismos términos que las integradas por personas de diverso sexo, ha sido analizada con mayor amplitud por KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA y HERRERA, MARISA, “El principio de no discriminación en una reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una cuestión en movimiento desde el ámbito regional y una responsabilidad desde el ámbito estatal”, *Revista La Ley*, 6 de julio de 2010, pp. 3 y ss.

³⁹ HERRERA, MARISA y SPAVENTA, VERÓNICA, “La filiación adoptiva como causa fuente de monoparentalidad- desmonoparentalidad”, en GROSMAN, CECILIA O. (dir.) y HERRERA, MARISA (coord.), *Familia monoparental*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2008, p. 325.

mayor “dificultad” que la alegada en aquella oportunidad en torno a las mujeres solas. Y la principal razón de ello no sería otra que la reiterada homofobia.

B) Adopción de integración o integrativa

La segunda categoría que nos interesa analizar se refiere a un tipo especial de adopción unipersonal: la adopción de integración o integrativa, ya sea del hijo biológico o adoptivo del otro miembro de una pareja del mismo sexo.

Como se adelantó, esta modalidad ha tenido un desarrollo jurisprudencial y legislativo intenso en el campo de la adopción homoafectiva. Precisamente por fuerza de la realidad, es decir, los vínculos afectivos de hecho generados entre un niño y la pareja del mismo sexo de uno de sus progenitores, en la justicia de diversos países se presentaron varias solicitudes de adopción unipersonal por parte de esta persona. ¿Qué ha dicho la jurisprudencia?, ¿acaso el derecho puede “prohibir” o ignorar los lazos afectivos? Como veremos, las voces jurisprudenciales a favor han tenido un papel importante en el reconocimiento y aceptación de este tipo de adopción homoafectiva.

Es sabido que la condición, o al menos la forma de vida, de una persona heterosexual-homosexual, o sea, primero una y después la otra, es posible. En consonancia con ello, se conocen en el plano jurisprudencial varias historias de hombres o mujeres que mantuvieron una relación con otra persona del sexo opuesto, tuvieron hijos en común y tras la separación, uno de ellos volvió a formar pareja con una persona del mismo sexo. Este nuevo integrante vendría a formar parte de lo que hoy se conoce como “familia ensamblada”,⁴⁰ forjando vínculos de cuidado, manutención y educación con los hijos de su pareja. Justamente este tipo de organización familiar, analizado desde la perspectiva de la orientación sexual de los adultos, ya es vislumbrado y analizado en la doctrina especializada. Al respecto, se ha expresado:

En la actualidad podemos decir que el mayor número de supuestos proceden de situaciones de crisis matrimonial y de maternidad extramatrimonial y ya, en menor medida, de viudez. Y todo ello sin olvidar aquel sector de parejas homosexuales que conviven con hijos de uno de sus miembros, ya sean fruto de una precedente unión

⁴⁰ Esta forma de organización familiar ha sido estudiada con la profundidad y actualidad que la caracteriza por CECILIA GROSMAN en varias oportunidades, siendo una bibliografía de referencia obligada su obra *Familias ensambladas*, de Editorial Universidad, Buenos Aires, 2000. Y de manera más reciente la obra del brasileño WALDY GRISARD FILHO, *Familias reconstituidas. Novas uniões depois da separação*, 2a. ed., São Paulo, Editora Revista Dos Tribunais, 2010.

MARISA HERRERA

heterosexual, concebidos de técnicas de reproducción asistida o adoptados por uno de ellos (homoparentalidad).⁴¹

Estados Unidos es uno de los tantos ejemplos en donde la adopción de integración homosexual ha tenido su reconocimiento jurisprudencial antes que el legislativo en algunos estados. Al respecto, se ha afirmado que “los tribunales de 21 estados aprobaron la llamada *second parent adoptions*, o adopción por la pareja del mismo sexo del hijo biológico o también adoptado”.⁴² Más allá del dato numérico (21 estados), lo cierto es que es interesante cómo la cuestión de la adopción de integración en parejas del mismo sexo se desarrolló en Estados Unidos bajo conceptos propios de las “familias ensambladas”, al aludirse a la noción de *second parent* que se podría traducir, según la doctrina argentina, como “*padre afín*”.

Otra de las situaciones fácticas más comunes que daría origen a la adopción de integración homoafectiva se deriva del uso de las técnicas de procreación asistida. Se trata de parejas constituidas por dos mujeres, donde una de ellas se somete a las técnicas de reproducción asistida (ya sea con óvulos propios o de su pareja y material genético masculino de donante anónimo o de un tercero conocido) y la otra solicita la adopción del niño que hasta ese momento sólo tiene filiación materna con quien lo dio a luz.

Esto es lo que aconteció en la resonada sentencia española dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Pamplona el 22 de abril de 2004, tiempo antes de la sanción de la Ley núm. 13/2005 que reconoce el derecho a contraer matrimonio a las parejas del mismo sexo.⁴³ Como se expresa al comentar este antecedente: “la primera adopción que se solicitó en el seno de una pareja homosexual fue la del hijo biológico de una de las dos integrantes de la pareja”. En este caso, fundado en la Ley Foral No. 6/2000 del 3 de julio, de Igualdad Jurídica de las Parejas Estables, y el artículo 8o. citado de la Ley de Parejas de Hecho, se afirma en el fallo que

⁴¹ TAMAYO HAYA, SILVIA, *El estatuto jurídico de los padrastros. Nuevas perspectivas jurídicas*, Madrid, Reus, 2009, p. 20.

⁴² ARISTON BARION PERES, ANA PAULA, *A adoção por homossexuais. Fronteiras da Família na Pós- modernidade*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 205.

⁴³ Esta aclaración es sustancial. Es que a raíz de la sanción en España de la Ley de Matrimonio Igualitario y normativa posterior tendente a adecuar varias instituciones del derecho civil a esta modificación sustancial, no es necesario que la pareja de la madre peticione la adopción del hijo nacido mediante la utilización de técnicas de procreación asistida. En este sentido, la Ley 3-2007 de Rectificación Registral de Cambio de Sexo aprovechó también para dejar en claro qué acontece con la presunción de filiación de la cónyuge de la madre que da a luz. Así, se propone adicionar como apartado 3 al artículo 7o. de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida el siguiente texto: “3. Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido”. Fácil se advierte que la figura de la adopción ya no cumple ningún papel en este contexto.

[...] si el legislador navarro está permitiendo la adopción conjunta por parejas homo-sexuales, difícilmente se puede encontrar sentido a una exclusión de la adopción por el compañero/a del padre o madre adoptivo del hijo/a/s de éste, o por la compañera de la madre biológica, del hijo/a/s de ésta, en tales supuestos de maternidad o paternidad previa individual cuando para acceder a ésta la propia legislación común lo permite con independencia de la identidad sexual o convivencia con pareja del mismo sexo.

Por lo tanto, se otorgó la adopción a favor de la compañera de la madre biológica de dos niñas gemelas, siendo que en la realidad las pequeñas ya vivían con su madre y su pareja, aquí solicitante de la adopción. Es decir, no se hizo más que regularizar la situación fáctica y afectiva ya existente o preexistente.⁴⁴

Asimismo, cabe traer a colación la sentencia del Superior Tribunal de Justicia (STJ) brasileño del 27 de abril de 2010 que confirmó lo dispuesto en las instancias anteriores por tribunales gaúchos que otorgaban la adopción a la pareja de la madre adoptiva de dos niñas. El Ministerio Público regional recurrió la decisión, alegando que la unión homosexual es apenas una “sociedad de facto”, por lo que la adopción violaría la ley brasileña, que obliga a las parejas a estar casadas o a demostrar ante la justicia que se trata de una unión estable para poder adoptar.

El STJ, última instancia de la justicia brasileña para las causas que no afectan artículos de la Constitución, sienta una importante jurisprudencia al confirmar lo decidido en las instancias anteriores. Se destacó en el fallo que se trataba de una relación afectiva que databa de 1998; que la solicitante, efectivamente, ya vivía con las niñas, brindándoles afecto, asistencia, educación, incluso apoyo económico, y que reconocer la existencia de un vínculo jurídico a la relación de facto les “darían más garantías y beneficios a los niños, en el plano de la salud y pensión en caso de separación o fallecimiento”. Asimismo, se puso de resalto que “estudios no indican cualquier tipo de inconveniencia en que las niñas sean adoptadas por una persona homosexual, importando más las cualidades del vínculo de afecto y el medio familiar en los que serán insertas”.⁴⁵

⁴⁴ HUADE SÁNCHEZ, JOSÉ JAVIER, “La adopción por parejas del mismo sexo”, en Consejo General del Poder Judicial, *op. cit.*, pp. 306 y ss.

⁴⁵ Otra experiencia que abrió el debate en el derecho brasileiro es la sentencia del 30 de octubre de 2006 dictada por Sueli Alonso, jueza segunda de la infancia y la juventud de la ciudad de Catanduva en el estado de San Pablo, que obligó al Registro Civil a emitir un certificado de nacimiento para una niña de 5 años que ya vivía con una pareja integrada por dos hombres, a favor de éstos, sin especificar quién era el padre ni la madre. La niña había sido registrada como hija de un peluquero de 38 años, y de este modo se extendió un certificado que la identifica también como hija de su pareja del mismo sexo. Como se dice en una nota periodística trayendo a colación palabras del abogado: “Si hubiesen tramitado la adopción como una pareja, probablemente Theodora no estaría con ellos ahora” (<http://www.terra.com.pr/noticias/articulo/html/act655832.htm>, compulsada el 11 de agosto de 2010).

Desde el plano legislativo, varios países permiten la adopción del hijo biológico de un *partner* por el otro *same sex partner*, siendo un supuesto más de *step child-adoption*, como son: Finlandia, Groenlandia, Islandia, Noruega, Dinamarca, Alemania, Israel, varios estados de Canadá (Ontario, Columbia Británica, Saskatchewan, Nueva Escocia, Manitoba, Terranova y Labrador, los Territorios del Noroeste, Quebec y Nuevo Brunswick) y de los Estados Unidos (Columbia, Nueva Jersey, Nueva York, Indiana, Maine, California, Connecticut, Illinois, Massachusetts, Oregon y Vermont).

C) La adopción conjunta

Como hemos expresado cuando analizamos el panorama legislativo, la adopción conjunta por dos personas del mismo sexo puede ser de dos tipos: matrimonial o extramatrimonial, fundada en una unión estable, civil, de hecho, pareja registrada o convivencia de pareja, según la denominación y regulación que se le otorgue en los diferentes países.

Esta clasificación no sería baladí tratándose de la adopción, en atención a la siguiente aseveración: “la diferencia más notable entre los efectos del matrimonio y los de estas «uniones civiles» o «uniones registradas» se había centrado en la imposibilidad para los convivientes vinculados por estas uniones de adoptar menores”;⁴⁶ sin embargo, continúa admitiendo su autora que esta distinción está cediendo, ya que cada vez son más las legislaciones que además de regular las convivencias de pareja, admiten que éstas puedan adoptar de manera conjunta.

Como también hemos puesto de manifiesto, la gran mayoría de los países que regulan o receptan el matrimonio igualitario habilita la adopción, por lo cual ésta es permitida a toda pareja casada con independencia de su orientación sexual.

Por el contrario, el mapa referido a la adopción conjunta por dos personas convivientes no casadas se muestra mucho más complejo. Sucede que aquí se debe tener en cuenta o relacionar el tema con el tipo de regulación (con mayor o menor extensión) en torno a las convivencias de pareja. Es decir, si se asemejan al matrimonio, y por ende se les reconoce una amplia gama de derechos, o si, por el contrario, sólo algunos, y más de carácter patrimonial, fundados en la noción de autonomía de la voluntad.

Tan es así que la doctrina ha elaborado varios modos de clasificar las distintas tipologías de leyes en torno a las parejas convivientes, destacando en este trabajo la siguiente:

⁴⁶ *Ibidem*, p. 42.

- 1) “Leyes de cohabitación”, donde se les reconocen algunos derechos a los convivientes, sean de igual o diferente sexo.
- 2) “Leyes de parejas mínimas”, que regulan las relaciones estables de pareja basadas en la afectividad, “aunque sin cuestionar la supremacía del matrimonio como modelo institucional”, dándose como ejemplo la conocida figura de los PACS del derecho francés o la Ley de Unión de Hecho de Portugal de 2001.
- 3) “Leyes de parejas máximas”, al equiparar los derechos —o casi todos los derechos, en algunos casos dejando fuera la adopción— que se les reconocen a las parejas casadas, a las no casadas.⁴⁷

De manera sintética, mencionaremos ciertos “hitos” jurisprudenciales en la concesión o denegación de adopciones conjuntas a parejas del mismo sexo.

La experiencia jurisprudencial positiva corresponde a los Estados Unidos, destacándose que el primer antecedente que admitió la adopción conjunta por una pareja del mismo sexo aconteció en el estado de New Jersey, en un fallo del 21 de diciembre de 1997. Como se afirma: “Este fue el primer estado norteamericano en permitir que gays, lesbianas y parejas homosexuales que no estuviesen formalmente casados, adopten niños sobre las mismas bases establecidas para las personas legalmente casadas”.⁴⁸

La mirada negativa o restrictiva fue la que se expuso en la sentencia C-814/01 de la Corte Constitucional colombiana, cuya decisión se centraba en determinar “si la no inclusión de las parejas homosexuales dentro de la autorización para adoptar conjuntamente, constituye una omisión legislativa inconstitucional por violación del principio de igualdad, que deba conducir a un fallo integrador”. La respuesta fue contraria a los intereses de los peticionantes, dándose diversas razones. Entre ellas, la idea de “moral social”, recordándose lo expresado por la misma Corte en un precedente anterior (T-290/1995), donde se dijo:

Es cierto que el niño tiene derecho a vivir en el seno de una familia, y resulta inobjetable, además, que en un Estado pluralista y protector de la diversidad, como es el Estado colombiano, no existe un único tipo familiar digno de protección, sino que se reconoce igualmente a la familia proveniente de vínculos jurídicos como a

⁴⁷ MOLINER NAVARRO, ROSA M., *op. cit.*, pp. 221 y ss. Otra clasificación que también proviene del derecho español es la siguiente: 1) Leyes de parejas “de máximos”, que serían aquellas leyes que buscan la equiparación con el matrimonio; 2) Leyes de parejas “de mínimos”, que serían aquellas leyes que, “pudiendo otorgar derechos frente a la descendencia (presente y futura), deciden no hacerlo (cohabitacionales)”; 3) Leyes de uniones civiles homosexuales, y 4) Matrimonio homosexual (FLUITERS CASADO, RAFAEL, “Adopción por parejas del mismo sexo. Una perspectiva judicial”, en Consejo General del Poder Judicial, *op. cit.*, pp. 362 y 363).

⁴⁸ ARISTON BARION PERES, ANA PAULA, *op. cit.*, p. 205.

MARISA HERRERA

aquella formada por lazos naturales o afectivos. Sin embargo, no es menos cierto que los niños tienen derecho a gozar de la asistencia necesaria para lograr un adecuado desarrollo físico, mental, moral y social, y que a falta de los padres o de las personas legalmente obligadas a dispensarle al menor esta asistencia [...] es el Estado el obligado a asumir directamente su cuidado o a confiarlo, mediante la adopción, a personas cuya idoneidad ha de calificar según criterios axiológicos ajustados al orden constitucional.

En consonancia con ello, se concluyó que

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 la familia, y que la familia que el constituyente protege es la heterosexual y monogámica, como anteriormente quedó dicho.

En el campo de la adopción conjunta por parte de parejas del mismo sexo se advierte una mayor aceptación, al menos en aquellos países que dieron un paso fundamental al regular las convivencias de pareja del mismo sexo. Como ha quedado expresado, varios países que adoptaron una postura legislativa activa en materia de parejas convivientes, en un primer momento excluían la adopción conjunta.

Para comprender con mayor precisión el análisis de la cuestión en estudio, entendemos necesario hacer algún parangón con lo acontecido en la adopción conjunta por parejas de diverso sexo. Así, de manera general se observa una mayor aceptación o extensión de la adopción conjunta matrimonial a la convivencial (no así en la Argentina todavía, que carece de un texto normativo integral que se dedique a las parejas no casadas de igual o diverso sexo). Es fácil comprender esta mayor flexibilidad en torno a quiénes pueden adoptar, ya que la calidad de tales surge de otros aspectos y no interesaría la mera formalidad de haber pasado o no por el registro civil. Máxime en el contexto social actual, donde el matrimonio dejó de ser sinónimo de estabilidad, acompañado de ordenamientos jurídicos que facilitan y/o flexibilizan los procesos de divorcio,⁴⁹ por lo cual es más sencillo materializar desde el punto de vista jurídico la ruptura del vínculo matrimonial. Esta realidad fáctica y jurídica debería extenderse al

⁴⁹ Un ejemplo elocuente es la reciente Enmienda Constitucional núm. 66, del 13 de julio de 2010, publicada el 14 de julio, mediante la cual se le brinda una nueva redacción al § 6º del artículo 226 de la Constitución de la República Federativa de Brasil, que estipula la disolubilidad del matrimonio civil por divorcio, eliminándose la exigencia de separación jurídica de más de 1 año o la necesidad de probar la separación de hecho por más de dos años, es decir, se quita un elemento central en el régimen jurídico del divorcio, como es el tiempo.

supuesto de adopción conjunta homoparental. En aquellos países que receptan el matrimonio igualitario, y consigo la adopción conjunta, no habría razón o fundamento objetivo alguno para negarle este mismo derecho a las parejas no casadas cuya unión esté regulada.

Ésta es la línea que hemos seguido en el proyecto de ley presentado por los senadores Filmus y Perceval en 2009 tendente a regular en el derecho argentino las convivencias de parejas de igual y diverso sexo, elaborado en el marco de un proyecto de investigación financiado por el CONICET.⁵⁰

Por lo tanto, si la formalidad o no de la pareja, así como la orientación sexual de sus integrantes, no serían obstáculos o fundamentos sólidos, objetivos y no discriminatorios para prohibir la adopción conjunta, la única postura que sortearía el “test de constitucionalidad” sería aquella que habilite la adopción conjunta a toda tipología de familia: casados y no casados, de igual o de diverso sexo. La correcta actitud legislativa no podría ser otra.

5. Apellido e igualdad

A) El apellido en la adopción plena: el artículo 326 del Código Civil

Centrados en las reformas particulares que introduce la Ley No. 26.618, o sea, aquellas modificaciones que se detienen en conflictos específicos y no en cambios terminológicos, una de ellas se refiere al apellido de los hijos en el caso de la adopción homoparental, cuando el artículo 16 dispone sustituir el artículo 326 del Código Civil por el siguiente texto:

El hijo adoptivo llevará el primer apellido del adoptante, o su apellido compuesto si éste solicita su agregación. En caso que los adoptantes sean cónyuges de distinto sexo, a pedido de éstos podrá el adoptado llevar el apellido compuesto del padre adoptivo o agregar al primero de éste, el primero de la madre adoptiva. En caso que los cónyuges sean de un mismo sexo, a pedido de éstos podrá el adoptado llevar el apellido compuesto del cónyuge del cual tuviera el primer apellido o agregar al primero de éste, el primero del otro. Si no hubiere acuerdo acerca de qué apellido llevará el adoptado, si ha de ser compuesto, o sobre cómo se integrará, los apellidos se ordenarán alfabéticamente. En uno y otro caso podrá el adoptado después de los dieciocho años solicitar esta adición. Todos los hijos deben llevar el apellido y la integración compuesta que se hubiera decidido para el primero de los hijos.

⁵⁰ S-1874/09.

MARISA HERRERA

Si el o la adoptante fuese viuda o viudo y su cónyuge no hubiese adoptado al menor, éste llevará el apellido del primero, salvo que existieran causas justificadas para imponerle el del cónyuge premuerto.

Esta reforma merece ciertas reflexiones.

En primer término, y tal como lo hemos observado en otra oportunidad, la nueva redacción no estaría acorde con el principio de igualdad pero de manera inversa, es decir, en desmedro de los cónyuges de diverso sexo en comparación con aquellos del mismo sexo. Y es que a estos últimos se les reconoce una determinada facultad —y también se podría observar una mayor libertad— que se le desconoce a las parejas casadas de diverso sexo, a quienes se les aplicaría el sistema legal “tradicional”, donde el apellido gira en torno a la figura del padre-hombre. Es por ello que mientras se debatía la ley propusimos la siguiente redacción del artículo en análisis:

El texto del proyecto autorizaría para la adopción por parte de un matrimonio conformado por personas del mismo sexo facultades inexistentes para las parejas heterosexuales. De allí que se propone sustituir el artículo 326 proyectado por el siguiente: “El hijo adoptivo llevará el primer apellido del adoptante, o su apellido compuesto si éste solicita su agregación. Si los adoptantes fuesen cónyuges, éstos decidirán qué apellido perteneciente a cada uno de ellos llevará el adoptado y, en su caso, en qué orden. A falta de acuerdo, decidirá el juez, quien podrá utilizar el orden alfabético, entre otras pautas. Si se hubiese convenido o decidido que porte un solo apellido, el adoptado podrá, después de los dieciocho años, solicitar la adición del apellido del otro adoptante. Si el o la adoptante fuese viuda o viudo y su cónyuge no hubiese adoptado al menor, éste llevará el apellido del primero, salvo que existieran causas justificadas para imponerle el del cónyuge premuerto”.⁵¹

De este modo se daría cabal cumplimiento al principio igualitario, y el cambio en el apellido del adoptado en forma plena —situación que regula la normativa en estudio— abarcaría a todos los supuestos de adopción conjunta,⁵² con independencia de la orientación sexual de sus integrantes.

En segundo término, interesa destacar el sistema supletorio que adopta la reforma cuando se trata sólo de cónyuges del mismo sexo que no se ponen de acuerdo sobre el apellido que portará el adoptado en forma plena: el orden al-

⁵¹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA y HERRERA, MARISA, “Matrimonio, orientación sexual y familias. Un aporte colaborativo desde la dogmática jurídica”, *Revista La Ley*, 4 de junio de 2010, pp. 1 y ss.

⁵² Recordar que cuando nos referimos al derecho argentino y se alude a la adopción conjunta a secas, se refiere sólo aquella que es de base matrimonial, siendo que no está permitida la adopción por parejas no casadas, sean éstas de diverso o del mismo sexo.

fabético. ¿Se trata de una variable “neutra”, hábil, para dirimir un conflicto en materia de apellido? Si bien una rápida lectura permitiría afirmar que el orden alfabético podría ser un sistema legal supletorio de carácter “objetivo”, hábil para salir de la “cultura patriarcal” que siempre ha —y todavía continúa— condicionado y monopolizado el régimen jurídico en materia de apellido de los hijos, sean éstos biológicos o adoptivos, lo cierto es que ello no sería así. Y es que aquel cónyuge cuyo apellido se encontrara primero en el alfabeto tendría una mejor situación que el otro. Esta ventaja apañada por la ley la haría valer ante un posible conflicto, y más aún, la loable finalidad de la ley de que los cónyuges del mismo sexo “acuerden” sería, en definitiva, una ficción, porque uno de ellos iría a tal espacio portando un beneficio legal que le permitía imponer su voluntad. ¿Entonces cuál sería la variable que realmente se aprecie “neutra”? El azar. La ley debería prever alguna modalidad que recepte o permita el ingreso de esta variable. En este sentido, Cecilia GROSMAN sostiene:

Quizás una fórmula claramente imparcial para definir el orden a falta de acuerdo, sería el sorteo que podría hacerse al momento de la inscripción en el Registro. Debemos señalar que difícilmente se llegaría a esta situación, ya que los padres seguramente agotarían todos los recursos para ponerse de acuerdo sobre el apellido que portará el hijo.⁵³

En tercer lugar, esta reforma no ha receptado otras modificaciones —y flexibilizaciones— que podría haber sufrido el apellido del adoptado en forma plena a la luz del desarrollo del derecho a la identidad como uno de los principales derechos humanos involucrados cuando se tratan temas referidos a la filiación de una persona y todo lo que ello significa. Seguramente se habrá entendido que no era este el espacio legislativo para introducir cambios como el dejar abierta la posibilidad para que en ciertos supuestos el adoptado pueda mantener o adicionarse el apellido de origen. No sólo porque en el derecho argentino no hay una edad máxima para que un niño o joven pueda ser adoptado en forma plena (por lo cual, podría serlo un niño de 10 años que hasta ese momento portó y forjó una identidad con su apellido de origen), sino también porque en el mismo ámbito normativo se han otorgado adopciones de integración o integrativas en forma plena,⁵⁴ por lo cual podría ser beneficioso para el niño mantener el

⁵³ Esta propuesta legislativa un tanto “novedosa” es analizada por CECILIA GROSMAN en el artículo sobre “El nombre de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales. Un recorrido por los caminos que se presentan. Propuestas de cambio”, en la obra colectiva en homenaje a la doctora Nelly Minyersky (Errepar, en prensa).

⁵⁴ A modo de síntesis, recordamos la siguiente propuesta de *lege ferenda* aprobada por mayoría en las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora los días 27, 28 y 29 de septiembre de 2007: “Es necesario legislar sobre la adopción integrativa del hijo del cónyuge,

apellido de origen de la persona con quien sigue manteniendo un vínculo filial (la madre) y adicionarse el apellido del otro cónyuge —con independencia de la orientación sexual— que lo adopta plenamente.⁵⁵

Con varios comentarios críticos en materia de técnica legislativa y cuestiones de fondo (como no tener en cuenta la sanción de la Ley No. 26.618 y las importantes modificaciones que trae consigo), en un proyecto de ley que pretende introducir reformas sustanciales al régimen de la adopción presentado en 2010⁵⁶ se modifica la cuestión del apellido del adoptado en el que sería el artículo 337 del Código Civil, del siguiente modo:

Modifíquese el artículo 12 de la ley 18.240 [sic]⁵⁷ el que quedará redactado de la siguiente manera: El hijo adoptivo o la hija adoptiva llevará el primer apellido del adoptante, o su apellido compuesto si solicitara su agregación. En caso de que los adoptantes sean cónyuges, a pedido de éstos o de el o la adoptada, podrán llevar el apellido compuesto del padre adoptivo o agregar al primero de éste, el primero de la madre adoptiva. En uno y otro caso, el hijo o la hija adoptados después de los dieciocho (18) años podrá solicitar esta adición, así como la de su apellido de origen ante el Registro del Estado Civil. Antes de los dieciocho años (18) podrán peticionar por solicitud fundada, a través de su abogado de confianza, estas adiciones ante el juez que interviene en su adopción.

B) El apellido en la adopción simple: el artículo 332 del Código Civil

La Ley 26.618 sustituye también la redacción del artículo 322 del Código Civil, referido al apellido en la adopción simple, observando su redacción actual el siguiente texto: “La adopción simple impone al adoptado el apellido del adoptante, pero aquél podrá agregar el suyo propio a partir de los *dieciocho* (18) años.

determinar su naturaleza jurídica, qué supuestos la integran y los efectos que producen. Se propone de *lege ferenda* legislar en materia de adopción integrativa modificando el artículo 313, 2do. párrafo *in fine* del C.C., 323 y 329 del C.C., que incluya la posibilidad de solicitar la adopción plena en los casos de adopción del hijo del cónyuge sin filiación paterna o materna acreditada. Subsistiendo los efectos jurídicos de la filiación jurídica familiar existente”.

⁵⁵ Esta mirada crítica sobre el apellido en la adopción plena ha sido esgrimida y analizada en HERRERA, MARISA, “El derecho a la identidad en la adopción”, capítulo VI dedicado a “El nombre del adoptado” y en particular sobre el tema en estudio, en los apartados 5.3.3.2 y ss. Se aclara que aquí se llevó adelante un análisis “heteronormativo”, es decir, se careció de toda indagación sobre el supuesto de adoptantes del mismo sexo.

⁵⁶ 4751-D-2010, Trámite Parlamentario 086, del 30 de junio de 2010, presentado por los diputados María Luisa Storani, Eliza Beatriz Carca, Elsa María Álvarez, Sandra Rioboo, Jorge O. Chemes, María Virginia Linares, Hugo Castañón, Ricardo Alfonsín, Silvia Storni, Juan Francisco Casañas, Juan P. Tunessi y Horacio R. Quiroga.

⁵⁷ Hay un error en la cita de la ley que se pretende reformar, ya que se está aludiendo a la Ley del Nombre, que es la 18.248.

El cónyuge sobreviviente adoptante podrá solicitar que se imponga al adoptado el apellido de su cónyuge premuerto si existen causas justificadas”.

La reforma en este supuesto de adopción simple habría sido más “clásica” acorde con su estructura general. Se preocupa sólo por la cuestión terminológica y deja de lado los diferentes supuestos fácticos y jurídicos que yacen en la intersección entre adopción simple —y dentro de ella, según lo establece la Ley No. 24.779, la adopción de integración como una tipología especial que sería, en principio, un supuesto de adopción simple— y la igualdad de sexo de los cónyuges. Esto no habría tenido ningún espacio en la Ley No. 26.618.

No sólo se mantiene de manera rígida la edad de 18 años, en que además, en el contexto normativo en el cual se dictó la ley en análisis, ya se adquiere la mayoría de edad de conformidad con la reforma introducida por la Ley No. 26.579, sino que se reafirma el principio, también estricto en mi opinión, acerca de que la adopción simple “impone” al adoptado el apellido del o los adoptantes.⁵⁸

Si bien con ciertos reparos, como los ya esgrimidos, la Ley No. 26.618 en materia de apellido, cuando se trata de adopción plena, habría sido un tanto más “osada” que al abordar la cuestión en la adopción simple.

Esta diferencia legislativa sería contraria a lo que se podría presumir que va a acontecer en la práctica: una mayor cantidad de adopciones de integración de los hijos biológicos —y en menor medida adoptivos— por parte el cónyuge del progenitor del mismo sexo y su carácter simple (*cfr.* artículo 313 del Código Civil), que la adopción plena a favor de un matrimonio del mismo sexo fundado en razones “de homofobia cultural”, de la cual forman parte quienes están encargados por ley de otorgar una adopción.

Veamos el siguiente caso y las interrogantes jurídicas que podrían plantearse. Una mujer mantuvo relaciones con un hombre y tuvo un hijo. El niño sólo tiene filiación materna. Al tiempo, la madre forma pareja con una mujer. Ambas comparten la crianza, educación y cuidado del niño. Deciden contraer matrimonio y después solicitar la adopción de integración del niño. ¿Qué apellido portaría el niño?, ¿el de la madre y su cónyuge? ¿Se mantiene el de origen y se adiciona el adoptivo, no “imponiéndose” el adoptivo?, ¿en qué orden? Si la adopción de integración por tener el niño una sola filiación fuera decretada en forma plena, ¿podría alegarse el orden alfabético como una variable aplicable al caso? Si la adopción fuera simple y al tiempo el llamado “padre biológico” procede a reconocer al niño de conformidad con lo previsto en el artículo 336 del Código Civil, cabría preguntarse qué sucedería con el apellido del niño, además de otros tantos efectos jurídicos. ¿Se aplicaría en este especial supuesto la previsión del

⁵⁸ *Cfr.* HERRERA, MARISA, *op. cit.*

artículo 41 de la Ley No. 26.618 que modifica una normativa que se entendía tácitamente derogada, como lo es el artículo 12 de la Ley No. 18.248?

La Ley No. 26.618 habría abierto nuevas interrogantes y a la vez habría silenciado algunas situaciones fácticas y jurídicas que no tendrían respuesta concreta a la luz de esta normativa. En este contexto, cabría preguntarse qué debería decir el texto legal para evitar ambigüedades, decisiones contradictorias o discrecionales; amén de observar que el entrecruzamiento entre apellido, adopción y orientación sexual es uno de los tantos desafíos que propone una reforma sustancial y revolucionaria como el matrimonio igualitario.

C) El apellido en la adopción... ¿simple, plena o ambas o qué?: la reforma del artículo 12 de la Ley No. 18.248⁵⁹

La Ley No. 26.618 observaría un interés particular por el apellido del adoptado, ya que, como se adelantó, no sólo modifica los artículos 326 y 332 referidos al tema en análisis, sino también un articulado que se consideraba tácitamente derogado, como el artículo 12 de la Ley del Nombre.

Al respecto, cabe recordar que la Ley No. 18.248 de 1969 fue dictada encontrándose vigente la primera ley de adopción, la Ley No. 13.252 de 1948, donde se permitía un único tipo de adopción: la adopción simple. En este contexto, era entendible que se aludiera de manera general al apellido en la adopción “a secas”, ya que sólo había una única tipología. Con la sanción de la Ley No. 24.779 y la regulación del apellido del adoptado de manera precisa para cada uno de los tipos adoptivos (el apellido en la adopción plena en el artículo 326, y en la simple en el artículo 332 del Código Civil), se entendió que dicho artículo 12 de la Ley del Nombre había quedado tácitamente derogado.

De manera un tanto extraña, la Ley No. 26.618 habría vuelto a darle vitalidad al modificarla en su artículo 41 en los siguientes términos:

Los hijos adoptivos llevarán el apellido del adoptante, pudiendo a pedido de éste, agregarse el de origen. El adoptado podrá solicitar su adición ante el Registro del Estado Civil desde los *dieciocho* (18) años. Si mediare reconocimiento posterior de los padres de sangre, se aplicará la misma regla. Cuando los adoptantes fueren cónyuges, registrará lo dispuesto en el artículo 4o. Si se tratare de una mujer casada con un hombre

⁵⁹ Las ideas y/o interrogantes esgrimidas en este apartado surgen de un intercambio de correos electrónicos a modo de “reflexión colectiva” tras la sanción de la Ley 26.618 con Carlos Arianna y María Victoria Pellegrini. Les agradezco a ambos la posibilidad de generar un espacio de diálogo técnico y serio con la necesaria y siempre bienvenida cuota de humor.

cuyo marido no adoptare al menor, llevará el apellido de soltera de la adoptante, a menos que el cónyuge autorizare expresamente a imponerle su apellido. Si se tratare de una mujer o un hombre casada/o con una persona del mismo sexo cuyo cónyuge no adoptare al menor, llevará el apellido de soltera/o del adoptante, a menos que el cónyuge autorizare expresamente a imponerle su apellido. Cuando la adoptante fuere viuda o viudo, el adoptado llevará su apellido de soltera/o, salvo que existieren causas justificadas para imponerle el de casada/o.

¿Qué reparos merece esta disposición? En primer lugar si era necesario “reavivar” una normativa que había sido reemplazada y modernizada por una posterior (la Ley No. 24.779). En segundo lugar, preguntarse si esta normativa debía haber explicitado que se refería a la adopción simple, ya que es la única tipología que permite agregar el apellido de origen, así como prever el supuesto de reconocimiento posterior tras la adopción. Y lo más importante, si lo que regula es correcto, si se refiere a algún supuesto que no está abarcado por el artículo 322 del Código Civil y si es compatible con el régimen jurídico actual en materia de adopción.

Veamos. El artículo 12 de la Ley del Nombre, tanto en su versión original como tras la reforma que introduce la Ley No. 26.618, regula el apellido del adoptado que, como dijimos, sólo se referiría a la adopción simple. ¿En qué difiere este articulado del 322 del Código Civil? Si bien ambos se preocupan por el apellido de los adoptados en el supuesto tanto de adopción unipersonal como conjunta, lo cierto es que el primero tiene un especial interés por un supuesto más de laboratorio: la adopción de la mujer casada que adopta en forma unilateral antes de la Ley No. 26.618, y la adopción de hombre o mujer casada/o después de esta ley. ¿Cuáles son los supuestos en los que la ley civil habilita esta posibilidad de manera excepcional? Según reza el artículo 320, son los siguientes:

- 1) Cuando medie sentencia de separación personal.
- 2) Cuando el cónyuge haya sido declarado insano.
- 3) Cuando se declare judicialmente la ausencia con presunción de fallecimiento o la desaparición forzada del cónyuge de quien pretende adoptar.

219

Pero estas excepciones observarían algunos comentarios críticos.

Técnicamente, la o el separado personalmente no es una persona casada. En el caso del cónyuge insano, el juez interviniente —el del proceso de insania— debería ser quien autorizara la adición del apellido del cónyuge insano, lo cual sería un supuesto excepcional. En el tercer caso, sería materialmente imposible

MARISA HERRERA

obtener la autorización que prevé el artículo 12 de la Ley del Nombre (ya sea en su versión original o actual) por razones obvias: el cónyuge no está presente para realizar manifestación de la voluntad alguna, en este caso autorizar la adición de su apellido. Por lo tanto, la virtualidad del artículo 12 de la Ley No. 18.248, por más que la Ley No. 26.618 le haya querido dar una nueva utilidad, en la práctica seguiría quedando en la penumbra.

Es sabido que regular no es una tarea sencilla. Regular cuando ya se cuenta con varias disposiciones que afectan, de manera directa o indirecta, el tema de que se trate es más complejo aún. Pero regular cuando además se pretende cambiar la base cultural sobre la cual se asientan las normas, en este caso, de la hetero-normatividad a la “igualdad-normatividad”, se presenta doblemente complejo. Ésta sería una clara observación, principalmente, para nuestros legisladores.

6. Breves palabras de cierre

Si el matrimonio igualitario despertó odios, prejuicios y resistencias por una parte de la sociedad, la adopción suma más sentimientos negativos. ¿Por qué siempre lo más “sensible” son las cuestiones que afectan o involucran a niños y adolescentes? ¿Es por ellos, por su supuesta “protección”, o precisamente es la “homofobia” que no permite ver qué es en realidad del “mejor interés del niño” cuando de adopción homoafectiva se trata?

En el debate de la Ley No. 26.618 hemos sido testigos de varias contradicciones. Por citar alguna, en la mencionada obra *Adopción. La caída de un prejuicio*, Graciela MEDINA culmina su artículo con la siguiente conclusión:

Entendemos que, paralelamente a los trabajos sociales para construir consensos crecientes respecto a los derechos de los homosexuales con respecto a la adopción, existe una tendencia a definir desde lo jurídico y legislativo esta situación. Distintas organizaciones y juristas están reclamando un avance del sistema en este sentido, recomendando que se iguale a los homosexuales en su capacidad para adoptar y formar una familia con similares derechos que las parejas heterosexuales.⁶⁰ Esta mirada no discriminatoria, positiva y progresista se habría perdido cuando se estaba ante la posibilidad cierta del reconocimiento de derechos —entre ellos la adopción— a las personas del mismo sexo.⁶¹ En definitiva, son en estos momentos “claves” donde se

⁶⁰ MEDINA, GRACIELA, “Adopción y derechos de los homosexuales. Legislación y jurisprudencia”, en VARIOS AUTORES, *Adopción. La caída de un prejuicio*, Buenos Aires, CHA-Editores del Puerto, 2004, p. 141.

⁶¹ Véase MEDINA, GRACIELA, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos resuelve que no es contrario a los derechos humanos impedir la celebración del matrimonio homosexual”, *Revista La Ley*, 12 de julio de 2010, pp. 9 y ss.; “El proyecto de matrimonio homosexual. Vulneración del interés superior del niño. Caos filiatorio”, *Revista La Ley*, 24 de

debe medir el grado de compromiso y aceptación de la igualdad. Por lo cual, este tipo de confusiones empañan más la visual con diferentes argumentos supuestamente jurídicos que, en definitiva, responden a resistencias ideológicas.

En suma, como lo ha expresado el reconocido y recordado filósofo del derecho argentino Enrique MARÍ, “el discurso jurídico debe, pues, comprenderse y evaluarse no sólo por lo que descarta de sí, sino por lo que atestigua con esa exclusión”.⁶²

La Ley No. 26.618 ha sido un paso importantísimo para reducir ese espacio de exclusión que todavía sigue siendo preocupante en el derecho argentino. ¿Pero qué dirán los jueces sobre la adopción homoparental?

Ahora será el discurso jurídico-judicial el que estará siendo interpelado. Habrá que seguirlo de cerca para detectar y combatir lo que podría *atestiguar* con la *exclusión* de la adopción por parejas del mismo sexo, en particular cuando se trate de la adopción conjunta.

Avanzar y transformar, o esconder, silenciar u oprimir es una decisión política por acción o por omisión. Defender la adopción homoparental es, en definitiva, un modo de afianzar una política estatal de inclusión centrada en el reconocimiento real de todas las formas de vivir en familia, o dejar que se perpetúe una política de exclusión, de reconocimiento a sólo algunas organizaciones familiares “tradicionales”. Sobre esto, el derecho todavía tiene mucho para decir. ■

junio de 2010, pp. 1 y ss., y “La ley de matrimonio homosexual proyectada. Evidente retroceso legislativo de los derechos de las mujeres”, *Revista La Ley*, 17 de mayo de 2010, pp. 1 y ss. Además, cabe destacar que los proyectos de ley de “unión civil” presentados en pleno debate del matrimonio igualitario como “figura intermedia” para contrarrestar esta avanzada igualdadaria, citan a MEDINA como sus referentes. Así, el proyecto presentado por la senadora cobista Laura MONTERO, en la parte final de sus “Fundamentos”, expresa: “A la luz de esos antecedentes y teniendo en cuenta los principios señalados anteriormente, presentamos el presente proyecto agradeciendo el aporte de la doctora Graciela Medina y siguiendo los lineamientos de un proyecto que fuera presentado por la comunidad homosexual hace tres años aproximadamente, ante este Congreso de la Nación”, agregándose: “Entendemos que su letra refleja con la profundidad, amplitud y claridad adecuada los principios que venimos refiriendo”. ¿Se puede decir que hay coherencia y que no se ha incurrido en contradicción alguna cuando se ha defendido la adopción homoparental, se ha acompañado —hasta colocarse incluso “la camiseta”— de la comunidad homosexual argentina y después se ha brindado asistencia técnica al proyecto de ley que proponía la regulación de una figura cuyo principal efecto era prohibir la adopción? La respuesta negativa se impondría.

⁶² Citado por CÁRCOVA, CARLOS M., “Notas acerca de la teoría crítica del derecho”, en COURTIS, CHRISTIAN, *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2001, p. 31.