

UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Sede: Berazategui

Carrera: Abogacía

“La adopción homoparental en Argentina. Marco teórico y jurisprudencial. Cambio en el paradigma de la familia. La familia homoparental”

Tutora: Prof. Guglielmino, Adriana del Carmen

Alumna: Hernández, Marina Milagros

Teléfono: 11-6801-9533

Mail: marinamhernandez@outlook.com

Título al que aspira: Abogada

Fecha de presentación: 2 de Febrero de 2022

AGRADECIMIENTOS

Quiero dedicar ésta tesis a mis padres, por sacrificarse día a día para que cumpla mi sueño –ser abogada-, por confiar en mí, por estar incondicionalmente desde el primer día.

A mis hermanos Daniela, Bárbara y Valentín, y a mis cuñados –hermanos por elección- por incentivarme a que jamás baje los brazos, por ayudarme a estudiar, por estar pendientes de cada día en la facultad. No quiero olvidarme de mis sobrinos, Ignacio y Catalina, quienes también me acompañaron en estos cinco años con mucha paciencia.

A mis compañeras de facultad, Abigail y Mariana, quienes se convirtieron en amigas, las cuales hicieron que los cinco años de carrera sean muy lindos, avanzamos codo a codo, y no sólo estudiamos una carrera, sino dos.

A mi mejor amiga Belén, quien estuvo pendiente de cada avance de la tesis, incentivándome para que no abandone, quién confió en mí desde el primer día.

A mis amigos, Manuel, Sabrina, Sofía y Vanesa, quienes están en cada paso que doy, desde hace dos décadas.

A mi tutora, Adriana Guglielmino, por su compromiso, dedicación, paciencia, por ser un ejemplo no sólo como abogada sino como docente.

¡Gracias!

ÍNDICE

CAPÌTULO I: EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA ADOPCIÓN Y LA FAMILIA 10

Antigüedad clásica 10

Edad media 11

Alta edad media 12

Bajomedieval 13

Edad moderna 14

La familia. Su evolución en la historia 18

CAPÍTULO II: CONCEPTOS AFINES 21

Tipos de familias según Kemelmajer y Herrera 24

CAPÍTULO III: EVOLUCIÓN JURÍDICA. HOMOPARENTALIDAD. JURISPRUDENCIA 33

Ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Principios generales que adopta el Código Civil y Comercial en materia de adopción. 35

Jurisprudencia 38

CAPÍTULO IV: PREGUNTAS PROBLEMAS, ¿PODREMOS LLEGAR A UNA RESPUESTA? 45

CAPÌTULO V: DERECHO COMPARADO 60

Uruguay 60

Brasil 64

Chile 65

España 66

México 68

DISPOSICIONES FINALES 72

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 73

CARTAS 77

Carta: Reserva de tema 77

Carta: Petitorio de tutoría 78

Carta: Aceptación de tutoría 79

Carta: Elevación de tesis 80

PROYECTO DE TESIS

Título comercial

Adopción homoparental.

Título académico

La adopción homoparental en Argentina. Marco teórico y jurisprudencial. Cambio en el paradigma de la familia. La familia homoparental.

Área temática

El trabajo desarrollado a continuación abordará diversas temáticas del derecho; por un lado ramas del Derecho Internacional Público a través de Convenciones Internacionales y Declaraciones Universales.

Y, por otro lado, ramas del Derecho Privado al tratar cuestiones a fines del derecho civil, puntualmente del derecho de familia, desarrollando el concepto moderno de familia, clases, relaciones familiares, parentesco por adopción, la adopción en sí; entre otros.

Además, al llevar a cabo una recopilación histórica de la adopción, tocará distintos conceptos del derecho romano, germánico, entre otros.

Resumen

El trabajo de investigación abordará la institución de la adopción -especialmente se centrará en la adopción homoparental- su evolución a lo largo de la historia; además desarrollará la importancia que tuvo la Ley de Matrimonio Igualitario en la transformación de ésta institución; y como consecuencia de la misma, el cambio en el concepto –y paradigma- de la familia.

Por otro lado, se desarrollará el principio superior del niño, y además, qué papel cumple en las adopciones homoparentales.

Po último, se expondrá si el derecho humano de formar una familia es vulnerado por cuestiones de género.

Preguntas – problema

1. ¿Con la sanción de la Ley de Matrimonio Civil (Matrimonio igualitario) cambia el concepto de familia?
2. ¿Qué papel ocupa el interés superior del niño en la adopción homoparental?
3. ¿Sufren discriminación o se les niega el derecho a adoptar?
4. ¿Qué demuestran los estudios sobre las familias homoparentales?
5. ¿El derecho del niño, niña o adolescente a ser oído es tenido en cuenta en estos casos? ¿Se valora su opinión?

Metodología

El trabajo se analizará desde una perspectiva explicativa recogiendo datos con el fin de explicar un fenómeno como lo es la adopción, además se desarrollará desde un enfoque cualitativo tomando como base la opinión doctrinal. En consecuencia, será deductivo ya que irá desde general a lo particular.

Hipótesis

- Los estereotipos de género perjudican el proceso de adopción
- Las familias homoparentales también pueden formarse a través de la adopción por integración.

Marco teórico

Cuando se habla de familia como una institución jurídica y social -cuyo concepto fue mutando a lo largo del tiempo-, la cual fue analizada por autores de la mayor jerarquía, como es el caso de la **Dra. Kemelmajer de Carlucci (2014)** la cual entiende a la familia tradicional como aquella que se fundó en el matrimonio, la cual era dependiente en términos económicos del padre, que a su vez era sacralizada y biologizada porque tenía como fin principal tener hijos. Mientras que **Medina y Roveda** entienden a la familia como aquella que está compuesta por una pareja permanente, estable, de unión amorosa y voluntaria que conviven y se basan en el principio de solidaridad y a su vez promueven el trabajo para facilitar la subsistencia, desarrollo y confort de la misma. Como es evidente, los tipos de familia y sus conceptos fueron mutando a medida que estas se tuvieron que adaptar a los modelos culturales de cada sociedad. Tal es así que **Solari (2015)**, en su manual, entiende que se debe

abandonar el concepto “derecho de familia” para referirnos al “derecho de las familias” ya que este nuevo concepto evidencia el cambio en el paradigma de los modelos familiares -reconocidos por el derecho positivo-.

Siguiendo con esta nueva concepción de familia – a las que se refieren Medina y Roveda- se pueden identificar diferentes modelos, como por ejemplo: familias monoparentales, ensambladas, homoparentales, etc. En este trabajo se hará especial hincapié en las familias homoparentales, a las cuales se las entiende como aquellas compuestas por personas del mismo sexo y sus hijo/as.

En cuanto a la adopción homoparental, surgen diversas opiniones, tanto en contra como a favor. Tal es el caso de la Dra**. María del Carmen Starópoli**, quien se manifiesta en contra de la adopción homoparental porque, como primer punto entiende que no es lo mismo una familia heteroparental que una familia homoparental, y a pesar del afecto y amor que se le brinde a un niño, este no podrá satisfacer la carencia del rol paterno o materno –según el caso-, la autora considera que es fundamental la figura materna como paterna para evitar cualquier sufrimiento. Además, sostiene que existe cierta contradicción entre el Interés Superior del Niño y las políticas de no discriminación, ya que se le da más importancia al deseo de los padres por adoptar, tomando a estos niños por adoptar como objetos; en vez de reconocer su condición de sujeto y su interés superior a la hora de ser adoptado.

Por el contrario, las autoras **Kemelmajer de Carlucci, Herrera**, y **de la Torre** expresan –en uno de sus análisis de sentencias internacionales- que, no puede ser tenida en cuenta la orientación sexual como factor condicionante para dar a un niño en adopción o no, ya que esto no sería más que una presunción infundada y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad de poder promover y garantizar el bienestar de aquel niño.

Luego, haciendo hincapié en lo que es la adopción, **Herrera (2014)** asimila a esta como una institución jurídica que habita en satisfacer el interés de todo niño de vivir en familia, en los casos en que no pueda hacerlo en su familia de origen. En la actualidad, uno de los principios rectores de la adopción es el interés superior de niño, el cual cómo piensa **Herrera y otros (2015)** garantiza la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en donde se debe tener en cuenta la opinión de estos al momento de tomar una decisión que los involucre. **Belluscio** comenta que en la antigüedad, el interés superior del

niño no era tenido en cuenta, ya que lo que importaba era asegurar la continuidad del culto familiar.

Introducción

La adopción homoparental es una institución jurídica –de aquí en adelante AH- la cual hace posible que parejas de personas del mismo sexo puedan adoptar legalmente a un niño o adolescente. Antiguamente, en nuestro país, las leyes de adopción n° 13.252 y 19.134 regulaban que sólo podían ser adoptantes aquellas personas que estaban casadas –en un principio con la autorización del otro cónyuge-, una única persona (monoparental) o que el cónyuge sobreviviente adoptará al hijo de su esposo/a.

A raíz de los fenómenos sociales modernos, se concretaron varios avances con relación a la identidad, el respeto por la diversidad y orientación sexual; los cuales favorecieron para que parejas del mismo sexo puedan soñar y creer en que es posible concretar este sueño, el de construir una familia, a través de la adopción. Pero, estos avances se materializaron con la sanción de la ley de matrimonio igualitario en el año 2010 (ley 26618), como así también con la sanción del Código Civil y Comercial en el año 2015 (ley 26994); las cuales fueron fundamentales para que parejas del mismo sexo sean incluidas en la ley de adopción, siendo igualitarios los requisitos tanto para parejas heterosexuales como homosexuales.

El trabajo de investigación busca responder las siguientes preguntas: ¿Las parejas del mismo sexo, a la hora de adoptar, sufren discriminación? ¿Se les niega el derecho de adoptar?, ¿Qué papel juega el interés superior del niño en las AH?, ¿Qué demuestran los estudios sobre las familias homoparentales? Para dar respuesta a estos interrogantes, se describen institutos como la familia y la evolución de dicho concepto, la adopción y su evolución jurídica hasta la actualidad, casos de procedencia como así también los distintos puntos de vista que se reflejan en documentos jurisprudenciales y doctrinarios; sin dejar de lado los principios en los que se basan dichas instituciones en la República Argentina -muchos de esos derechos y principios son interpretados como argumentos en contra y al mismo tiempo a favor de esta institución-.

La investigación se abordará tomando como fuentes principales la Constitución Nacional, el Código Civil y Comercial de la Nación, los tratados internacionales con jerarquía

constitucional, y distintas leyes nacionales como la ley de Matrimonio Civil (Matrimonio Igualitario), leyes de adopción (derogadas), ley de creación del Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos. Y como fuentes secundarias se utilizaran fallos judiciales, libros, manuales, y todo tipo de doctrina sobre el tema planteado.

Y, por último y no menos importante, se elaborará una comparación de las legislaciones del mundo, de países desarrollados como en vías de desarrollo.

Capítulo I:

Evolución histórica de la adopción y la familia

CAPÌTULO I: EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA ADOPCIÓN Y LA FAMILIA

La adopción como institución jurídica surge en la antigüedad y a lo largo del tiempo se fue perfeccionando.

Antigüedad clásica

Antigua Grecia

Si nos remitimos a la Antigua Grecia, en donde se destacaban ciudades como Esparta y Atenas, podemos encontrar que en Esparta por falta de documentos no se puede afirmar o negar la existencia de la adopción como institución jurídica. Por el contrario, en Atenas se puede afirmar la existencia y desarrollo de esta institución, en donde se destacaban dos tipos de adopciones; una **entre vivos** en donde era necesario el consentimiento del adoptante y llevar a cabo actos simbólicos que evidencien la protección del adoptante hacia el adoptado. Y, por otro lado, la **testamentaria**, la cual tenía como efecto apartar al adoptante de su familia real –sólo conservaba el vínculo con su madre- y estos efectos comenzaban a producirse luego de la muerte del adoptante.

Roma

Luego, si nos ubicamos en Roma –donde la adopción tuvo gran desarrollo- podemos destacar que en el Derecho Romano existían dos tipos de adopciones; la **adopción** y la **arrogación**. La primera, consistía en que un extraño ingresaba en una familia y se sometía a la *potestas* de su jefe, adquiriendo además derechos de agnación, derechos sucesorios si era adoptado por el *paterfamilias* como hijo. Este tipo de adopción se realizaba a través de dos modos: mediante la autoridad del Príncipe o por el imperio del magistrado. Antiguamente, se realizaba ante los comicios curiados, luego cambia y se realizaba ante treinta lictores –representaban las treinta curias-.

Además, los romanos utilizaron métodos distintos para consolidarla: la **mancipatio** la cual constaba de dos momentos, primero el adoptado debía ser liberado de la *potestas* al estaba sometido, luego, debía ser el adoptante quien solicitaba la patria potestad como si hubiese pertenecido con anterioridad. Otro de los métodos era el **contractual**, en donde se accedía a la adopción a través de un contrato; y por último, a través de un **testamento** el cual comenzaba a producir los efectos propios de la adopción luego de la muerte del adoptante.

La adopción sufrió ciertos cambios con el derecho justinianeo, entre ellas se destaca que el adoptante debía ser al menos dieciocho años mayor que el adoptado, además no se podían adoptar por segunda vez a la misma persona. Asimismo en cuanto a los efectos, el derecho de Justiniano distinguió dos clases de adopciones: la **adoptio plena** la cual tenía lugar cuando el adoptante era ascendiente por consanguineidad del adoptado, tal es el caso cuando el adoptante era abuelo del adoptado, o cuando se otorgaba la adopción al padre natural del adoptado que anteriormente había sido emancipado. Y, por otro lado la **adoptio minus plena** que desarrollaremos a continuación.

Otro de los cambios importantes que se dan a lo largo del Derecho Romano; y por otro lado, gracias a la Constitución de Diocleciano, las mujeres pudieron adoptar para consolarse de los hijos perdidos; a pesar de esto la mujer no podía adquirir la patria potestad ni el hijo hacerse agnado de la mujer.

Como mencionamos, existían dos tipos de adopciones: la adopción propiamente dicha y la **adrogatio**, la cual se caracterizaba por ser una adopción de una persona extraña sometida al mando de otros. Requería del consentimiento del adrogado, además el pontífice investigaba si existían esperanzas de tener hijos, el motivo de esta adopción, etc. Luego de esto, se los interrogaba al adrogado y el adrogante, y la última palabra la tenía el pueblo el cual manifestaba su aprobación a través de su voto. Esta forma era conocida como **adrogación pública**, pero además existían dos formas más: la **adrogación contractual** que generalmente era realizaba en provincias lejanas de Roma, y la **adrogación testamentaria** la cual se utilizaba en ocasiones en donde la adrogación púbica no había sido admitida, etc. Asimismo, no podían ser adrogados las mujeres y los impúberes.

Edad media

Alemania

Después de la caída del Imperio Romano en el año 476 D.C como resultado de la invasión a los pueblos germánicos se generó un proceso de germanización, el cual se basaba en adaptar la cultura socio-jurídica del Imperio Romano en estas nuevas monarquías europeas.

Es así que la organización social de los germánicos estaba compuesta por grandes grupos de parentesco llamados *Sippe*, los cuales en otras palabras son una "comunidad

doméstica o asociación de linaje, cuyo vínculos se manifiestan en el servicio de las armas y en la guerra, en la colonización, el culto y en el juramento"[1]. Era asimilada como una familia, propia de quienes descienden de un mismo tronco común (padre), a su vez estaban sometidos a la potestad y tutela de ese padre –similar al *paterfamilias* del Derecho Romano-.

Para el pueblo germánico, tener varios hijos significaba más fuerza de trabajo y más soldados para la *sippe*, de tal modo consideraban una deshonra y una vergüenza pública matar un agnado o limitar el número de hijos. Es así que se incorporó la adopción con fines hereditarios, patrimoniales y sucesorios; utilizaron diferentes modelos de adopción –derivaban de la *adoptio* romana- tales como la *thinx* del Derecho Lombardo, la *affatomia* entre los francos, la *aeteleiding* entre los nórdicos, etc.

A partir de la paternidad adoptiva se podían llevar a cabo donaciones mortis causa, instituir a un heredero trasmitiendo el patrimonio o nombre familiar, designar un sucesor con la personalidad política del padre -se elegía al más apto para desempeñar la función de señor de la Sippe-. En otras palabras, se utilizaba la adopción para designar a un heredero cuando no se tenían descendientes, y así podían elegir libremente a su sucesor. En dicho acto "bajo la apariencia de una fingida paternidad natural, se concluían dos actos: una adopción y una institución de heredero contractual"[2]

Alta edad media

A lo largo de la Alta Edad Media encontramos dos modalidades de adopción, una era la adopción extrafamiliar la cual se basaba en incorporar a un extraño a la familia, este acto se formalizaba con una ceremonia socio-jurídica en donde se simulaba un parto; y la otra modalidad era la intrafamiliar la cual se realizaba entre miembros del mismo grupo familiar. Ambas tenían el mismo fin que en la Edad Media; era instituir a un heredero y un sucesor al patrimonio.

[1] García de Valdeavellano, Luis (1956). *La comunidad patrimonial de la Familia en el Derecho Medieval Español*. Salamanca. ED Salamanca. Pág 24

[2] Álvarez Baelo, Manuel (2013) *La adopción. Historia del amparo socio-jurídico del menor.* La Coruña. ED La Coruña. Pág 106.

Adopción extrafamiliar

Este tipo de adopción se daba cuando el adoptado no pertenecía a la familia, y gracias a la adopción se integraba a la Sippe como hijo y heredero del padre adoptivo, a través de una ceremonia en donde se simulaba el alumbramiento, "el adoptado se sentaba en el regazo del adoptante y a continuación pasaba por debajo de su brazo o de las mangas del brazo de una mujer" [3]

Podemos concluir afirmando que, dicha modalidad de adopción era la más certera a la hora de relevar al grupo familiar ante la gran cantidad de bajas en el campo de guerra, ya que esta permitía la incorporación de terceros a la familia.

Adopción intrafamiliar

En esta modalidad se permitía elegir a un heredero entre los miembros del propio grupo familiar, con la condición que los adoptantes no tuvieran descendencia legítima –a diferencia de la adopción extrafamiliar-.

Con el correr de los años, la adopción intrafamiliar –profiliación- dejo de ser un mecanismo de filiación, para pasar a ser un instrumento económico, político, social, y familiar al limitar el acceso a personas ajenas al grupo familiar, tal como sucedía con la aristocracia nobiliaria o los matrimonios reales.

Bajomedieval

Durante la Baja Edad Media (entre los siglos XI y XV) la adopción comenzó a caer en desuso por ser contraria a la organización social, económica y familiar del sistema feudal. En un comienzo, la filiación adoptiva tenía como fin preservar y trasmitir el patrimonio familiar en caso de no tener un descendiente legítimo varón; pero este se vio modificado por la profiliación, en la cual prevalecía el vínculo de mayorazgo y el derecho de progenitura, en donde se consentía la transmisión de un conjunto de bienes al heredero que el Feudo determinaba.

[3] Álvarez Baelo, Manuel (2013). *La adopción. Historia del amparo socio-jurídico del menor.* La Coruña. ED La Coruña. Pág 107.

Dentro del vínculo de mayorazgo, la modalidad que más se parecía a la filiación adoptiva era el mayorazgo de artificiosa agnación, porque en la sucesión se excluía a las mujeres, es decir que pasaba de varón a varón.

A raíz de dicha modificación en la función social de la adopción, el matrimonio y la dote pasaron a ser herramientas fundamentales para crear, acentuar, sellar alianzas económicas, políticas y personales; entre distintos grupos familiares.

Por otro lado, la Iglesia también opinó de esta adopción artificial de filiación, oponiéndose ya que creía que al permitir incorporar a terceros a la familia, se daba lugar a reconocer hijos extramatrimoniales; y esto atentaba contra la integridad moral del matrimonio.

Graciano también opina en contra de la filiación adoptiva, prefería el padrinazgo o paternidad espiritual antes que la adopción. Para él, "el parentesco de un ahijado con su padrino no podía ser más lejano que el de un hijo con su padre adoptivo, siendo la acción del padrino comparable a un acto de adopción ante Dios"[4]

Edad moderna

España

Durante la transición del Antiguo Régimen a la construcción de la sociedad Liberal Burguesa –entre los siglos XV a XVIII- aparece una transformación en la concepción de la asistencia del cuidado infantil, siendo interpretada como una garantía social.

Puntualmente en España, durante el Antiguo Régimen, frente a una sociedad jerárquica y feudal –la cual se basaba en la desigualdad de sus miembros-, la única institución caritativa era la Iglesia, quien se dedicaba al cuidado y protección de los niños desamparados. El *status familiae* y el rango social, económico estaba determinado desde el nacimiento ya que "era algo que respondía a la voluntad de Dios (…) aunque se viese licito aspirar a mejorar la posición dentro de ese marco, y se viese en ellos la mano de Dios (…) que se encargaría

[4] Godoy, J. (2009).*Evolución de la Familia y el matrimonio.* Valencia. ED Valencia. Pág 80.

de elegir a los padres adecuados al destino que le estaba reservado en la vida según su designios"[5]

En España, a partir del siglo XVII, a diferencia de Alemania, Francia e Italia, la Iglesia es quien crea instituciones privadas encargadas en acoger, socorrer y auxiliar a niños desamparados –son los conocidos orfanatos o Casas-Cuna-. Pero, a medida que la sociedad española se va transformando, el papel que cumplía la Iglesia se desligó a entes públicos, no solo la titularidad sino también la financiación y el control administrativo.

Un siglo después, esta función quedo regulada por la Ley General de Beneficencia (1822), la cual obligaba a los poderes públicos a hacerse cargo de la atención social y asistencial de aquellos niños abandonados o huérfanos que "no hubieran sido recogidos por algún pariente o persona extraña con propósito de cuidar de su crianza" [6] Ante esto, se crea un sistema que se organizaba en instituciones provinciales o municipales, las cuales tenían como finalidad dar respuesta a la pobreza y al abandono. Es así que surgen las Casas de Maternidad para evitar el infanticidio, las Casas de Expósitos y huérfanos para aquellos niños "que nacieron en las Casas de Maternidad, si sus madres determinasen dejarlos a cargo del establecimiento, y todos los que fueren expuestos o entregados a mano, pudiendo éstos poder ser prohijados por personas honradas que tengan la posibilidad de mantenerlos" [7] y, por último, las Casas de Socorro las que acogían niños huérfanos mayores de seis años que no tenían recursos para sustentarse diariamente.

Frente a las altas tasas de natalidad, crisis económica y la despenalización mora, el abandono era la única opción que tenían muchas familias que no podían garantizar la crianza de sus hijos ante una imposibilidad económica. Esto también sucedía entre la nobleza y burguesía, que utilizaban estas Casas para salvaguardar el honor de mujeres solteras, evitando la condena social.

[5] Buhler J (1946) *Vida y Cultura en la Edad Media* México. ED Fondo de Cultura Económico. Pág 105.
[6] *Reglamento General de Beneficencia Pública decretado por las Cortes extraordinarias de 1821 y sancionado el 6 de febrero de 1822*. 1837. ED Imprenta de Gaspar. Barcelona
[7] Álvarez Baelo, Manuel (2013). *La adopción. Historia del amparo socio-jurídico del menor*. La Coruña. ED La Coruña. Pág 146.

Se podían abandonar a los recién nacidos de diferentes formas; dejándolos en la calle, en la puerta de la casa de alguna persona responsable –para darle una mejor vida-, o se podía recurrir a la puerta de las Iglesias ya que estos facilitaban el anonimato de los progenitores.

El significado del abandono significaba un estigma social ya que se bautizaba a aquellos niños abandonados con el apellido Expósito u otros como Ramos, Blanco, García en España. Esto también ocurría en Italia, en donde se los bautizaba con el apellido Ventura, Innocenti, Proietti; o en Francia con el apellido Lacroix, Bonheur o Trouvé, gestando así la condición social de abandonados.

Francia

Durante el Antiguo Derecho Francés, la adopción estaba practicante extinguida, pero, durante la Revolución Francesa se intentó reestablecerla con los caracteres romanos.

Zannoni intenta explicar esta actitud a través de dos razones: por un lado, durante la Revolución Francesa existía cierta fascinación por las tradiciones y leyes romanas; y por otro lado, existía un motivo político, puntualmente, Napoleón Bonaparte tenía la necesidad de asegurar su descendencia. Tal es así que Napoleón Bonaparte, en el Código de 1804, estableció el principio de irrevocabilidad, lo que implico que la adopción solo pueda prosperar con personas mayores de edad, los cuales podían dar su consentimiento.

A causa de esta limitación, la adopción cayó en desuso hasta la Primer Guerra Mundial – a causa de bajas en el ejército- muchas familias dejaron a niños huérfanos. Esto llevo que en Francia –como en Italia- se dictarán leyes que permitiera la adopción de menores de edad.

Argentina

En Argentina, durante el proyecto del Código Civil, Vélez se manifestó en contra de la adopción como institución jurídica, a su entender "el Código de Napoleón buscaba revivir una institución totalmente ajena al siglo XIX, donde los principios familiares romanos que la habían inspirado a no tenían ninguna vigencia"[8] Es así que en la nota del art 4050 del Código Civil señala expresamente que no reconoce adopción de ninguna clase.

[8] Medina y RoVeda. (2016) *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires. ED ABELEDO PERROT. Pág 568

Con el pasar de los años, se comienza a considerar que debían otorgarles un tratamiento especial a los menores. En respuesta a esto surge el Proyecto de Agote (1919), la ley de Patronato de Menores. Esta ley no sólo regulaba la protección jurídica de los menores, sino también avanzar con el concepto de abandono, y delegarle al Estado la función tutelar –ejercida por los Tribunales de Menores-. Además, con dicha ley, se crearon más establecimientos destinados a la internación de menores.

Luego, a partir de la década del 30´, comienza a ser evidente la necesidad de ampliar los conocimientos y tratamientos de menores, y surgen los Congresos sobre Minoridad, las cuales en el futuro serían tomadas en cuenta como un marco para crea el primer instituto de adopción legal en el país, en el año1948 a través de la ley 13.252.

Los anteproyectos a este instituto dejaban entrever marcadas concepciones sobre los niños en situación de pobreza, y cuál era el rol del Estado.

La idea principal con la que surge esta institución es poder materializar el deseo de aquellos matrimonios que no tenían hijos; en donde no solo significada –como mencioné- la materialización de un deseo por parte de los adoptantes, sino también, la felicidad protección en la vida de ese niño abandonado, y un beneficio para el Estado ya que reducía el costo de mantención de aquellos menores. Por otro lado, con la legitimación de este instituto, se buscaba evitar el fraude, falsificaciones de actas públicas, alteraciones del estado civil, etc.

Puntualmente, esta ley regulaba la adopción de menores de edad, donde solo existía vínculo entre el adoptante y adoptado sin extinguir los lazos con su familia de sangre –lo que hoy conocemos como adopción simple-, además, se exigía una diferencia de edad de dieciocho años entre el adoptante y adoptado, y en caso de que el adoptante fuera casad, se necesitaba la conformidad de su cónyuge. Y, en el caso de las personas tuvieran descendencia propia, estas no podían adoptar.

Luego de varios años, puntualmente en 1971, la ley 13.252 fue reemplazada por la ley 19.134, la cual incorporaba la adopción plena. Pero –como mencionamos anteriormente- esta institución no estaba regulada por el Código Civil de Vélez, tal es así, que en el año 1997 gracias a las reformas del régimen de filiación y patria potestad, la admisión del divorcio vincular, la Convención sobre los Derechos del Niño, se incorpora finalmente al Código con la sanción de la ley 24.779. Pero, esta no fue la última modificación que tuvo el instituto de

la adopción, ya que con la sanción de la ley de matrimonio civil, la cual reconoce el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo; y como consecuencia, se les reconoce el derecho a adoptar, ya que uno de los requisitos para ser adoptante era estar casado –podían adoptar los matrimonios-. Finalmente, esto se ve materializado en el nuevo Código Civil y Comercial, el cual en su art 402 establece cómo se debe aplicar e interpretar la norma, valiéndose del principio de libertad e igualdad. Puntualmente expresa:

> *"Ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo"*[9]

La familia. Su evolución en la historia

La familia es una institución antigua que fue evolucionando a lo largo del tiempo, por lo cual nos parece conveniente sintetizar dicha evolución en un cuadro:

Nombre	Características
Consanguínea	✓ El matrimonio se daba entre hermanos, ✓ Se utilizaba esto para lograr la indivisibilidad de los bienes y conservar la pureza de sangre. ✓ Es una de las primeras manifestaciones del incesto.
Punalúa	✓ Aparece a partir de la restricción de cohabitación entre hermanos hermanas de la misma madre ✓ Le pone fin al incesto. ✓ El matrimonio era entre grupos de hermanos que compartían esposa o grupos de hermanas que compartían esposo. Al ser un matrimonio por grupo no se establecían vínculos de pareja
Sindiásmica	✓ Fin: unir a dos personas ✓ Se fundaba en el pareo de un hombre con una mujer ✓ No necesariamente debían cohabitar

[9] Código Civil y Comercial de la Nación.

	✓ No se puede crear un sistema de consanguineidad ✓ El divorcio estaba librado al libre albedrio tanto del esposo como de la mujer.
Patriarcal	✓ Se practicaba la poligamia, un varón tenía varias esposas. ✓ Aparece la autoridad absoluta del jefe de la familia.
Monógama	✓ A diferencia de la sindiásmica, este tipo de familia se basa en el matrimonio de un hombre y una mujer con cohabitación exclusiva. ✓ Presenta beneficios como: - Presunción de paternidad de los hijos nacidos en el matrimonio - Se satisface la función educacional, ya que al poder individualizarse al padre y a la madre, entre ellos se reparten la tarea de educar a sus hijos; ✓ Crea un sistema independiente de consanguineidad.

Grafico 1: Cuadro de elaboración personal para este trabajo sobre la base de datos extraídos de Manual de Derecho de Familia (Zannoni y Bossert) y La familia y su evolución (Silvia Morales Gómez)

Capítulo II:

Conceptos afines

CAPÍTULO II: CONCEPTOS AFINES

En este capítulo, nos proponemos describir ciertos conceptos que mencionaremos más de una vez a lo largo de la tesis, partiendo de conceptualizaciones dadas por diversos doctrinarios. Tal es así, que describiremos a la familia –una de las instituciones más antiguas- la cual fue sufriendo modificaciones, la adopción, homoparentalidad, entre otros.

En primer lugar, describiremos el concepto del tema desarrollado, la adopción, la cual es entendida por Herrera como "*institución jurídica cuya finalidad reside en la satisfacción del derecho de todo niño a vivir en familia cuando éste no puede hacerlo por diferentes razones en su familia de origen*"[10]

Para seguir un orden cronológico, primero nos referiremos al concepto de familia tradicional, el cual se estableció hace ya algunos años, como así lo hicieron los autores Bossert y Zannoni, los cuales arrojan dos conceptos: uno sociológico, y otro jurídico. Siguiendo el concepto sociológico, entienden a la familia como:

> *"una institución permanente que está integrada por personas cuyos vínculos derivan de la unión intersexual, de la procreación y del parentesco"*[11]

Este concepto, claramente, hace referencia a una familia nuclear, la cual es objeto de estudio de la sociología; y está integrada por el padre, madre y los hijos, quienes están bajo la autoridad del progenitor -por edad y por convivencia-.

Y, desde una perspectiva jurídica, se entiende a la familia como:

> *"La cual está formada por todos los individuos unidos por vínculos jurídicos familiares que hallan origen en el matrimonio, en la filiación y en el parentesco"*[12]

Es decir que este concepto se limita al matrimonio, dejando de lado al concubinato por no producir efectos jurídicos por sí mismos; y por otro lado reconoce las diversas fuentes de filiación -natural, biológica y por adopción-.

[10] Carla Venier (2019). La adopción homoparental en el Derecho Argentino. Buenos Aires. ED UNIVERISIDAD SIGLO XXI. Pág 29

[11] Bossert Zannoni. (2005) Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires. ED ASTREA. Pág 5

[12] Bossert Zannoni. (2005) Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires. ED ASTREA. Pág 6

Otros de los autores que hacen referencia a estos conceptos tradicionales son Medina y Roveda, los cuales intentan conceptualizar a la familia a través de tres conceptos: en sentido amplio, en sentido restringido y en sentido intermedio.

El primer concepto, en sentido amplio, se refieren al parentesco, en donde concretamente la identifica como:

"el conjunto de personas con las cuales existe una relación de parentesco".[13]

Luego, en sentido restringido, se refieren concretamente a la pequeña familia, la cual para estos autores es:

"*la agrupación formada por el padre o la madre y los hijos que viven con ellos*"[14]

Y, por último, se van a referir a la familia desde un sentido intermedio, conceptualizándola -este concepto también lo toma el Código Civil- como:

"*Un grupo social integrado por las personas que viven en una casa, bajo la autoridad del señor de ella*"[15]

En conclusión, Medina y Roveda, toman como base para conceptualizar a la familia, la procreación y las relaciones filiales, es así que lo podemos notar en los tres ejemplos.

Ahora bien, ¿por qué hablábamos de conceptos tradicionales? Porque la familia, al ser una de las instituciones más antiguas, sufrió modificaciones a raíz de tener que adaptarse a los cambios culturales a los cuales se sometió la sociedad.

Es así que Medina y Roveda, en uno de sus primeros capítulos expresan esta dificultad a la cual se tienen que enfrentar hoy en día, ya que no existe un sólo concepto de familia, el cual se adapte a las distintas realidades fácticas en las que se organizan los integrantes de esta. En síntesis, esto sucede porque no existe un único modelo de familia. A esta idea adhiere el autor Fleitas Ortiz de Rosas.

No obstante, una de las definiciones modernas que manejan Medina y Roveda es:

[13] Medina y Roveda (2016) Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires. ED ABELEDO PERROT. Pág. 3
[14] Ibídem
[15] Ibídem

"*La familia de hoy emana de una pareja permanente, estable, comprometida, de unión voluntaria y amorosa; que cumpla con la función de proteger a sus componentes los trasforme en una sola entidad solidaria para sus tratos con la sociedad. Esta función protectora es derivada del valor unitivo reconocido al amor por la filosofía y la perspectiva religiosa de este siglo*".[16]

Y además –al igual que Bossert y Zannoni- establecen conceptos en sentido amplio y restringido. El primero se refiere a la institución formada por personas entre las cuales existen vínculos que surgen del matrimonio, parentesco o uniones convivenciales. Y, luego van a estar los conceptos en sentido restringido, los cuales van a ser establecidos por jueces, principios generales, y demás.

Otra de las autoras que sostienen esta evolución de la familia es Aida Kemelmajer de Carlucci, quien entiende que el concepto de familia –a diferencia del matrimonio o filiación- no está sometido a la naturaleza; sino que va a depender de la población, los modos de vida, las creencias religiosas, en sí va a depender de la cultura y no de la naturaleza.

Esta autora, al redactar su artículo el cual trata de las principales modificaciones del Código Civil y Comercial, deja entrever que este contempla una pluralidad de formas familiares, ya que pueden originarse de diversos modos; y por consiguiente, el término familia va a ser cambiante.

Es así que muchos autores, consideran que con la caída de la nupcialidad y la gran cantidad de divorcios surge un brote de nuevas formas de familias, como por ejemplo: familias monoparentales, homoparentales, unipersonales, ensambladas o reconstruidas.

Kemelmajer de Carlucci, entiende que en el Anteproyecto del Código Civil y Comercial, se produce una "democratización de la familia" por varias razones. La primera es que se pasa de un Derecho de Familia a un Derecho de las Familias –en plural-, claramente esto sucede porque en la actualidad no existe un único modelo de familia. Además, se sustentará en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, concretamente en la "protección integral de la familia" ya que está no impone un límite a la concepción de familiar, es decir que es de amplia interpretación.

[16] Medina y Roveda (2016) Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires. ED ABELEDO PERROT. Pág 4

Otro de los autores que sostienen esta nueva terminología es Néstor Solari, quien entiende que ante la diversidad de tipos de familiares no es adecuado seguir hablando de Derecho de familia, sino que es necesario adaptarse y comenzar a hablar de Derecho de las Familias.

Pero, si bien hasta aquí hablamos de que existen distintos tipos familias, modificaciones en conceptos y demás, consideramos importante ahondar en qué tipos de familias existen, definirlas, traer a colación la opinión de doctrinarios; ya que mucho de estos conceptos serán mencionados a lo largo de este trabajo.

Tipos de familias según Kemelmajer y Herrera

Familia no matrimonial

Como primer modelo, nos vamos a encontrar con la familia que en vez de nacer de un matrimonio, va a nacer de una unión convivencial. Va a estar encabezada por parejas que por diversas razones deciden no contraer matrimonio, como por ejemplo, por razones legales, económicas, religiosas, etc.

Este tipo de familia es criticada por Kemelmajer, porque entiende que en cierto punto es contradictorio que estas parejas le reclamen solidaridad al Estado, como por ejemplo al reclamar legitimación para ser sucesores, coberturas de pensiones y demás, siendo que pretenden vivir sin ningún tipo de responsabilidad interna. El Código intenta ocuparse de esto, dando una solución fundada en la solidaridad y así llevar a cabo una vida social tolerable.

Familia ensamblada o reconstruida

Kemelmajer la entiende como:

> "*aquella que se constituye después de una separación, divorcio o viudez, cuando uno o ambos integrantes de la pareja tienen hijos de una unión anterior*."[17]

El Código va a entablar dos figuras con respecto a las familias ensambladas:

[17] Kemelmajer de Carlucci (2014). Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial Argentino 2014.

- Progenitor afín: La doctrina nacional lo va a definir así a los nuevos cónyuges o parejas de los progenitores, a los cuales se les reconocerá el deber de cooperar con la crianza y educación de los hijos de sus parejas.
- Adopción por integración: Esta puede ser otorgada en forma simple o plena. Se prevé de manera expresa la revocación de la adopción de integración, en cualquiera de los dos casos, ya que en ambos el vínculo jurídico con el progenitor de origen sigue vigente y no se ve afectado por la revocación.

La familia monoparental

Es aquella familia compuesta por una persona con uno o más hijo a su exclusivo cargo. Es decir, que es aquella persona -progenitor biológico, adoptante, guardador o tutor- que es responsable de personas menores de edad o con capacidad restringida.

Muchas mujeres a cargo de una familia monoparental, explicaron que esta es considerada como un problema de género; y que gracias a los movimientos feministas, se les pudo otorgar –en primer lugar- un nombre específico, y además, se las comenzó a considerar como verdaderas familias. Por último, se dejó de relacionar a estas familias monoparentales con el fracaso, y así estigmatizarlas.

Kemelmajer establece diferentes causales que le pueden dar origen a la familia monoparental. Los cuales son:

Causas vinculadas a la natalidad	- Mujeres solteras (por lo general adolescentes) en donde en muchas ocasiones no existe reconocimiento paterno; - Mujer sola que recurre a TRHA - Mujer que recurre a la fecundación post mortem (con menos frecuencia)
Causas vinculadas a la relación matrimonial o convivencial	- Muerte de uno de los progenitores - Divorcio - Separación de hecho - Nulidad del matrimonio (con menos frecuencia)

	- Disolución de la unión convivencial (con menos frecuencia)
Vinculadas al sistema legal	- Adopción unilateral - Guarda o acogimiento unilateral
Vinculadas a situaciones sociales	- Emigración - Trabajo de uno en otra localidad - Privación de la libertad por tiempo prolongado.

Gráfico 2: Cuadro de elaboración personal para este trabajo sobre la base de datos extraídos Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014 (Aída Kemelmajer de Carlucci)

Otra de autora que opina sobre los diversos tipos de familias es Marisa Herrera, quien entiende lo siguiente de cada familia.

Familias homoparentales

Para ella son las familias compuestas por personas del mismo sexo, es decir, conformada por una pareja de madres o de padres. En donde el proceso de concebir una familia no esté necesariamente vinculado con la adopción; a que, existen otros medios, como por ejemplo a través de inseminación artificial, vientres subrogados, o adopción por integración de un hijo resultado de una relación heterosexual anterior.

Puntualmente, va a entender a la adopción como una institución social que hace posible que un adulto -en el caso de la adopción unipersonal- o adultos, y un niño puedan construir un núcleo familiar, el cual –como ya vimos- puede estar conformado por personas con diversas identidades u orientaciones sociales.

Y, en cuanto a la adopción homoparental, esta autora explica que al no tratarse de una composición tradicional, varios sectores de la sociedad –claramente opuestos al status de igualdad- van a presentar cierta resistencia a esto; se supone que esto sucede por creencias dogmáticas y moralistas, que no reflejan más que discriminación.

Familias ensambladas

Herrera las describe como:

"Aquellas que se vinculan de manera directa con la ruptura matrimonial o convivencial de una unión y la conformación de otro vínculo de pareja de la cual se tienen o no hijos en común"[18]

Se observa con mayor frecuencia esta situación, donde adultos que conforman parejas -los cuales ya tienen hijos de relaciones anteriores- establecen vínculos con esos menores. Y, en el caso los hijos, estas nuevas parejas de sus progenitores son personas con las cuales suele generar un fuerte vínculo afectivo. Como mencionamos anteriormente, esta nueva organización familiar suele ser cotidiana en nuestros días, tal es así que el derecho no pudo desconocerla.

Familias convivenciales

Si tomamos como punto de partida el principio de realidad, Herrera busca a través de los resultados que arrojó el último Censo dejar en claro que este tipo de familias va en aumento. Es así que 4 de cada 10 personas que viven en pareja lo hacen en una convivencia no matrimonial; y veremos que este número aumenta como consecuencia de dos fenómenos sociales.

El primer fenómeno va a estar relacionado con la población joven, en donde muchos jóvenes comienzan a convivir a modo de prueba, o previo al matrimonio para experimentar la vida de a dos antes de formalizar. Si vamos a lo que arroja la realidad, el Censo evidencia que 8 de cada 10 personas que viven en pareja lo hacen por fuera del matrimonio.

Otro de los fenómenos son los sectores vulnerables (económicos, sociales y culturales) quienes no tienen acceso a un registro civil, o que simplemente no pueden decidir ni siquiera su plan de vida. Esto sucede, como por ejemplo, en Formosa donde 5 de cada 10 personas de 14 años o más conviven por fuera del matrimonio.

[18] Herrera (2015). Manual de Derecho de las Familias. Buenos Aires. ED ABELEDO PERROT. PÁG 22.

Familias monoparentales

En cuanto a estas, Herrera va a compartir las causales que expone Kemelmajer De Carlucci, pero va a realizar una distinción.

Por un lado, nos vamos a encontrar familias monoparentales derivadas, las cuales van a surgir como consecuencia de una ruptura de una unión convicencial, matrimonio; o ya sea por el fallecimiento de uno de los progenitores.

Y por otro lado, las de carácter originarios, que va a aparecer por la adopción unipersonal de un adulto responsable, o porque una mujer decide tener un hijo apelando a la reproducción humana asistida con la intervención de un tercero.

Familias pluriparentales

Va a surgir como contraposición a las familias monoparentales. Van a estar compuestas por más de 2 vínculos filiales, y por lo general, surgen de una pareja compuesta por dos mujeres; las cuales suman al proyecto parental a un amigo que aporte el material genético, y a su vez quiera llevar a cabo las funciones parentales, o viceversa.

A pesar de que esto sea hablando en el derecho comparado, nuestra legislación sólo prevee un doble régimen de determinación, en donde una persona no puede tener más de dos vínculos filiales. Dejando de lado que en ciertos casos se pueden establecer ciertos derechos a determinadas personas con las cuales un niño tiene una fuerte relación de afecto –lo más común son alimentos o comunicación-.

Ante esta postura cautelosa del Código Civil y Comercial, la autora Kemelmajer de Carlucci opina al respecto lo siguiente:

"Se estimó que, en este momento, receptar esa solución puede tener en el sistema jurídico argentino efectos no predecibles (legitimación activa y pasiva en materia de alimentos, reclamaciones sucesorias, cuestiones vinculadas a la custodia, etc.). Tampoco se desconoce que algunas parejas de personas del mismo sexo reclaman que las normas relativas a la reproducción humana asistida sean aplicables aun sin la intervención de un médico; sin embargo, se entendió que no puede pasarse de un régimen

de silencio absoluto a otro que admite la determinación de la filiación sin dato genético y sin control profesional de algún tipo"

Hace referencia a lo que se conoce como una práctica casera, en donde parejas del mismo sexo que sufren una infertilidad estructural, deciden recurrir al uso de una jeringa con material genético de un conocido o amigo, por fuera del ámbito médico.

Sergio Estrada le hace una crítica al supuesto de que el fin de la familia es procreacional, sosteniendo que:

"es innegable que la noción de familia implica dentro del imaginario social, la aptitud para tener hijos, pero es cierto igualmente que tener hijos no es un aspecto esencial a dicha institución, esto es, no deja de existir una familia si la pareja decide no tener hijos o simplemente no pueden tener hijos y deciden adoptar"[19]

Otro de los autores que vincula los tipos de familias con los cambios culturales es Fanzolato, quien ya en el año 2007 expresa que los tipos de familias que se constituyen en diferentes épocas y regiones surgen gracias a las adaptaciones de cada sociedad.

Luego, Luis Nofal, va a entender a la homoparentalidad –término moderno que surgió a partir de la década del 60 por movimientos homosexuales- como:

"el lazo de derecho o de hecho que vincula uno o varios niños a una pareja homosexual, comparte así con el parentesco heterosexual las nociones de pareja y de procreación"[20]

Ahora bien, como ya mencionamos, en torno a estos nuevos conceptos y nuevas formas de formar una familia surgieron posturas a favor, y otras en contra. Puntualmente, en cuanto a las familias homoparentales y la adopción homoparental encontraremos diversas posturas. Por ejemplo, la Dra. María del Carmen Starpóli quien está en contra de la adopción y familia homoaprental, opina que para todo niño es fundamental el rol tanto paterno como materno, para así evitar cualquier sufrimiento. Y, que además, existen ciertas contradicciones

[19] Estrada (2011). Familia, matrimonio y adopción: algunas reflexiones en defensa del derecho de las parejas del mismo sexo a construir familia y de los menores a tenerla. Barranquilla. ED Universidad del Norte. Pág 147.

[20] LUIS NOFAL (2010). Adopción homoparental: derechos LGT1 a la adopción .Buenos Aires. ED UNIVERSIDAD DE BELGRANO. Pág 11.

entre el ISN y las políticas de no discriminación, porque esta entiende que se les da más importancia al deseo de los padres por adoptar y formar una familia, entendiendo a los niños como objetos, en vez de hacer especial hincapié en el principio rector, es decir en el Interés Superior del Niño.

Otros de los argumentos en contra son:

- Tener padres homosexuales hará que el menor sea homosexual
- A los niños criados por parejas del mismo sexo les hacen más bullying, y por ende son más depresivos"

A causa de estos, desde los años 70 se vienen realizando estudios sobre diferencias entre el desarrollo de niños criados por padres homosexuales y por padres heterosexuales. Unánimemente se sostiene que no existe un apoyo empírico de que la orientación de los padres pueda afectar negativamente en el desarrollo psicosocial de los hijos.

En cuanto al supuesto de que para la crianza de hijos se necesita de un padre y de una madre, existen numerosos estudios que confirman que el género de los padres no importa –lo abordaremos más adelante-.

Luego, en cuanto a que los hijos de familias homoparentales pueden acabar desarrollando la misma orientación sexual que sus padres, tampoco hay un estudio que lo pueda comprobar. Esto no deja de ser más que un juicio moral, que lo que intenta hacer es instalar la idea de que la homosexualidad está mal. Es más, existe una teoría que propone que el principal determinante de la orientación sexual va a estar determinado por variables hormonales y neurológicas que van surgir durante la gestación de la persona, y que florecerán durante la pubertad.

En cuanto a que los hijos de parejas del mismo sexual sufren más discriminación, estudios arrojaron que no hay diferencia del acoso respecto de las familias heterosexuales.

Todos estos prejuicios los abordaremos en el capítulo cuarto de este trabajo.

Por otro lado, tenemos a quienes están a favor de este tipo de familias –y de la adopción homoparental-, como es el caso de Kemelmajer de Carlucci, De La Torre y Herrera, quienes entienden, como primer punto, que no se debe tener en cuenta la orientación sexual

como un factor que condicione para concederles la adopción a una pareja o persona, porque básicamente se estaría dando una presunción sin fundamentos válidos, además de ser estereotipada sobre la capacidad e idoneidad de poder garantizar el bienestar de aquel niño.

Capítulo III:

Evolución jurídica.

Homoparentalidad.

Jurisprudencia

CAPÍTULO III: EVOLUCIÓN JURÍDICA. HOMOPARENTALIDAD. JURISPRUDENCIA

Si bien sabemos que nuestro objeto de estudio es la adopción homoparental, creemos importante realizar un breve repaso sobre la legislación en materia de adopción, la cual tuvo grandes cambios.

El instituto en si surge a partir del año 1948 a través de la ley 13.252, la cual regulaba sólo la adopción simple, y establecía dentro de sus requisitos más importantes que el adoptado debía tener menos de 18 años de edad, los adoptantes debían estar casados o que el adoptante sobreviniente adopte al hijo de su cónyuge. Los adoptantes no podían tener menos de 40 años de edad, salvo que estos se encuentren casados en un plazo no menor a 8 años, otro de los requisitos era que aquellas personas que tenían hijos biológicos no podían adoptar, ya que esta institución estaba planteada para satisfacer las necesidades de los adoptantes que no podían procrear.

Pero, esta ley queda derogada en el año 1971 al sancionarse la ley 19.134, la cual significo un gran avance para esta institución ya que se comienza a regular la adopción plena –antes se regulaba sólo la simple- y además, se modifican algunos de los requisitos. A partir de esta ley, la edad mínima del adoptante debía ser de 35 años –salvo que se encuentre en matrimonio hace no menos de 5 años-, aquellos que tenían hijos biológicos podían adoptar, entre otras modificaciones.

Esta ley no sólo trajo modificaciones, hay ciertas cuestiones que continuaron siendo reguladas de la misma manera, como por ejemplo, la situación civil de los adoptantes, los cuales debían estar casados.

Paralelamente a la ley que regula la adopción, va a surgir en el año 1990 la ley 23.849 o también llamada Convención sobre los Derechos del Niño, la cual cuatro años después adquirió rango constitucional en el artículo 75 inciso 22. Dicha Convención tiene por objeto garantizar los derechos de los niños, es así que nos encontraremos con el Interés Superior del Niño –principio rector-, derecho a un nombre, derecho a preservar su identidad, entre otras.

Siete años después se sanciona la ley 24.779, y se incorpora al Código Civil, la cual va a regular en su capítulo IV a la adopción con sus respectivas modificaciones, entre ellas se disminuye el requisito de la edad para ser adoptante a 30 años; además se estableció la necesidad de dos procesos para adoptar: guarda con fines de adopción y la adopción propiamente dicha. En cuanto a la condición civil de las personas, si bien en líneas generales continuaba la misma regulación que las leyes anteriores, se plantea que en caso de que fallezca uno o ambos cónyuges, se podía dar una nueva adopción sobre el niño.

En el año 2004 a través de la ley 25.854 se va a crear el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos, y gracias a ésta, a partir del año 2016 todas las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se construye la Red Federal de Registros.

A su vez, en el año 2005, se sancionó la ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentran en Argentina, la cual tiene por objeto garantizar el ejercicio de los derechos que están reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico, y aquellos tratados internacionales también reconocidos por la Nación. La misma se basará en el Interés Superior del Niño, en el derecho que tienen los niños, niñas y adolescentes a ser oídos, a tener en cuenta su opinión –de acuerdo a su edad, madurez y discernimiento-.

Como veremos, hasta acá no notamos que exista ningún tipo de igualdad, tampoco de regulaciones sobre la adopción homoparental, sólo encontraremos requisitos basados en el estado civil de aquellas personas que desean adoptar, los cuales ninguno contempla la situación de las parejas del mismo sexo; esto sucede porque hasta el momento no estaba regulado el matrimonio igualitario en nuestro país.

Pero, finalmente en el año 2010, vivimos un gran cambio, se sancionó la ley 26.618 la cual modificó el Código Civil –vigente en ese entonces- a partir de la supresión del requisito de la heterosexualidad para contraer matrimonio –regulado en el art 172- Este nuevo texto legal buscó garantizar que todos los habitantes de nuestro país, independientemente de su orientación sexual, puedan contraer matrimonio. Además, en el año 2012, Argentina sigue evolucionando y sancionó la ley 26.743, la cual reconoció el derecho a la identidad de género; y, con esto Argentina se convirtió en un país "vanguardista" en la reivindicación de los derechos humanos de aquellos que fueron altamente estigmatizados.

Ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Principios generales que adopta el Código Civil y Comercial en materia de adopción.

Otra de las leyes que creemos importante desarrollar es la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. En el año 2005 se sancionó la ley 26061, la cual –como su nombre lo indica- tiene por objeto proteger y garantizar el goce de estos derechos, sustentándose en el Interés Superior del Niño. Es decir que se deben respetar cuestiones básicas como:

"a*) Su condición de sujeto de derecho;*

b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta;

c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural;

d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales;

e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común;

f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia…."[21]

Entre otras cuestiones, ésta ley va a regular en su título II principios, derechos y garantías de los NNA, muchos de ellos aplicables en razón de adopción homoparental, como por ejemplo:

- DERECHO A LA VIDA, en donde los NNA tienen derecho a una buena calidad de vida;
- DERECHO A LA DIGNIIDAD E INTEGRIDAD PERSONAL, básicamente, los NNA tienen derecho a no ser sometidos a tratos discriminatorios, humillantes,

[21] Ley de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.

violentos;

DERECHO A LA IDENTIDAD, los NNA tienen derecho a un nombre, una nacionalidad, una lengua, a saber quiénes son sus padres. A continuación veremos cómo se trata éste derecho en un fallo.

- DERECHO A LA LIBERTAD, en éste caso la ley se va a referir a la libertad en razón de poder expresar su opinión (ya sea en la escuela, la familia, comunidad), a tener sus propias ideas, etc.;
- DERECHO A OPINAR Y A SER OÍDO, derecho fundamental en la adopción, básicamente éste se refiere a que los NNA puedan participar y exponer su opinión sobre temas de su interés o en el que estén involucrados, e además de ser tenidas en cuenta;
- GARANTIAS MINIMAS DE PROCEDIMIENTO, es decir que en procedimientos judiciales o administrativos en los cuales los NNA sean parte, los Organismos del Estado deben garantizarle ser escuchados por el juez cada vez que ellos lo deseen, a ser asistidos por un letrado especializado en niñez y adolescencia, que su opinión se tenga en cuenta –primordialmente- al momento de tomar una decisión, a participar en todo el proceso, etc.;
- PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN, haciendo referencia a la aplicación de ésta ley sin realizar distinciones, ya sean por sexo, color, edad, idioma, origen social o étnico, religión o cualquier otra condición de los NNA o sus padres.

En relación a estos, se va a plantear un sistema de protección conformado por diferentes organismos, entidades y demás, los cuales se deben encargar de planificar, orientar, ejecutar y supervisar políticas públicas que promocionen, prevengan, protejan derechos de NNA. A su vez, se pensaron medidas de protección una vez comprobada la violación o amenaza de éstos derechos, entre ellas:

- Becas de estudios, inclusión y permanencia escolar;
- Asistencia integral para embarazadas;
- Medidas para que NNA permanezcan conviviendo con sus respectivas familias;
- Asistencia económica;
- Programas de inclusión para NNA y sus familias para que las fortalezcan;
- Tratamiento médico, psicológico o psiquiatra para los NNA y sus padres.

Mucho de éstos derechos van a ser consagrados como principios generales en materia de adopción, los cuales van a ser entendidos como "*directrices para resolver conflictos de derechos de igual reconocimiento*"[22] es decir que van a ser utilizados para resolver conflictos, cuando por ejemplo, se contraponen derechos.

Puntualmente, los principios establecidos por el Código Civil y Comercial son:

"*a) el interés superior del niño;*

b) el respeto por el derecho a la identidad;

c) el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada;

d) la preservación de los vínculos fraternos, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos, excepto razones debidamente fundadas;

e) el derecho a conocer los orígenes;

f) el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio requerir su consentimiento a partir de los diez años"[23]

Varios de estos principios ya los hemos desarrollado a lo largo de éste capítulo, pero otro no, como es el caso del agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen, el cual "*implica la puesta a disposición del grupo familiar donde desarrollan su vida familiar los niños, o eventualmente a los miembros de su familia ampliada o referentes afectivos…de políticas públicas y programas que permiten el fortalecimiento familiar"*[24]. Va a ser el Estado quien deba desarrollar herramientas que mejoren la situación de aquellas familias que se encuentren con dificultades, y así evitar que los niños pertenecientes a estas familias deban ser institucionalizados en orfanatos. Para esto –como vimos anteriormente- el Estado va a necesitar de la colaboración de otros organismos.

[22] Código Civil y Comercial comentado.
[23] Ibídem
[24] Ibídem

Ahora bien, una vez reconocida ésta dificultad en donde se vulneren los derechos de NNA, puede que no se pueda mejorar la situación y éstos niños deban abandonar el grupo familiar; en ese caso, entra en juego otro principio, el de la preservación de los vínculos fraternos.

Éste va a buscar que se mantenga el vínculo jurídico, es decir que busca –por ejemplo- que se adopten conjuntamente a todos los hermanos, el cual no siempre se puede cumplir, ya que pueden mediar diversas cuestiones que lo imposibiliten. En estos casos, va a ser importante la opinión del adoptado, ayudándolo al juez a acerca del deseo de mantener o no con ciertos vínculos.

Por último, otro de los principios establecido por el Código Civil y Comercial de la Nación es el del consentimiento del niño o niña para su adopción, el cual dispone que a partir de los 10 años de edad los niños puedan prestar su consentimiento para ser adoptados o no. Van a surgir críticas en razón de la edad, ya que muchos consideran que es escasa. A pesar de esto, la experiencia cotidiana va a demostrar que los niños a los 10 años pueden comprender qué es una adopción, otorgándole la importancia que merece.

Jurisprudencia

A modo de introducción, nos parece importante desarrollar una serie de fallos los cuales marcaron un precedente no sólo para la adopción homoparental, sino también para los derechos LGBTIQ en general.

El primero de éstos es el caso "DUQUE VS. COLOMBIA", un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Según los hechos, Duque –peticionario ante la CIDH- convivió con su pareja hasta el año 2001, ya que su pareja fallece. Frente a esto, Duque decide pedir el fondo de pensiones y que le indiquen cuáles eran los requisitos que debían cumplir para poder ser beneficiario de la "pensión por sobrevivencia de su compañero, recibiendo como respuesta que –según lo establece la ley- él no cumplía con los requisitos para ser beneficiario. A raíz de esto, Duque interpone una acción de tutela para poder acceder el beneficio, la cual es denegada –decisión confirmada en segunda instancia-, y llega al sistema interamericano de DDHH.

¿Qué decide la CIDH? Por un lado declaró que Colombia era responsable por la violación del derecho de igualdad ante la ley, ya que no se le permite acceder, en condiciones

de igualdad, a ser beneficiario de una pensión. Y que si bien en Colombia, actualmente, se aceptan que parejas del mismo sexo accedan a pensiones de sobrevivencia, al día de hoy existen controversias en cuanto a los requisitos para acreditar la calidad de compañero permanente.

Por último, concluyó al decir que *"…el Estado no presentó una justificación objetiva y razonable para que exista una restricción en el acceso a una pensión de sobrevivencia basada en la orientación sexual. [L]a existencia de una normatividad interna vigente en el año 2002 que no permitía el pago de pensiones a parejas del mismo sexo, era una diferencia de trato que vulneraba el derecho a la igualdad y no discriminación, por lo que constituyó efectivamente un hecho ilícito internacional…"*[25]

Otro fallo emblemático fue el de "Atala Riffo y niñas vs. Chile". Karen Atala Riffo es una jueza chilena, la cual se declaró abiertamente homosexual. Atala Riffo decide convivir con su pareja, a raíz de esto su ex marido decide pedir la tenencia de sus tres hijas.

El Tribunal de Primera Instancia le otorga la tenencia a Atala Riffo, la cual es apelada. La Cuarta Sala de Apelaciones de la Corte Suprema de Chile recova esto y le concede la tutela al peticionante –ex marido de Atala Riffo, argumentando ésta decisión en la protección del interés superior del niño, ya que considera que era incompatible con la orientación sexual de Atala Riffo.

Éste fallo llega a la CIDH, la cual va a declarar responsable al Estado Chileno por la violación a los derechos de igualdad y no discriminación, a ser oído y a la vida privada.

En su sentencia, la CIDH estableció lo siguiente: "*la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual"*[26]

[25] Boletín de Jurisprudencia LGBTIQ (2018). Ministerio Público de Defensa. Página 24.
[26] Boletín de Jurisprudencia LGBTIQ (2018). Ministerio Público de Defensa. Pági 27.

Refiriéndose en otras palabras a que si un derecho reconocido es negado basándose en la orientación sexual de una persona, se estaría violando el art. 1.1 de la Convención Americana. También, la CIDH va a referirse al interés superior del niño explicando que *"[e]l objetivo general de proteger el principio del interés superior del niño es, en sí mismo, un fin legítimo y es, además, imperioso […] este principio regulador de la normativa de los derechos de las niñas y los niños se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere `cuidados especiales´, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir `medidas especiales de protección"*[27]

En síntesis, la sentencia de la CIDH busca reafirmar que los NNA no pueden ser discriminados por sus propias condiciones, como así tampoco por la de sus padres; como así también, remarcar que la orientación sexual de Karen Atala Riffo no deja de pertenecer a su vida privada.

A raíz de este precedente, vamos a encontrar en nuestro país casos similares. Tal es así que la Cámara de Familia de 2da Nominación de la provincia de Córdoba negó el pedido de un padre al requerir el cambio de tenencia de su hijo de 12 años –la tenencia estaba a cargo de su madre- al argumentar su pedido en la orientación sexual de la madre, ya que para él ésta era contraproducente para el niño. Ante esto, la Cámara resolvió basándose primero en la edad del niño, es decir que éste posee la determinación necesaria para poder decidir con cuál de sus progenitores desea vivir –decisión que se debe escuchar y ser tenida en cuenta- y luego, expresó no pueden tomar como elemento determinante, para conceder la tenencia de un niño, la orientación sexual de uno de sus progenitores.

Otro caso que podemos encontrar, es el fallo del Juzgado Civil, Comercial y de Familia Nº2 de Rio Cuarto Córdoba que va a tratar sobre familia, adopción e identidad de género. En sí, los hechos se basan en una familia constituida por un padre (fallecido al momento que se dictó la sentencia), una madre y dos menores, llamados AD y EA; los cuales,

[27] Ibídem. Pág 28.

después de sufrir violencia familiar reciben la intervención de diversas instituciones. Bajo este contexto, éstos niños van a permanecer bajo el cuidado de un tercero, al que llamaremos inicialmente PFO.

En el año 2009, se le otorgó a PFO la guarda de los niños, teniendo en cuenta la opinión y consentimiento de los menores. Un año más tarde, PFO solicita la adopción plena de AD y EA.

En el año 2012, se va a presentar ante el Juzgado Civil, Comercial y de Familia nº2 DE Río Cuarto con su nueva identidad, la cual adquirió a partir de la ley 26743, de aquí en adelante lo llamaremos MBO.

¿Qué resuelve el Juzgado ante ésta petición? En primer lugar le va a otorgar a MBO la adopción plena de AD y EA, a su vez sostuvo lo siguiente:

"la doctrina de la ´protección integral de los niños´ que se concreta mediante la promoción del ´interés superior del niño´, como principio rector guía de todas las medidas relativas a los menores, estimo […] que [MBO] ha manifestado en hechos su vocación irrefutable de ser madre, otorgándoles a los niños la contención necesaria para que crezcan en el marco de una familia, que se ha convertido en el lugar óptimo y natural para su desarrollo psicosocial y emocional, cumplimentando con la función de educación, vigilancia, corrección, garantizándoles el conocimiento de su propia identidad, el respeto y fortalecimiento de su autoestima, su crecimiento e inserción laboral"[28]

También opinó sobre la identidad de género diciendo que *"[l]a citada ley [26.743] consagra en su artículo primero el Derecho de toda persona a la identidad de género, a su reconocimiento y al libre desarrollo de su persona conforme a su identidad de género; lo que importa ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto de el/los nombre/s de pila, imagen y sexo con los que allí es registrada. En su virtud, la pretensa adoptante solicitó ante el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas la rectificación registral del sexo, y el cambio de su nombre de pila, de sexo masculino y prenombre P. F., que no coincidían con su identidad de género autopercibida, pasó a tener*

[28] Boletín de Jurisprudencia LGBTIQ (2018). Ministerio Público de Defensa. Pág 83.

sexo femenino y un nuevo prenombre [MB]. Bajo el amparo de la citada ley es que P. F. O. hoy es [MBO] y puede vivir de acuerdo a la categoría género de conformidad a su vivencia interna e individual, lo que de ningún modo entiendo resulta perturbador para los niños, sino que, por el contrario, reconocerán en la adoptante los atributos que se corresponde con el género por ella vivenciado"[29]

Ahora bien, luego de ésta introducción, podemos abordar jurisprudencia sobre adopción homoparental. El fallo al que nos referimos se dio en la provincia de Tierra del Fuego, puntualmente en el Juzgado de Familia y Minoridad Nº1 de Río Grande en el año 2014. Los hechos relatan que una pareja homosexual solicitan la adopción plena de dos menores, los cuales son hermanos.

La pareja relato que cumplían con todos los requisitos legales, como por ejemplo, estar inscriptos en el Registro Único Nacional de Adoptantes, en donde gracias a ellos son contactados por el Ministerio Popular de la Ciudad de Iguazú, los cuales le informan de la existencia de estos menores, quienes se encontraban institucionalizados por haber fallecido su madre.

En el año 2013 se les otorgó la guarda, y a partir de ese momento han podido consolidar una familia, con un estrecho vínculo, participando de las tareas cotidianas como así las escolares.

Asimismo, fundándose en el derecho a la identidad, solicitaron que se los identifique como "L.C.M.D.R a M.D.C" y con el nombre de "L.C.M.B.A a B.D.L.D" como así lo deseaban los niños.

Para llegar a una decisión, los jueces tienen en cuenta que se cumplen con los requisitos formales y sustanciales previstos por la ley 24779, que a su vez los niños fueron contenidos por sus padres del corazón, además de que la dinámica familiar es favorable; en donde los actores integraron a estos niños en su núcleo familiar, brindándoles trato de hijo con cariño y protección –a ambos por igual-.

A su vez, sostienen que *"... es el interés superior del niño el que debe primar y es precisamente en protección de tal interés, que se ha estructurado la legislación en la materia*

[29] Boletín de Jurisprudencia LGBTIQ (2018). Ministerio Público de Defensa. Pág 83.

bajo estudio, siendo ello un imperativo para que el sentenciante objetivice su tarea…"[30]en relación a esto, los jueces van a considerar que se garantiza el interés superior del niño dentro del núcleo familiar.

En éste sentido, van a remarcar que *"El interés superior del niño no atiende exclusivamente, a beneficios económicos, sociales o morales, sino a que se pondere en su trascendente alcance las implicancias que sobre una personalidad en desarrollo puede tener la decisión de adoptar"*[31]

Luego, se van a referir al hecho de que los hermanos sean adoptados por una misma familia, para así no sufrir una separación más, y para esto van a citar un fallo de la Cámara en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala 1º del 31/05/2014, los cuales se refieren a que "*La convivencia de los hermanos hace a su mejor formación y coadyuva a la consolidación de los lazos familiares y a la unidad educativa. Ello explica la convivencia de que los hermanos, más aún si son menores, vivan y crezcan juntos, puedo eso hace un amparo de un factor, tan importante como es la identidad familiar, expresión en definitiva de un derecho personalísimo que les asiste…"*[32]

Sin más, se les otorga a los actores la adopción plena de los dos menores, y a su vez, se accede al cambio de nombre y apellido debiendo realizarse la inscripción en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.

A modo de reflexión, nos parece importante destacar la enseñanza que nos deja este caso, en donde claramente no importa la orientación sexual de una persona; ya que, como quedó demostrado, una persona homosexual puede brindarle mucho más afecto, protección, contención a un niño, que cualquier persona heterosexual.

[30] M.C.D y B.D S/ ADOPCIÓN. Expte nº 22038/2014" Pág 4.
[31] M.C.D y B.D S/ ADOPCIÓN. Expte nº 22038/2014" Pág 5.
[32] Ibídem. Pág 6.

Capítulo IV:

Preguntas problemas, ¿Podremos llegar a una respuesta?

CAPÍTULO IV: PREGUNTAS PROBLEMAS, ¿PODREMOS LLEGAR A UNA RESPUESTA?

En este capítulo buscaremos dar respuesta a las preguntas-problemas planteadas al comienzo este trabajo.

¿Con la sanción de la Ley de Matrimonio Civil (Matrimonio igualitario) cambia el concepto de familia?

Uno de los grandes aportes que deja la ley 26.618 es la protección jurídica de la familia homoparental al regular el derecho de formar una familia por parte de parejas del mismo sexo; a partir de esta ley –tan importante para nuestro objeto de estudio- es que el Estado es quien les reconoce a las familias la entidad familiar, además de garantizarle el disfrute de los derechos al igual que las familias heterosexuales.

El Código Civil y Comercial de la Nación –el cual entra en vigencia en el año 2015- tiene en cuenta estos avances, y autoriza la adopción de niños, niñas y adolescentes por aquellos matrimonios compuestos por personas del mismo sexo. También autoriza la adopción por personas que integran una unión convivencial, entendida como:

> *"legitimación basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o diferente sexo"*[33]

En síntesis, podemos observar cómo a partir de la ley 26.618, la cual regula el matrimonio igualitario; cambia el paradigma, surge un nuevo tipo de familia como es la homoparental. Ya que, si nos guiamos por uno de los conceptos clásicos de familia, en donde se pensaba que únicamente la familia estaba compuesta por una pareja (madre y padre) con fines procreacionales; vemos que con el avance de la legislación, éste concepto cambia. Ya no hablamos de madre y padre, sino que podemos identificar a la familia como aquella compuesta por dos madres o dos padres, en donde a su vez –por razones biológicas- se deja de lado aquella idea conservadora, la cual sostenía que sólo se podría formar una familia a través de la procreación.

[33] Código Civil y Comercial de la Nación. Artículo 599.

Luego, ¿qué papel juega el Interés Superior del Niño? ¿Es tenido en cuenta en las adopciones homoparentales?

Como primer punto nos parece importante desarrollar qué es el interés superior del niño, qué se entiende por éste. Hay autores que lo entienden como una guía para la adopción; otros, como por ejemplo la Dra Eloisa Raya de Vera da a entender la importancia que tiene el momento, lugar o tiempo del niño a la hora de valorar qué constituye su interés superior. Puntualmente, ella habla de que:

"… es unánime en la doctrina considerar que el interés superior del niño es un concepto flexible, toda vez que permite y exige a su vez, en cada caso puntual, calificarlo y redefinirlo, atendiendo a las particularidades de la situación"[34]

Por otro lado, Laura Lora va a opinar que:

"… El ISN es un concepto que si bien debe ser evaluado para cada caso en concreto (…) debe abarcar todos los derechos del niño cuando él es un sujeto de derecho. El ISN está vinculado con las necesidades psicológicas, educativas, sociales, jurídicas, (…)"[35]

Y, si tomamos lo que expone la Convención sobre los Derechos Humanos, vamos a entender a este interés superior del niño, niña y adolescente como una "cuestión central" a la hora de tomar decisiones -ya sea por parte de los legisladores, jueces, autoridades administrativas- en donde entren en juego los niños y adolescentes. Exactamente, la Convención va a referirse sobre el ISN en el artículo 3.1, de la siguiente manera:

"… En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño…"[36]

[34] RAYA DE VERA, E. "El caso Fornerón y el interés superior del niño". La Ley 06/09/2012. Pág 4.
[35] LORA LAURA. "El discurso jurídico sobre el interés superior del niño". Avance de Investigación en Derecho y Ciencias Sociales, X Jornadas de Investigadores y Becarios. Mar del Plata. Ediciones Suárez.
[36] Convención Interamericana de Derechos Humanos. Artículo 3.1

A modo de conclusión parcial, consideramos al ISN no sólo como una garantía para los niños, en donde lo que vale es su interés –propiamente dicho- sino que funciona como cierto límite a la subjetividad del juez, del legislador.

Ahora bien, ¿qué pasa entre el ISN y la condición sexual de los padres? A raíz de varios estigmas que irracionalmente establece un sector de la sociedad, se comenzó a dudar si el –tan mencionado- interés superior del niño se respeta. Va a ser la Corte Interamericana de Derechos Humanos quien responda en el caso "Atala Riffo" a una serie de interrogantes, entre ellos el del ISN. Para responder a este interrogante, la Corte IDH va a referirse a varios documentos, los cuales afirman que el interés superior del niño no es vulnerado por la condición sexual de las madres o padres.

Y, a su vez, la Corte IDH va a establecer que cuando se deba fijar el ISN –en caso de custodias o cuidado de menores- lo deberán hacer evaluando los comportamientos de aquellos potenciales adoptantes; es decir que, la construcción del interés superior del niño no se podrá fundar en especulaciones o estereotipos sobre características personales, condición sexual o preferencias culturales.

Entonces, a modo de conclusión, podemos afirmar que este ISN va a cumplir un rol importantísimo en las adopciones homoparentales, en donde no solo va a servir como guía sino que va a ayudar a modificar la situación en la que el niño se halle.

Otro de los interrogante que pretendemos contestar es si las personas sufren discriminación, o si se les niega el derecho a adoptar. Antes de llegar a una conclusión, nos pareció importante desarrollar dos derechos que se relacionan a ésta problemática a modo de introducción.

Derecho a formar una familia

Antes de comenzar a desarrollar el derecho en sí, nos parece importante mencionar que la familia va a ser considerada como un elemento fundamental para la sociedad, como así también un elemento natural, así lo va a establecer la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 17.

Ahora bien, al ser este un elemento importante para la sociedad, podemos entender que va a necesitar cierta protección, es así que el artículo 6 de la Declaración Americana de

Derechos y Deberes del Hombre, como el artículo 15 del Protocolo de San Salvador y el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos van a proteger el derecho a la constitución de la familia. Además, el artículo 4 inciso e) de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belem do Pará) va a establecer el derecho de las mujeres a que se les respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja su familia.

Este derecho va a operar de forma independiente del derecho al matrimonio, es decir que no es necesario tener que casarse para formar una familia.

A su vez, va a estar sujeto a las condiciones que establezca el derecho nacional, el cual no podrá fijar demasiadas limitaciones, las cuales dificulte la "propia esencia del derecho"[37] También la Convención Americana va a referirse a esta problemática en su artículo 29, puntualmente sobre las normas de interpretación, en donde:

"Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a. *permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;*
b. *limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; (...)"*[38]

<u>Derecho a la igualdad. La prohibición de discriminar por razones de orientación sexual</u>

Éste principio, además de ser uno de los pilares de cualquier sistema democrático y del sistema de protección de derechos humanos; caló hondo en el sistema de derechos fundamentales, y abre las puertas a la adopción homoparental, como así también lo hizo en los inicios del matrimonio igualitario, en donde muchas parejas invocaban este principio a través de un recurso de amparo para poder casarse.

[37] Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). *Caso María Eugenia Morales contra Guatemala. Informe Final.*
[38] Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 29 inc a) y b).

Por otro lado, si tenemos en cuenta lo que define, por ejemplo, la Declaración sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género va a referirse a éste como aquel que:

> *"exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género"*[39]

A partir de esta conceptualización, creemos que es necesario hablar de algunos términos, como es en este caso la "orientación sexual", y es la Corte Interamericana de Derechos Humanos la cual va a referirse a esta como:

> *"la orientación sexual de una persona se encuentra ligada al concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones"*[40]

A su vez, la CIDH establece que tanto la orientación de género como la expresión de género van a estar protegidas por dicha Convención, es así que van a prohibir toda norma, acto o práctica que tienda a discriminar por razones de orientación sexual, identidad de género o expresión de género. En síntesis, no se pueden disminuir o restringir los derechos de una persona por su orientación sexual, identidad y/o expresión de género.

Un claro ejemplo de la aplicación de este principio lo veremos reflejado en el artículo 42 de la ley 26.618, el cual va a entenderlo como cierto límite para el legislador, ya que éste no podrá sancionar normas del ordenamiento jurídico que violen éste principio. Específicamente, el texto normativo regula:

> *"… Los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo, así como un matrimonio constituido constituido por personas de distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones.*

[39] Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, Asamblea General de las Naciones Unidas, A/63/635, 22 de diciembre de 2008, párr.3.

[40] Corte IDH caso "Atala Riffo vs Chile, cit. Párr. 136, nota 136 mutatis mutandi, caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 21 de Noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr.52.

Ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como al formado por DOS (2) personas de distinto sexo."[41]

Desde el ámbito internacional, el caso Atala Riffo remarcó que la orientación sexual e identidad de género son categorías que están protegidas por el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual prohíbe toda discriminación, incluso se considerará "sospechosa". Otros fallos emblemáticos, fueron los de Flor Freire vs. Ecuador y Duque vs. Colombia; en estos se ratificó esta prohibición de discriminar de la que venimos hablando.

En conclusión, lo importante de este principio es que exige respeto, además de garantizar que cada ciudadano de nuestro país pueda elegir su destino sin ser estigmatizado o sufrir circunstancias irrazonables. Es así que un Informe Sobre Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex de la CIDH del año 2015 expresa que:

"Las personas LGBTI, o aquellas percibidas como tales, están sujetas a diversas formas de violencia y discriminación basadas en la percepción de su orientación sexual, su identidad o expresión de género, o porque sus cuerpos difieren de las presentaciones corporales femeninas o masculinas socialmente aceptadas"[42]

A su vez, este principio hizo posible la regulación jurídica de la adopción homoparental, un cambio en el paradigma de los conceptos de familia, y un significativo avance para la sociedad.

Ahora bien, ¿podemos dar respuesta a nuestra pregunta-problema? ¿Sufren discriminación o se les niega el derecho a adoptar?

A mi entender, al existir herramientas legales -como lo son la ley de matrimonio igualitario, el derecho a no discriminar por razones de orientación sexual, el derecho a formar una familia- no debería existir discriminación o que se les niegue el derecho a adoptar, porque básicamente existe tal ley que les reconoce y ampara este derecho. El problema aquí es que,

[41] Ley 26618. Artículo 42.
[42] CIDH. Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América. 12 de noviembre de 2015. Párr. 1.

lamentablemente gran parte de la sociedad piensa diferente, y es quien juzga, discrimina, los tilda de “raros”, “desviados”, “enfermos”, utilizando argumentos como “el niño adoptado, al criarse con padres homosexuales, se convertirá en homosexual”, otro sector sostenía que “si la naturaleza no les permite formar una familia, la legislación tampoco debe hacerlo”. Éste problema se incrementará cuando, las personas que discriminen, sean operadores judiciales, administrativos, por ejemplo del RUA. El periódico “Perfil” de Argentina elaboró una nota, y en ella fue consultada la Dra. Karina Bigliardi, la cual afirma esto, si bien las parejas homosexuales como heterosexuales son iguales frente a la adopción, lo complicado será que los operadores jurídicos o administrativos que intervienen puedan vencer los prejuicios y ser objetivos en la práctica.

En la nota, también es consultada la directora del Instituto contra la Discriminación de la Ciudad de Buenos Aires, la cual menciona que sólo el 2% de los postulantes en el Registro Único de Aspirantes a guarda con fines adoptivos son matrimonios o parejas igualitarias, ella adjudica ésta baja proporción a una discriminación internalizada, la cual provoque que muchos de los posibles aspirantes crean que éste proceso les será difícil y que no deben adoptar. Esto también es sostenido por Andrea Rivas, abogada y presidenta de la Asociación Familias Diversas, la cual comenta que muchas parejas homosexuales consideran que si a una pareja heterosexual, de por sí ya les cuesta llevar a cabo el trámite, a ellos les costaría aún más porque se les suma el posible prejuicio de la justicia. Entonces buscan otras vías, como por ejemplo, la subrogación de vientres, muy usual últimamente en nuestro país.

Para bajar a la realidad un caso concreto, podemos señalar el caso del profesor tucumano Fabián Vera del Barco, quien decide iniciar los trámites de adopción y al llegar a la oficina del Registro de Adopciones, consulta cómo debe hacer para iniciar el trámite, y recibe como respuesta “Venga con su señora y llene la ficha”; siendo un claro ejemplo que las personas homosexuales **si** sufren discriminación, además de tener que batallar con prejuicios de operadores jurídicos. Otro, puede ser el caso –también en Tucumán- de una pareja homosexual, la cual en el año 2016 inició los trámites de adopción, pero aún no tienen el apto, es decir que no son postulantes formales, porque la psicóloga que les realizo la entrevista hace ya un tiempo, no presentó el informe de la misma; dejando entrever la falta de recursos y estructura del sistema, la cual pone a prueba la templanza, paciencia y ganas

de continuar con el trámite que deben construir las postulantes para no abandonar en el proceso.

No es coincidencia que dos de los casos que utilizamos para contrastar ésta teoría sucedieron en la misma provincia, a mi entender juega un papel importantísimo la religión al momento de construir una opinión. Es decir que, lamentablemente, ésta vulneración de derechos, el acceso a la adopción y demás serán cotidianas en provincias conservadoras como Salta, Tucumán, Catamarca.

Entonces, sin extendernos más, podemos afirmar que lamentablemente, las parejas homosexuales si sufren discriminación, a los cuales también –en cierta medida- se les niega el derecho a adoptar.

Otro de los interrogantes que surgió al momento de plantear el trabajo fue ¿qué demuestran los estudios sobre las familias homoparentales? Ya que –como mencionábamos anteriormente- existen ciertos prejuicios en relación a ésta.

Uno de los argumentos que utilizan los críticos de las familias homoparentales es que los NNA que sean criados por una familia homoparental se "convertirán" en homosexuales. Ante esto, surgen varios estudios que buscan dar respuestas. Por ejemplo, Alyson Taub establece que:

"una teoría que propone que el principal determinante de la orientación sexual son variables hormonales y neurológicas que operan durante la gestación de las personas y que se activan en la pubertad. Aunque la experiencia pre-adolescente y el medio ambiente pueden contribuir a la orientación sexual de una persona"[43]

Es decir, que la paternidad o maternidad homosexual no va a influir necesariamente en que los niños se "transformen" en homosexuales, porque básicamente existen otros factores que sí van a influir en esa condición.

Otros que estudiaron esta teoría son investigadores británicos como Bailey, Bobrow, Wolfe, Mikach, Petterson entre 1992 y 1995, los cuales pudieron observar que no existe evidencia que pueda sostener que hay más homosexuales, los cuales fueron criados en

[43] Araceli PEREZ GONZALEZ (2016) "*Homoparentalidad Un nuevo tipo de familia*". Universidad de Chile. Santiago de Chile. Pág 48.

familias homoparentales, de aquellos que fueron criados por padres heterosexuales. Su investigación se basó en entrevistar a adolescentes criados por familias homoparentales, en donde "*Al preguntar a estos adolescentes sobre sus preferencias sexuales, manifestaciones de afecto, actividad sexual y fantasías eróticas hacia personas del mismo o diferente sexo biológico, un 10% -consistente con la media poblacional- manifiesta no ser heterosexual"*[44]

En base a ésta investigación, Tasker y Golombok en el año 1995, también deciden estudiar la teoría, y encuentran que los hijos de familias homoparentales pueden hablar sobre su sexualidad de manera más abierta, sin miedos. A su vez, Susan Golombok –directora del centro de Investigación Familiar de la Universidad de Cambridge- y Fiona Tasker –de la Universidad de Londres- estudiaron la influencia de los padres homosexuales en la orientación sexual de sus hijos –durante 10 años en más de 40 niños criados por familias homosexuales como heterosexuales-, los resultados de la misma arrojaron que de 25 niños criados por familias homosexuales, sólo 2 se identificaban como homosexuales. Y, en cuanto a los roles de género, observaron que no existen diferencias en los comportamientos con niños criados por familias heterosexuales.

La psicóloga –profesora e investigadora de la Universidad de Clark- basó su investigación en entrevistar a 50 adultos criados en familias homoparentales, los cuales manifestaron ser más tolerantes y ser más empáticos con las minorías. También fueron consultados por sus relaciones, los cuales dijeron:

> *"no tener roles de género tan estereotipados para establecer en relaciones heterosexuales, al tener ideas más flexibles sobre género y sexualidad"*[45]

Otro que va a opinar al respecto es González, a través de un estudio llevado a cabo en el año 2002 en España, observó que niños criados por familias homoparentales como por heterosexuales, van a preferir los mismos amigos, juguetes, profesiones para el futuro. A su vez va a notar cómo los niños criados por familias homoparentales son más flexibles en cuanto al género, y lo ejemplificó de la siguiente manera:

[44] Inés ARISTEGUI. (2014) "Parentalidad Gay/Lésbica: Funcionamiento Emocional y Adaptación Psicológica de los Hijos de Parejas del Mismo Sexo". Universidad de Palermo. Buenos Aires. Pág 83
[45] Ibídem.

"A diferencia de sus compañeros, consideran que determinados objetos, como una plancha o un martillo -culturalmente definidos como femenino y masculino respectivamente pueden ser utilizados tanto por hombres como por mujeres"[46]

Luego, otro de los argumentos utilizados por los críticos, es que éstos NNA adoptados por familias homoparentales es la carencia del rol materno o el rol paterno. A raíz de este argumento, van a surgir una serie de estudios, los cuales puedan verificar si esto es cierto.

Es así, que psicólogas como Suzanne Johnson y Elizabeth O´Connor van a investigar y llegar a la conclusión que:

"…muchas madres lesbianas logran este objetivo realizando visitas regulares a su propia familia, para que los niños puedan trabar la relación con sus abuelos, tíos y primos"[47]

Es decir, que el hecho de que estos niños o adolescentes se críen con familias homoparentales no significa que no reconozcan o puedan relacionarse con otros géneros, un ejemplo que cita la Dra. Araceli Pérez González es el caso "Atala Riffo y niñas" en donde la CIDH va a argumentar que la confusión de roles de género se va a generar por:

"el testimonio de las personas cercanas a las menores [de edad], como son las empleadas de la casa, hacen referencia a juegos y actitudes de las niñas demostrativas de confusión ante la sexualidad materna que no ha podido menos que percibir en la convivencia en el hogar con su nueva pareja y aparte de los efectos que esa convivencia puede causar en el bienestar y desarrollo psíquico y emocional de las hijas, atendida sus edades, la eventual confusión de roles sexuales que puede producírseles por la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género femenino, configura una situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores [de edad] respecto de la cual deben ser protegidas"[48]

Los roles de género también van a ser estudiados por Richard Green –psicólogo y psiquiatra estadounidense- el cual para darle una respuesta a éste argumento decide

[46] Ibídem. Página 82.
[47] JOHNSON, S. y O'CONNOR, E. 2005. Madres Lesbianas: guía para formar una familia feliz. Buenos Aires: 193p.
[48] Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de febrero de 2012. Caso Atala/ Riffo y niñas: 42-43 p.

entrevistar a 56 niños criados por familias homosexuales y 48 niños criados por familias heterosexuales, las preguntas que realiza van a estar relacionadas con programas de televisión favoritos, personajes, juguetes, juegos preferidos. Ésta investigación va a arrojar que aquellos nuños criados por familias homosexuales tienden a no seguir roles de género, a diferencia de los niños criados por familias heterosexuales. Los resultados de ésta investigación se publicaron en la Reunión Anual de la Asociación Americana de Psicología del 1979, formando parte en la actualidad de aquellos estudios que validan la postura adoptada por ésta institución.

Otro de los prejuicios que tienen los críticos de éste tipo de familia, es que piensan que los NNA adoptados van a sufrir bullying porque sus padres son homosexuales, en donde en muchas ocasiones, no son solo prejuicios de los críticos sino también, de los futuros postulantes a la adopción.

Es así que investigadores como Mc Nair, Gartrell, Hamilton entre otros, van a buscar contrastar ésta teoría, y durante la investigación van a observar cómo muchos padres van a ocultar su orientación sexual ante padres de los amigos de sus hijos, o ante compañeros del colegio, deporte etc. Sin embargo esto no sucede en la mayoría de los padres, por el contrario, no ocultan su sexualidad ni orientación sexual, ya que buscan preparar a sus hijos ante agresiones homofóbicas, y que sus hijos crezcan sin estigmas, prejuicios, viendo que no hay por qué reprimir u ocultar su orientación sexual, buscan que sus hijos crezcan con libertad. Un claro ejemplo de estos estudios arroja que:

"la mayoría de las familias lesbianas que participan en los estudios de Gartrell, envían a sus hijos a colegios que promueven la diversidad y el multiculturalismo y educan a sus niños bajo el principio de la tolerancia y el respeto por el otro"[49]

No sólo los adultos desarrollan estrategias ante los prejuicios homofóbicos, los niños también lo hacen. Gartrell, Golombok y Petterson estudian cómo los niños entre los 5 y 11 años cambian su comportamiento a medida que van tomando conciencia de los prejuicios ajenos. Por ejemplo, entre los 5 a 7 años responden a las preguntas de sus familias sin problema, ni vergüenza. Luego, a partir de los 8 años, comienzan a ser más selectivos a la

[49] Inés ARISTEGUI. (2014) "Parentalidad Gay/Lésbica: Funcionamiento Emocional y Adaptación Psicológica de los Hijos de Parejas del Mismo Sexo". Universidad de Palermo. Buenos Aires. Pág 83

hora de contestar, ya que sus pares no comprenden y juzgan. Sin dudas, la etapa más difícil es alrededor de los 11 años, ya que estos ven cómo sus pares comienzan a denigrar verbalmente a aquellas personas homosexuales. Inés Aristegui, se referirá a ésta problemática, de la siguiente manera:

"Si bien no se reportan incidentes serios de acoso o agresión en la niñez, algunos chicos reciben burlas sobre la sexualidad de sus padres".[50]

Fiona Tasker –de la Universidad de Londres- realizo en el año 2008 una investigación sobre familias homoparentales y observó que para los niños criados por familias homoparentales, aquellas burlas o ataques les resultan raros, porque ellos fueron criados libremente. Por otro lado, también observó que muchas familias heterosexuales no tenían prejuicios en contra de las homosexuales, avalando la convivencia de sus hijos con niños criados por familias homoparentales; llegando a la conclusión que los prejuicios se aprenden en casa, los primeros en juzgar son los padres.

También se juzgaba el hecho de que el desarrollo evolutivo de los hijos de padres homosexuales era diferente que aquellos criados por padres heterosexuales. Es así que el Medical Journal of Australia se encargó de investigar –durante 30 años- y erradicar este mito. Por medio del Instituto Melbourne Children`s comparó niños criados por parejas del mismo sexo como niños criados por parejas heterosexuales, observan que el crecimiento, el sentido físico, emocional y social se desarrolla normalmente. Esto fue ratificado por la Academia Americana de Pediatría, la cual sostiene que no existe relación entre la orientación sexual de los padres y el desarrollo del sentido emocional de los niños.

Alicia Crowl, investigadora de la Facultad de Psicología de la Universidad de Michigan, también opina al respecto, explicando que la autoestima y los comportamientos de los niños se van a determinar por la educación y disciplina que reciban de sus padres, es decir que no existe relación entre la autoestima de un niño y la orientación sexual de sus padres.

[50] Ibídem.

A su vez, van a existir teorías que afirmen que el hecho de querer ser padres por parte de parejas homosexuales es un capricho, que los hijos tengan dificultades emocionales, o que difieren de otros niños.

En primer lugar, vamos a tratar de responder si verdaderamente se trata de un capricho. La psicóloga Janet Noseda va a señalar lo siguiente:

"en mis más de diez años de experiencia con personas homosexuales, lesbianas y transexuales, he visto yo misma lo que los estudios han publicado: las parejas del mismo sexo que son padres o madres, crían a sus hijos de manera saludable, se involucran en la escuela, les entregan amor y afecto y sus hijos crecen psicológicamente sanos."[51]

Dando a entender que, para las parejas homosexuales, tener hijos no se trata de un capricho sino de un deseo el cual afrontan con compromiso, respeto y amor.

Por otro lado, nos encontramos con un prejuicio de aquellos hombres que desean adoptar un hijo. En el año 2006, Haces Velasco planteo que ciertas personas homosexuales, sienten que la posibilidad de adoptar un hijo, y formar una familia se ve obstaculizada por la presión social de demostrar que son buenos padres. Es decir, que tienen "*la necesidad de dar garantías de ser buen padre para justificar su paternidad ante otros, a diferencia de los hombres heterosexuales que no deben convencer a nadie de su derecho y su supuesta capacidad natural para ejercer la paternidad"*[52]

En conclusión, podemos afirmar que:

- ✓ El hecho de que los padres de un NNA sean homosexuales no va a influir en la orientación sexual de ese niño, niña o adolescente.
- ✓ En cuanto a los roles, no hace falta tener un papá o una mamá que cumpla con la figura materna y femenina o paterna y masculina, los NNA pueden encontrar esas figuras en sus tíos, abuelos, padrinos, amigos de los padres.
- ✓ El desarrollo social, físico, emocional no se ve afectado por crecer en una familia homoparental.

[51] Araceli PEREZ GONZALEZ (2016) "*Homoparentalidad Un nuevo tipo de familia*". Universidad de Chile. Santiago de Chile. Pág 44.
[52] Inés ARISTEGUI. (2014) "Parentalidad Gay/Lésbica: Funcionamiento Emocional y Adaptación Psicológica de los Hijos de Parejas del Mismo Sexo". Universidad de Palermo. Buenos Aires. Pág 82.

- ✓ Si reciben bullying o son acosados. Pero, a mi entender, los niños acosan a otros no sólo por tratarse de hijos de parejas homosexuales, sino que por ser más alto, más flaco, más gordo, porque usa lentes, porque camina diferente, porque tiene nariz más grande, porque habla diferente, por su color de piel. Es decir, no podemos tomar sólo como parámetro que los padres de un niño sea homosexual.

Capítulo V:

Derecho comparado

CAPÌTULO V: DERECHO COMPARADO

En este capítulo buscaremos plantear qué sucede en el resto del mundo respecto de la adopción homoparental, para que ésta investigación no sea extensa decidimos tomar cinco países: Uruguay, Brasil, Chile, México y España.

Uruguay

En el caso de Uruguay, éste fue el primer país de Latinoamérica en aprobar la adopción homoparental.

Pero, antes de abocarnos por completo en la AH en Uruguay, creemos que es importante desarrollar brevemente uno de los antecedentes más relevantes que tuvo la AH, como es la ley 18.246.

Dicha ley en su art. 1 va a establecer que *"La convivencia ininterrumpida de al menos cinco años en unión concubinaria genera los derechos y obligaciones que se establecen en la presente ley, sin perjuicio de la aplicación de las normas relativas a las uniones de hecho no reguladas por ésta"*[53].

Pero a su vez, en el art. 2 va a definir qué es una "unión concubinaria" y, a su vez, va a dejar en claro que no importa el sexo, orientación, identidad u opción sexual de la persona. Puntualmente, establece que *"A los efectos de esta ley se considera unión concubinaria a la situación de hecho derivada de la comunidad de vida de dos personas -**cualquiera sea su sexo, identidad, orientación u opción sexual**- que mantienen una relación afectiva de índole sexual, de carácter exclusiva, singular, estable y permanente, sin estar unidas por matrimonio entre sí y que no resulta alcanzada por los impedimentos dirimentes establecidos en los numerales 1º, 2º, 4º y 5º del Artículo 91 del Código Civil.*"[54]

¿Por qué mencionamos a la ley de Unión Concubinaria como un antecedente? Porque hasta el año 2008, la ley de adopciones permitía que parejas casadas –unidas en matrimonio- adoptarán legalmente., como lo mencionan Aguilar, Hincapié y Rodríguez en su tesis, se deja en evidencia que *"... una vez más la crisis en la que ha caído el concepto de familia*

[53] Ley 18246 de la República Oriental del Uruguay. Art 1.
[54] Ibídem. Art 2.

tradicional en el derecho nacional, siguiendo tendencias internacionales innovadoras en la materia"[55]

Ahora bien, luego de esto, en el año 2009 se aprobó la ley 18590 del Código de Niñez y Adolescencia Uruguayo, el cual modificó disposiciones relativas a la adopción, como por ejemplo, permitió que parejas en concubinato o con unión civil puedan solicitar la adopción de un menor, centrándose –como mencionan Yudy Guzmán y Laura Chaparro en su tesis- en *"el control de las inserciones de niños/as en familias cumpliendo así con los fines de la adopción propuestos por el Instituto del Niño y Adolescente de Uruguay (INAU) y el Poder Judicial"*[56]

Ésta nueva ley originó más cambios, como por ejemplo, el orden de los apellidos del menor adoptado, qué paso se deben seguir para adoptar a un menor, quienes estarán facultados para adoptar. En relación a las personas que están facultadas para adoptar, éstos deben tener presente que, si existen uno o más familiares de la familia de origen del niño o adolescente adoptado, éste podrá preservar dicha relación con su familia de origen; ya que *"…el niño tendrá siempre derecho a mantener los lazos con su familia de origen si se estima que existen las condiciones necesarias para ello"*[57]

Como mencionamos anteriormente, esto va a estar regulado por el Código de Niñez y Adolescencia Uruguayo, el cual va a tener como principio fundamental el Interés Superior del Niño y Adolescente, el cual a su vez –como menciona Letizia Ruso- *"... habla de escuchar al niño, éste tiene derecho a ser escuchado en lo que se refiere a la toma de decisiones que lo involucra, siempre teniendo en cuenta la edad del niño"*[58]

Asimismo, dicho Código en su artículo 149, establece que una vez que se realiza la legitimación adoptiva, caducan los vínculos de filiación adoptiva anteriores –salvo los supuestos que establece el art. 91 del Código Civil-. Debiendo constar dicha caducidad en el acta de inscripción original del niño o adolescente.

---

[55] AGUILAR, HINCHAPIÉ y RODRÍGUEZ. "La adopción de parejas homosexuales en Colombia y Uruguay". Universidad Cooperativa de Colombia. Villavicencio. 2016. Pág. 25.

[56]CHAPARRO y GUZMAN MUÑOZ. "Adopción homoparental. Estudio de derecho comparado a partir de las respectivas de los países de Latinoamérica que la han aprobado". Universidad EAFIT. Medellín. 2017. Pág 32.

[57] Ibídem. Pág. 33

[58] RUSO Leticia. "Adopción. Familias homoparentales" Universidad de la República. Uruguay. 2012. Pág 32.

Luego, en cuanto a los requisitos para que un niño pueda ser adoptado, el artículo 140. De la le 18590 establece lo siguiente:

"Pueden ser adoptados aquellos niños, niñas y adolescentes que por disposición judicial fueron entregados en tenencia para su adopción, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

A) Se haya dispuesto la pérdida de patria potestad respecto de los progenitores que la tuvieran.

B) Haya transcurrido al menos un año de tenencia en la familia adoptante, en condiciones favorables a su desarrollo integral.

C) El niño, niña o adolescente haya prestado su consentimiento. Si no fuere capaz de hacerse entender de ninguna forma, prestará su consentimiento el defensor del mismo, que se le designará a tales efectos.

D) Que el o los adoptantes tengan al menos 25 años de edad, con quince años más que el niño, niña o adolescente a adoptar. Por motivo fundado y expreso el Tribunal podrá otorgar la adopción aun cuando alguno de los adoptantes no alcanzaren la diferencia de edad con el adoptado o adoptada, reduciéndola hasta un límite que admita razonablemente que éste pueda ser hijo de los adoptantes.

Tratándose de cónyuges o concubinos, deben computar al menos cuatro años de vida en común"[59]

Y, luego, por otro lado el Código de Niñez y Adolescencia va a establecer los requisitos que deben cumplir aquellas personas que desean adoptar a un niño o adolescente, enunciando lo siguiente:

"1) La adopción simple se permite a toda persona mayor de veinticinco años, cualquiera sea su estado civil, y siempre que tenga por lo menos quince años más que el adoptado, y hubiera tenido al niño o adolescente a su cargo por el mínimo de un año.

[59] Ley 18950 (Uruguay). Art. 140.

2) El tutor no puede adoptar al niño o adolescente hasta que hayan sido aprobadas judicialmente las cuentas del cargo.

3) Nadie puede ser adoptado por más de una persona, a no ser por dos cónyuges que tengan por lo menos un año de matrimonio y hubieran tenido al niño o adolescente a su cargo por un término no inferior a un año. Si no se computara el año de matrimonio, pero hubiera existido durante dicho lapso un concubinato estable que culminó en matrimonio, se incluirá a los efectos de la tenencia, el período de la unión libre. Por motivo fundado y expreso, el Tribunal podrá otorgar la adopción aun cuando alguno de los cónyuges o ambos no alcanzaren la diferencia de edad con el adoptado o adoptada, reduciéndola hasta un límite que admita razonablemente que éste pueda ser hijo de los adoptantes. Ninguno de los cónyuges puede adoptar sin el consentimiento expreso del otro, salvo que estuviere impedido de manifestar su voluntad o que exista sentencia de separación de cuerpos.

4) Se permitirá la adopción por parte del nuevo cónyuge o concubino del padre o madre del hijo habido dentro del matrimonio o habido fuera del matrimonio reconocido del otro cónyuge o concubino.

5) Realizada la adopción, la separación o divorcio ulterior de los cónyuges no los exime de sus obligaciones para con el adoptado menor de edad"[60]

Luego, en cuanto al proceso, una vez que el juzgado de Familia apruebe la adopción, el Departamento de Adopciones del Instituto del Niño y del Adolescente de Uruguay –a través de su equipo técnico- va a asignar la familia para ese menor. Posteriormente, el mismo Instituto dará la aprobación final. El juzgado la otorgará. Finalmente, se les entregará a los padres la sentencia, la cual servirá para que éstos inscriban al menor en la Dirección General del Registro de Estado Civil. Dicha inscripción va a depender si los padres están casados o no; si los padres se encuentran casados, el hijo se inscribe como dentro del matrimonio. Por el contrario, si los padres no están casados, el hijo se inscribe como fuera de término.

En Uruguay, son pocos los casos conocidos en el país. Sin embargo, hay un caso relevante para el ordenamiento jurídico uruguayo; en el año 2013 un juez concede la adopción de niño de dos años a una pareja de mujeres que formalizó su unión concubinaria.

[60] Ibídem. Art. 135

Según relatan Chaparro y Guzmán en su tesis, "*La pareja se presentó ante la justicia para tramitar la adopción de la menor, hija biológica de una las reclamantes, concebida a través de un proceso de inseminación intrauterina. La juez en su sentencia indicó que la pareja conformaba una familia y constituían un hogar en el que le brindaban a la niña un cuidado afectivo que correspondía a todas sus necesidades; además, reunía todos los requisitos exigidos por la ley, estos son: tener más de 25 años de edad, ambas mujeres tienen más de 15 años que la menor, además de 4 años de convivencia con la madre natural y ésta ha tenido a la niña bajo su guarda desde su nacimiento, habiéndose ratificado la convivencia de la menor con esta pareja*"[61]

Brasil

En dicho país, la adopción homoparental no está regulada, el Código Civil brasilero al regular la adopción no hace ninguna mención respecto de la sexualidad de los padres adoptantes. En consecuencia, muchas parejas homosexuales interpretan esto bajo la consigna "lo que no está prohibido, está permitido". Sin embargo, la AH fue aprobada –en distintas situaciones- por medio de sentencias judiciales; pero esto no significa que esté regulada ya que no existe un consenso o trato igualitario en todos los casos que se presenten.

En el año 2005, surgió un caso que podríamos entenderlo como "precedente". A través de un fallo en la Ciudad de Bagé (Estado de Rio Grande do Sil) un juez de la Niñez y la Juventud le concedió a una pareja de mujeres la adopción de dos hermanos –los cuales habían estado a cargo de una de ellas desde que pequeños-. En esa ocasión, el juez argumentó que "*la sociedad no puede negar la existencia de parejas del mismo sexo, a las que calificó como un determinismo biológico, más una simple opción sexual; por ésta razón estimó que la creación de un ambiente de afecto en el que los niños van a vivir cumple con todos los requisitos suficientes que muchas veces no pueden no pueden predicarse de aquellas parejas consideradas "normales"".* [62]

Con el pasar de los años, se fueron dando otros casos; y en base a éstos el presidente del Instituto Brasileño de Derecho de Familia (IBDDFAM), Rodrigo Pereira Da Cunha va a

[61] CHAPARRO y GUZMAN MUÑOZ. "Adopción homoparental. Estudio de derecho comparado a partir de las respectivas de los países de Latinoamérica que la han aprobado". Universidad de EAFIT. Medellín. 2017. Página 35.
[62] Ibídem, Pág.27.

referirse a éstas decisiones opinando que "*... esto ayuda a avanzar en un área donde no se puede avanzar por medio de la legislación, toda vez que en la actualidad no existe una le sobre matrimonio igualitario y adopción en el país, por lo que todos los casos se han resuelto a través de la vía judicial*"[63]

A su vez, la ex magistrada de la Corte Suprema de Río Grande Do Sol, María Berenice Días, va a opinar que "*La Constitución evitó el reconocimiento de la unión estable entre parejas del mismo sexo únicamente sobre la base de un prejuicio ético, oponiéndose a los principios de igualdad, libertad y dignidad humana. Dado que las relaciones heterosexuales y homosexuales no son diferentes, las mismas normas jurídicas deben ser aplicadas por analogía (...) ni siquiera la literatura de vanguardia cree que sea posible aplicar la legislación de familia debido a la redacción de la Constitución*"[64]

Finalmente, en el año 2010, con la intención de elevar la institución homoparental a la ley federal, la Comisión de Constitución y Justicia presentó un proyecto de ley nacional. El objetivo del mismo era que se prioricen los derechos de los NNA a convivir en familia –establecido en el Estatuto del Niño y Adolescente-. Éste proyecto fue tratado por la Cámara de Representantes, los cuales retiraron la palabra "por pareja del mismo sexo" causando que dicho proyecto de ley pierda su esencia. Es así que, al día de hoy, Brasil permite la adopción homoparental por medio de sentencias judiciales.

<u>Chile</u>

Recientemente, el 7 de diciembre de 2021 el Congreso Nacional Chileno aprobó el proyecto de ley que autoriza el matrimonio entre dos personas del mismo sexo, el cual se formalizó a través de la ley 21.400.

Con dicha ley se modificaron nomenclaturas como "marido y mujer" por "cónyuges", en uno de sus artículos establece que *"Las leyes u otras disposiciones que hagan referencia a las expresiones marido y mujer, marido o mujer, se entenderán aplicables a todos los cónyuges, sin distinción de sexo, orientación sexual o identidad de género."*.[65]

[63] CHAPARRO y GUZMAN MUÑOZ. "Adopción homoparental. Estudio de derecho comparado a partir de las respectivas de los países de Latinoamérica que la han aprobado". Universidad de EAFIT. Medellín. 2017. Página 29.
[64] Ibídem. Pág. 30
[65] Ley 21400 (Chile).

En síntesis, ésta ley reconoce que parejas del mismo sexo van a ser titulares de derechos y deberes al igual que una pareja heterosexual.

Ahora bien, nos preguntaremos ¿cómo repercute ésta modificación en materia de adopción? Sobre esta cuestión fue consultada la subsecretaria de Derechos Humanos, Lorena Recabarren, quien opinó que si bien la legislación chilena en materia de adopción utiliza el término "cónyuges" sin distinguir sexos; lo que va a aportar la ley de matrimonio igualitario es colocar en plano de igualdad a parejas heterosexuales y homosexuales.

España

En el año 2004, se trató el anteproyecto de ley del matrimonio igualitario, y en consecuencia la adopción homoparental.

Dicho debate fue extenso, se citaron a once profesionales (seis psicólogos, tres abogados, un psiquiatras y un médico) los cuales opinaron sobre las ventajas y desventajas de la adopción homoparental. La mayoría, ponía en manifiesto que no existe evidencia que demuestren aspectos negativos.

Sin embargo, una de las opiniones en contra que surgió en el debate es la del psiquiatra Aquilino Polaino, el cual manifiesta:

"las personas con conducta homosexual padecen una patología, y que tienen un perfil psicológico caracterizado por un padre hostil, distante y alcohólico, una madre sobre protectora para los niños y fría para las niñas, ausencia de juegos y destrezas motoras, ausencia de identificación con sus iguales del mismo sexo, timidez extrema y en algunos casos haber sufrido abuso sexual"[66]

Finalmente, en el año 2005 -luego de que se aprobará el proyecto de ley de matrimonio igualitario- por medio de la ley 13/2005 se modificó el Código Civil español principalmente en cuanto a l matrimonio. Uno de los efectos más importante que causó dicha modificación es que, a partir de ese momento los matrimonios homosexuales tendrían los mismos derechos para poder acceder a un proceso de adopción.

[66] GARCÍA, A., & MARTÍNEZ, P. Adopción homoparental, un nuevo modelo de familia. INFOCOP Nº 24.Edit. Consejo General de Colegios Oficiales de Psicólogos. España. 2005

Dentro de las principales modificaciones en torno al matrimonio, se pueden observar las siguientes: que en su art. 44 agregar una 2da parte integrando a los matrimonios por parejas del mismo sexo, puntualmente establece:

"El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código.

El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo"[67]

Ahora bien, como mencionamos anteriormente, la sanción de la ley de matrimonio igualitario en España provocó efectos colaterales, como por ejemplo con la adopción. El Código Civil Español, en su artículo 175 establece requisitos en general para adoptar, los mismos son:

- El adoptante debe ser mayor de 25 años. En caso de que ser dos adoptantes, bastará que uno de ellos alcance los 25 años;
- La diferencia de edad entre el adoptado y adoptante no podrá ser de menos de 16 años, y como de 45 años, salvo que el adoptado sea el hijo del cónyuge o persona unida por análoga relación.
- No podrán ser adoptantes los que no puedan ser tutores de acuerdo a lo que establezca el Código Civil Español;
- Sólo se podrán adoptar menores no emancipados, salvo que un año antes de la emancipación hubiera existido una situación de acogimiento por parte de los futuros adoptantes; a un pariente en segundo grado de la línea colateral por consanguinidad o afinidad, o a un pupilo por su tutor hasta que haya sido aprobada definitivamente la cuenta general justificada de la tutela;
- El menor solo podrá ser adoptado por una persona, salvo que se adopte conjuntamente por un **matrimonio** o pareja unida por análoga relación;

Como vemos, uno de los requisitos es que el menor sea adoptado por un matrimonio, el cual a partir del año 2005 puede estar formado por una pareja homosexual.

[67] Código Civil Español. Artículo 44.

Por otro lado, en cuanto a la jurisprudencia, podemos destacar una sentencia del Tribunal Constitucional, data del año 2012, en donde setenta y un senadores del Grupo Popular del Congreso presentaron un recurso de inconstitucionalidad, ya que entendían que la ley 13/2005 lo era, la cual violaba el artículo 39 de la Constitución, puntualmente apartados 1,2 y 4.

El Tribunal Constitucional va a fallar alegando lo siguiente:

"… es posible que los hijos ya sean adoptados por un progenitor independientemente de su identidad sexual y luego sean adoptados por el cónyuge, lo que permite regular las familias homoparentales, por lo que la nueva interpretación del artículo otorga la posibilidad de la adopción conjunta por las parejas casadas con independencia del sexo de los cónyuges"[68]

México

En el año 2010, a partir de la reforma a los artículos 146 y 391 del Código Civil para el Distrito Federal se reconocieron tanto derechos como obligaciones a personas gays, bisexuales, transexuales, transgénero, travestistas e intersexuales en materia de matrimonio y adopción.

En torno a esta reforma, la cual permite a parejas homosexuales adoptar menores, van a surgir diferentes opiniones, tanto en contra como a favor.

Por un lado, nos podemos encontrar con argumentos en contra como es el caso del Ministro de la Suprema Corte de Justicia Mexicana, Sergio Aguirre, quien expresó que *"las personas homosexuales sufren mayores desajustes psicológicos relacionados con el estrés respecto de las personas heterosexuales, "factor que puede tener influencia en el desarrollo de los menores"*[69]

Otro de los argumentos en contra es el de Lázaro Tenodio Godinez –doctor en Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México- va a plantear que los niños que sean criados por familias homoparentales corren riesgo por el simple hecho de "*pertenecer a una familia diferente a la nuclear tradicional, generando confusión y prejuicios en el*

[68] STC Pleno de 6 de noviembre de 2012.
[69] MEDINA TREJO, Antonio. "La adopción en familias homoparentales, una realidad en la ciudad de México". Revista Defensor. Ciudad de México. 2014. Pág 2.

desarrollo de su personalidad, con consecuencias lamentables a corto, mediano y largo plazo"[70]

En respuesta a estas críticas, un grupo de activistas llevaron a cabo un "cabildeo" el cual permitió obtener 39 votos a favor, 20 votos en contra 5 abstenciones.

Como mencionamos anteriormente, se reformaron el artículo 146 y 391 del Código Civil del Distrito, el cual a partir de la reforma describe al matrimonio como:

"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"[71]

Mientras que el nuevo artículo 391 menciona que podrán adoptar:

"I. *Los cónyuges en forma conjunta, que al menos tengan dos años de casados;*

II. Los concubinos en forma conjunta, que demuestren una convivencia ininterrumpida de al menos dos años;

III. Las personas físicas solteras mayores de 25 años;

IV. El tutor al pupilo una vez aprobadas las cuentas de su administración; y

V. El cónyuge o concubino al hijo de su compañero que ejerza de manera individual la patria potestad y que demuestre una convivencia ininterrumpida al menos de dos años.

Los cónyuges o concubinos podrán adoptar cuando los dos estén conformes en considerar al adoptado como hijo y aunque solo uno de ellos cumpla con el requisito de edad a que se refiere este capítulo, pero siempre y cuando la diferencia de edad entre cualquiera de los adoptantes y el adoptado sea de 17 años de edad cuando menos. En todos los casos ambos cónyuges o concubinos deberán comparecer ante la presencia judicial en el procedimiento de adopción."[72]

[70] Tenorio Godínez Lázaro, "Matrimonio entre homosexuales y adopción de hijos, paradigmas por resolver", en Revista de Derecho Privado, edición especial, México, UNAM, 2012, pp. 311-326
[71] Código Civil para el Distrito Federal. Artículo 146.
[72] Ibídem. Artículo 391.

Ahora bien, según el artículo de Antonio Medina Trejo, hasta el año 2014 existían muy pocas solicitudes de adopción por parte de parejas gays, Medina Trejo cree que se debe a la homofobia social y a idea de que las personas homosexuales no pueden tener a su cargo la educación de menores. Basándose en esto, el psicoterapeuta Alberto Tariño va a explicar que esto se da porque "*han tenido que preparar con mayor tiempo y racionalmente el momento de la maternidad o paternidad, [lo que les ha permitido] adelantar situaciones negativas y poder anticipar tanto la respuesta emocional deseable para ese momento, como las herramientas o soluciones para los potenciales problemas*"[73]

Otra de las razones por las que se cree que las parejas no adoptan es altos números de discriminación que arrojó la Encuesta Nacional sobre Discriminación en México (Enadis) del año 2010, la cual arrojo que 7 de cada 10 personas están en desacuerdo con que las personas del mismo sexo adopten. En Guadalajara, Jalisco, 7.8 de cada 10 personas indicó estar en desacuerdo; en Monterrey, Nuevo León, 6.8 y en la ciudad de México 6.7.

Por otro lado, los mexicanos y extranjeros que deseen adoptar deberán cumplir con los siguientes requisitos y cumplir determinados pasos:

- Ser mayor de 25 años;
- Tener una diferencia de al menos 18 años con el menor;
- Podrán adoptar tanto cónyuges o concubinos;
- Nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo que estén casados;
- El adoptante tendrá respeto de la persona y bienes del adoptado, iguales derechos y obligaciones que con sus hijos biológicos;
- El adoptante le dará un nombre y sus apellidos al adoptado, salvo que por circunstancias especiales no sea conveniente;

Con el paso de los años, la adopción homoparental se fue legalizando en diferentes Estados de México, como fue el caso de Coahuila en el año 2014. Luego, en el año 2016 se legalizó en los Estados de Bajo California, Chihuahua, Queretano. Dos años más tarde, en el

[73] MEDINA TREJO, Antonio. "La adopción en familias homoparentales, una realidad en la ciudad de México". Revista Defensor. Ciudad de México. 2014. Pág 4.

año 2018 se legalizó en Puebla, Chiapas y Narayarit. Finalmente, en el año 2019 se legalizó en Aguacalientes, Hidalgo y San Luis Potosí.

DISPOSICIONES FINALES

Conclusión

Ahora sí, para darle un cierre a dicho trabajo nos parece pertinente elaborar una conclusión final. De tal modo, podemos afirmar en primer lugar que, la familia tal y como nosotros la vemos –y vivimos- hoy en día, no es la misma que la que vivieron y/o conformaron nuestros abuelos o padres; esto se debe a los grandes cambios culturas vividos.

Por otro lado, centrándonos en la familia homoparental, vimos como lamentablemente existen "tabúes" acerca de las familias y la crianza homoparental, los cuales en mayor o menor medida pudimos responder gracias a estudios de profesionales, o bien de hijos criados por familias homoparentales. Por ejemplo, muchas personas creen –y afirman- que aquellos hijos criados por familias homoparentales iban a ser gays; en su "lógica" lo homosexualidad no sería un condición sino que sería una elección o construcción que se elegiría por el sólo hecho de crecer en una familia homoparental.

En síntesis, podemos observar que con respecto a ésta temática existe falta de información, y a raíz de esto existen diversos prejuicios, que no hacen más que retrasar y generarles inseguridades a familias homoparentales, o a aquellos que desean formar una.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aguilar, H. (s.f.). La adopción de parejas homosexuales en Colombia y Uruguay. Universidad Cooperativa de Colombia.

Álvarez Baelo, M. (Marzo de 2013). "La adopción. Historia del amparo socio-jurídico del menor". La Coruña, España.

Aristegui, I. (2014). Parentalidad Gay/Lésbica: Funcionamiento Emocional y Adaptación Psicológica de los Hijos de Parejas del Mismo Sexo. Buenos Aires, Argentina: Universidad de Palermo.

Badilla, A. E. (s.f.). El derecho a la constitución y a la protección de la familia en la normativa y la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Boletín de Jurisprudencia LGBTIQ . (2018). Ministerio Público de Defensa.

Bossert&Zannoni. (2005). Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires, Argentina: Astrea.

Buhler. (s.f.). Vida y Cultura en la Edad Media México. Fondo de Cultura Económico.

Carlucci, K. d. (2014). Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial Argentino.

Castro, F. V. (s.f.). La familia: Una realidad histórica y sociocultural. Revista Galego-Portuguesa de Psicoloxia e educación.

CIDH. (2015). Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América. .

CIDH. (s.f.). Caso María Eugenia Morales contra Guatemala. Informe Final.

Código Civil Español. (s.f.).

Código Civil para el Distrito Federal. (s.f.).

Código Civil y Comercial comentado. (s.f.).

Código Civil y Comercial de la Nación. (s.f.).

Convención Interamericana de Derechos Humanos. (s.f.).

Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, Asamblea General de las Naciones Unidas. (2008).

Estrada. (s.f.). Familia, matrimonio y adopción: algunas reflexiones en defensa del derecho de las parejas del mismo sexo a construir familia y de los menores a tenerla. Universidad del Norte.

Flores, I. C. (2018). La adopción por familias homoparentales en México. Analisís del Interes Superior del Niño. Villahermosa, Tabasco, México: Universidad Juárez Autónoma de Tabasco.

Flores, L. R. (s.f.). Adopción Homoparental: Ensayo de Investigación. Guadalajara, México: Universidad de Guadalajara .

Flores, M. F. (2009). Infancias judicializadas. Estudio histórico sobre la colocación de menores en la Ciudad de Córdoba: 1848-1972. Cordoba, Argentina.

García de Valdeavellano, L. (s.f.). La comunidad patrimonial de la Familia en el Derecho Medieval Español. . Salamanca.

García de Valdeavellano, L. (1956). *"La comunidad patrimonial de la Familia en el Derecho Medieval Espaol" Acta Salmaniticensia. Tomo III. Pàgs 24-25.* Salamanca.

García&Martinez. (s.f.). Adopción homoparental, un nuevo modelo de familia. España: Consejo General de Colegios Oficiales de Psicólogos .

Godoy. (2009). Evolución de la Familia y el matrimonio. Valencia.

Gomez, S. M. (2015). La familia y su evolución. México: Universidad Juárez Autónoma de Tabasco.

Gonzalez, A. P. (s.f.). Homoparentalidad Un nuevo tipo de familia. Santiago de Chile: Universidad de Chile.

Gutierrez, L. (2018). Regulación de la adopción homoparental en España. Santa Cruz de Tenerife, España: Universidad de La Laguna.

Herrera. (2015). Manual de Derecho de las Familias. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.

Humanos, C. I. (s.f.). Reconocimiento de personas LGBTI. Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

JOHNSON&O'CONNOR. (2005). Madres Lesbianas: guía para formar una familia feliz. Buenos Aires.

Juan, M. F. (s.f.). Familia, homoparentalidad y derechos del niño. De padres, madres e hijos en una sociedad plural. Argentina: Colectivo de Derecho de Familia.

Lázaro, T. G. (s.f.). Matrimonio entre homosexuales y adopción de hijos, paradigmas por resolver. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Ley 18246 de la República Oriental del Uruguay. (s.f.).

Ley 18950 (Uruguay). (s.f.).

Ley 21.400 (Chile). (s.f.).

Ley 26618. (s.f.).

Ley de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. (s.f.).

Lora, L. (s.f.). El discurso jurídico sobre el interés superior del niño.

M.C.D y B.D S/ ADOPCIÓN. Expte nº 22038/2014" Pág 5. (s.f.).

Medina&Roveda. (s.f.). Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.

Muñoz&Chaparro. (2017). Adopción homoparental. Estudio de derecho comparado a partir de las respectivas de los paises de Latinoamerica que la han aprobado. Medellín: Universidad EAFIT.

Murua, M. (s.f.). *La adopción: Antescedentes, evolución nuevos desafios.*

Nofal, L. (2010). Adopción homoparental: derechos LGT1 a la adopción . Buenos Aires, Argentina: Universidad de Belgrano.

Reglamento General de Beneficencia Pública decretado por las Cortes extraordinarias de 1821 y sancionado el 6 de febrero de 1822. 1837. (s.f.). Barcelona, España: Imprenta Gaspar.

Restrepo, L. C. (s.f.). Breve análisis comparado de la adopción homoparental entre Argentina y Colombia. Santiago de Calí, Colombia: Universidad Libre.

Ruso, L. (2012). Adopción. Familias homoparentales. Uruguay: Universidad de la República.

Sánchez, C. V. (2008). La familia: concepto, cambios y nuevos modelos. La Revue du REDIF.

Sangalli&Otros, M. N. (s.f.). El interes Superior del Niño en las Adopciones Homoparentales.

Sentencia Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. (2007).

Sentencia Caso Atala Riffo y Niñas. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (s.f.).

Sola, M. C. (s.f.). PRECEDENTES ROMANOS SOBRE ADOPCION,. Universidad Pública de Navarra.

STC. (s.f.).

Testa, G. (s.f.). Adopción y parentalidad homosexual ¿impedimiento natural o prejuicio social? La Ley.

Trejo, A. M. (s.f.). La adopción en familias homoparentales, una realidad en la ciudad de México. México : Revista El Defensor .

Vallverdú, J. (s.f.). Reflexiones históricas sobre la adopción. Universidat Autónoma de Barcelona.

Venier, C. (s.f.). La adopción homoparental en el Derecho Argentino. Argentina: Universidad Siglo XXI.

Vera, E. R. (s.f.). El caso Fornerón y el interés superior del niño.

Villalba, C. (s.f.). Imitar a la naturaleza. La adopción de los niños en los años 60: entre ficciones legales y prácticas consetudinarias.

CARTAS

Carta: Reserva de tema

Hernandez, Marina Milagros

ABOGACÍA
Legajo: B00006313-J1 / Estado: (ER) - Egresado Regular / Campus: 099 UAI - BERAZATEGUI / Año: 5° / Turno: Tarde / Letra: A

Re:

De: **Miceli, Marilina** - Marilina.Miceli@UAI.edu.ar

Para: **Hernandez, Marina Milagros** - MarinaMilagros.Hernandez@Alumnos.uai.edu.ar **Cespedes, Viviana Elisabet** - Viviana.Cespedes@UAI.edu.ar

Fecha: 4/19/2021, 5:44:54 PM

Tema registrado. Atte

Get Outlook para Android

From: Hernandez, Marina Milagros <MarinaMilagros.Hernandez@Alumnos.uai.edu.ar>
Sent: Monday, April 19, 2021 4:14:45 PM
To: Miceli, Marilina <Marilina.Miceli@UAI.edu.ar>
Subject:

Buenas tardes, soy alumna de 5to año de derecho, sede Berazategui. Me comunico por este medio para hacer la reserva del tema de la tesis. Mi tutora será la Dra Adriana Guglielmino.
El tema es "La adopción homoparental en Argentina".
Le adjunto el proyecto de tesis desarrollado en Metodología de la investigación.

Aguardo su respuesta. ¡Muchas gracias!

Obtener Outlook para Android

Carta: Petitorio de tutoría

Buenos Aires, a los 18 días del mes de Abril de 2021.

A la Sra. Profesora

Dra. Guglielmino, Adriana del Carmen

de la Universidad Abierta Interamericana

De mi mayor consideración:

La que suscribe, Hernández Marina Milagros, en mi carácter de alumna de la Universidad Abierta Interamericana, me dirijo a Ud. A los efectos de solicitarle acepte ser presunta como tutora de mi trabajo final: ***"La adopción homoparental en Argentina. Marco teórico y jurisprudencial. Cambio en el paradigma de la familia. La familia homoparental"***.

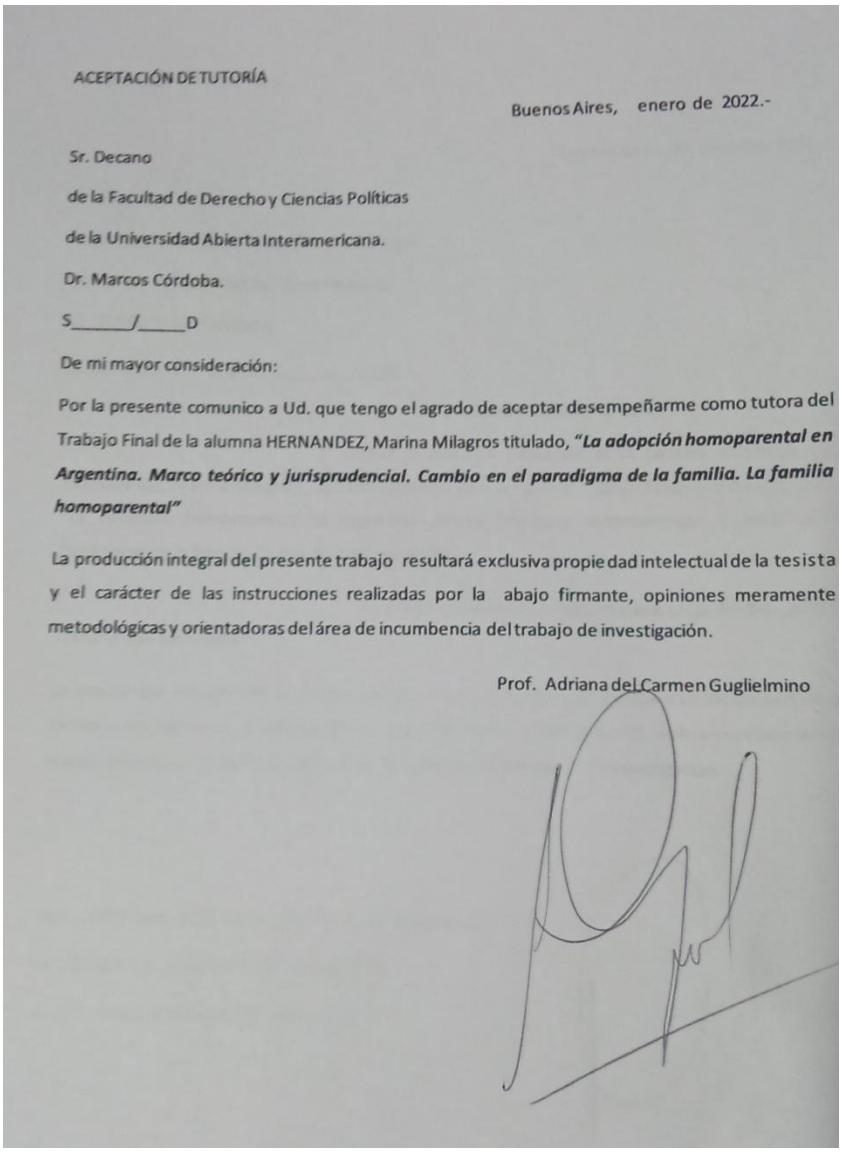
Saluda a Ud. Con mi mayor consideración.

Hernández Marina Milagros

Legajo: 6313- J1

Sede: Berazategui

Carta: Aceptación de tutoría



ACEPTACIÓN DE TUTORÍA

Buenos Aires, enero de 2022.-

Sr. Decano

de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

de la Universidad Abierta Interamericana.

Dr. Marcos Córdoba.

S_____/_____D

De mi mayor consideración:

Por la presente comunico a Ud. que tengo el agrado de aceptar desempeñarme como tutora del Trabajo Final de la alumna HERNANDEZ, Marina Milagros titulado, ***"La adopción homoparental en Argentina. Marco teórico y jurisprudencial. Cambio en el paradigma de la familia. La familia homoparental"***

La producción integral del presente trabajo resultará exclusiva propiedad intelectual de la tesista y el carácter de las instrucciones realizadas por la abajo firmante, opiniones meramente metodológicas y orientadoras del área de incumbencia del trabajo de investigación.

Prof. Adriana del Carmen Guglielmino

Carta: Elevación de tesis

Nota de elevación de Tesis

Buenos Aires, de enero de 2022

Sr. Decano

De la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

De la Universidad Abierta Interamericana

Dr. MARCOS M.CORDOBA.

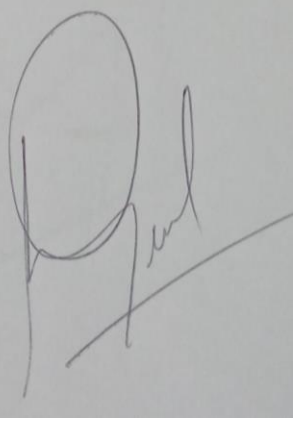
S / D:

De mi mayor consideración:

Por la presente comunico al Sr. Decano que la alumna HERNANDEZ, Marina Milagros, ha confeccionado bajo mi guía el trabajo Final, que lleva el *título: "La adopción homoparental en Argentina. Marco teórico y jurisprudencial. Cambio en el paradigma de la familia. La familia homoparental"*

Considero que el trabajo merece ser defendido ante el Tribunal que se designe.

La producción integral del presente trabajo resulta de exclusiva propiedad intelectual de la tesista y el carácter de las instrucciones realizadas por la abajo firmante, opiniones meramente metodológicas y orientadoras del área de incumbencia del trabajo de investigación.



NOMBRE Y APELLIDO: Adriana del Carmen Guglielmino

DIRECCIÓN; Av. Olazabal 5214 piso 4 of 27

E mail : adguglielmino@hotmail.com