

## HOMOPARENTALIDAD, ADOPCIÓN E IDENTIDAD

**Autor:** Mariel Molina de Juan\*

### **Resumen:**

*La progresiva aceptación social de parejas del mismo sexo, abre puertas a la homoparentalidad. Sin embargo, el Cc y C omitió una de las vías más importantes para que muchas parejas puedan acceder a ella al suprimir la gestación por sustitución. A ellas solo les queda adoptar, pero la adopción es una figura paradójica que no siempre resulta viable, más aún en los casos de homosexualidad. Esta ponencia pretende mostrar algunas de las dificultades que enfrenta, y hasta dónde juegan los prejuicios en la praxis judicial.*

*Para garantizar el derecho a la vida familiar de las parejas del mismo sexo se postula: (i) que la evaluación de las condiciones de idoneidad de los adoptantes no dependa de la orientación sexual, (ii) la importancia de la adopción de integración para el respeto por la identidad dinámica de los hijos, y (iii) la necesidad de regular la gestación por sustitución.*

### **1. Presentación del problema.**

Las significativas transformaciones producidas en la sociedad argentina de los últimos años ponen en evidencia una gran variedad de formas de vivir y consolidar las relaciones entre adultos y niños dentro de cada grupo familiar. Aunque la crianza de niños por parejas homosexuales no es un fenómeno nuevo, como tampoco lo es que personas LGTB cuiden solas a sus hijos, es cierto que las transformaciones de las últimas décadas han incrementado y visibilizado todo un cúmulo de relaciones socioafectivas que impactan, especialmente, en la construcción de la identidad de los hijos.

Estos cambios sociales tuvieron su correlato en el mundo jurídico que, desde hace más de un quinquenio, inició un largo camino hacia la superación de las formas más íntimas de discriminación. En el año 2010 se sancionó la ley 26618 que permitió casarse a personas del mismo sexo. Dos años más tarde, la ley 26743 reconoció el derecho a la identidad de género y colocó al país a la vanguardia en la reivindicación de los derechos humanos de sectores altamente estigmatizados. En este contexto, se abre un espacio fructífero para la protección jurídica de la familia homoparental. El Estado les asegura el disfrute de los mismos derechos que a las familias fundadas en uniones heterosexuales.

---

\* Doctora en Derecho Universidad Nacional de Cuyo. Profesora carrera de Doctorado en Derecho (UNC). Colaboradora en la Reforma CC y C Relaciones Familiares. Profesora de Familia y Sucesiones UCH.

El nuevo Código Civil y Comercial argentino recoge importantes avances, aunque no admite la posibilidad de ejercer el derecho a la parentalidad mediante *la gestación por sustitución*. En verdad, el Anteproyecto elaborado por la Comisión de reformas incluía el artículo 562, expresamente dedicado a esta forma de filiación. Pero la norma fue suprimida durante el trámite parlamentario, de modo que el texto sancionado prescinde de ella. Sin embargo, la sociedad argentina no es ajena a esta práctica, y cada vez con mayor frecuencia se debe enfrentar con incómodos problemas a la hora de determinar la filiación de los niños nacidos por la aplicación de esta técnica, con el inaceptable riesgo de vulnerar aspectos centrales de su identidad.<sup>1</sup>

Ante este panorama, la adopción deviene como la única vía admitida por la ley vigente para aquellas parejas en las que existe imposibilidad estructural de procrear, especialmente las integradas por hombres. Antes de la reforma estas parejas podían adoptar siempre que estuvieran casadas. La novedad es que ahora también les está permitido a los miembros de una unión convivencial. El art. 599 del Código Civil y Comercial indica que “El niño, niña o adolescente puede ser adoptado por un matrimonio o por ambos integrantes de una unión convivencial.”

En los párrafos siguientes me detendré en algunos aspectos que presentan estas adopciones, especialmente el derecho a la vida familiar, el impacto de la socioafectividad en la adopción de integración, y los problemas con los que se encuentra la elección del guardador en las adopciones por parejas del mismo sexo.

## **2. Prohibición de discriminar por razones de orientación sexual**

La igualdad y la prohibición de discriminar por razones de orientación sexual son postulados de hondo calado en el sistema de derechos fundamentales recogido por el ordenamiento jurídico argentino<sup>2</sup>.

Este mandato fue introducido expresamente al derecho infra constitucional por la ley 26618 mediante una norma de hermenéutica jurídica. En un sentido amplio, concordante con el sistema de los derechos humanos y el principio *pro homine*, el artículo 42 postuló una doble prohibición de discriminar: (a) Por razones de género, ya que garantizó la igualdad de derechos y obligaciones entre los integrantes del matrimonio; y (b) Por razones de orientación sexual, pues prohibió toda diferencia entre los matrimonios homosexuales y heterosexuales. Esta disposición tuvo impacto directo en la posibilidad de ser padres o madres por vía de la adopción, que se reflejó en el viejo art. 326.

De esta manera, es indiscutible que en la Argentina, desde el año 2010, la ley autoriza la adopción por matrimonios del mismo sexo.

De idéntico modo, el nuevo Código Civil y Comercial rescata la regla igualitaria en el art. 402 bajo el título “Principios de libertad e igualdad”.<sup>3</sup> El mandato legal excluye tanto la discriminación directa como lo indirecta. Es decir, no solo prohíbe toda distinción de trato con fundamento en la orientación sexual de sus integrantes, sino que

---

<sup>1</sup> Ver por ejemplo Juzgado Nacional de 1º Instancia en lo Civil N°. 86, 18/06/2013, “N.N. O D G M B M s/ inscripción de nacimiento”, 1º Juzgado de Familia, Mendoza. EXPTE. 714 OAV , p/med. Autosatisfactiva, 29-07-2015

<sup>2</sup> Conf. Corte IDH caso *Atala Riffo vs. Chile*, cit. párr. 136, nota 136

<sup>3</sup> Amplia en Fundamentos del anteproyecto.

además veda aquella otra forma más sutil de marginación, por medio de la cual la aplicación de una norma -formulada de una manera *neutra*- perjudica de hecho a las personas homosexuales.<sup>4</sup>

La prohibición de discriminar comprende y exige el respeto por la diferencia y garantiza que cada uno pueda elegir su propio destino sin sufrir consecuencias nefastas por ello.

### **2. 1. Derecho humano a la vida familiar.**

La garantía de igualdad ha sido especialmente fructífera en el terreno de las relaciones familiares homoafectivas, pues exige que toda diferencia legal se encuentre justificada; ello se excluye si el distinto tratamiento normativo desconoce los derechos fundamentales, en especial, el derecho humano a la vida privada y a la vida familiar.

La jurisprudencia de los tribunales internacionales recorrió un interesante camino en este sentido.<sup>5</sup> En este estudio se dedican varios párrafos al asunto *Atala Riffo vs. Chile* (2012), que versó sobre la responsabilidad internacional en la que incurrió Chile porque la justicia de ese país impidió a una madre tener la *tuición* de sus tres hijas por ser lesbiana.<sup>6</sup>

Aunque el caso no involucró la adopción de las niñas sino su cuidado y crianza por una madre lesbiana, muchas de sus construcciones argumentales resultan trasladables a la homoparentalidad adoptiva. El fallo sostuvo que el principio de no discriminación fundado en la orientación sexual de las personas constituye una categoría sospechosa y que, por ende, cabe aplicarle “un escrutinio estricto” (párr. 73). Propició la interpretación dinámica de los tratados (párr. 83) y entendió que dentro de la prohibición de discriminar por “cualquier condición social”, a la que alude la Convención, se incluye a la orientación sexual. Agregó que “la presunta falta de un consenso en el interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales, no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido” (párr. 92).

### **2. 2. Derecho a ser padres o madres.**

El derecho a la vida familiar involucra el de ser padre o madre, que suele ser una de las principales aspiraciones de la gran mayoría de la gente. Esta aspiración puede concretarse por la naturaleza, las TRHA o bien por la adopción.

Ante la supresión de la gestación por sustitución del anteproyecto de Código Civil y Comercial, para muchas parejas del mismo sexo, la única vía admitida es la adopción. Sin embargo, la realidad demuestra que este es uno de aquellos temas en que el debate en torno a la igualdad está más contaminado de prejuicios. La consideración de los derechos prioritarios del niño o adolescente a crecer en un ambiente familiar que les garantice el mejor desarrollo posible y la responsabilidad del Estado en la selección de

---

<sup>4</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída *El principio de igualdad y el derecho comunitario*, Academia nacional de derecho y ciencias sociales de Bs. As., Bs. As., 1997 p. 49.

<sup>5</sup> Ver por ejemplo TEDH “*Horst Michael Schalk y Johan Franz Kopf v. Austria*” (solicitud n° 30. 141/2004). Ampliar en KEMELMAJER DE CARLUCCI, ROMERO, HERRERA. RDF 2010-III, p. 263 y ss.

<sup>6</sup> Corte IDH “*Atala Riffo y Niñas c. Chile*”, 24/02/2012, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y HERRERA, Marisa, *Una voz autorizada del ámbito regional manda no discriminar en razón de la orientación sexual*, LL 2012 B 1254.

los pretensos adoptantes, se utiliza como argumento para poner en tela de juicio *la idoneidad* de aquellos que pretende adoptar, cuando son una pareja de personas homosexuales o lesbianas.

La escasa experiencia judicial que existe en la Argentina pone de resalto que la igualdad proclamada en el discurso jurídico no alcanza su correlato en la sociedad y que muchas de las prácticas jurídicas permanecen ancladas en el concepto tradicional de familia. Aunque se esté avanzando hacia la internalización de nuevos modelos familiares, el cambio de paradigma todavía no logra reflejarse en la realidad, al menos, en la dimensión esperable.<sup>7</sup>

### **3. El niño como centro de interés.**

Sentada la premisa de la igualdad en el derecho a la vida familiar desde la perspectiva de uno de los sujetos involucrados en la diada adoptiva (el o los adoptantes), corresponde entonces analizar los derechos de los niños sujetos de adopción.

Al regular la adopción, en consonancia con las más modernas legislaciones, el Código Civil y Comercial argentino comienza por dejar en claro que su objeto es la protección del derecho a la vida familiar de los niños y adolescentes en situación de vulnerabilidad. Dice: “*La adopción es una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen...*” (art. 594).

El horizonte simbólico del texto legal refleja que el foco no está puesto en el *derecho a ser padre o madre*. Descarta la mirada “*adultocéntrica*” y coloca en el eje al niño y adolescente, cuyo derecho a la vida familiar se trata de garantizar.

La intervención del Estado se da en dos instancias diferentes. Primero debe agotar todos los recursos posibles para que ese niño o adolescente pueda crecer en su grupo familiar de origen. Pero si esas estrategias fracasan y la familia (nuclear o ampliada) no es capaz de hacerse cargo y asumir la satisfacción de las necesidades afectivas y materiales del hijo para su crecimiento saludable, la adopción aparece como el instrumento jurídico más apto para concretarlo.

#### **3.1. Principios generales de la adopción en el Código Civil y Comercial**

El CC y C ofrece una suerte de “mapa de ruta” para orientar a los operadores hacia la concreción del objetivo fundamental: proteger al niño que se encuentra en una situación de vulnerabilidad porque no puede ser criado por su familia de origen. El art. 595 visibiliza los pilares sobre los que se edifica la regulación y brinda herramientas valiosas para interpretar las cuestiones que puedan suscitarse en la práctica. El análisis de los principios enumerados exige una visión sistémica y promueve la ponderación de todos los derechos en juego.

(i) El primer y principal cometido es responder *al interés superior del niño*. Como no podía ser de otro modo, este interés superior se enuncia en primer término porque es el eje sobre el cual gravita toda la protección de la infancia (CSJN Fallo 330:642;

---

<sup>7</sup> LOPEZ FAURA, Norma; *El acceso a la filiación adoptiva en las actuales configuraciones familiares según la reforma del Código Civil*, RDF 58 2013 p. 125.

328:2870) y es también un reflejo de los otros postulados que recoge la norma. El interés superior exige que se respete el derecho a conocer los orígenes y se preserve su identidad, que se agoten las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada, que se resguarden los vínculos fraternos, que se asegure el derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta.

No es fácil precisar el significado de esta fórmula lingüística, que podría enunciarse como un concepto jurídico “indeterminado,” por lo cual se requiere un especial esfuerzo de hermenéutica. Es paradójico que las decisiones más dispares invoquen el mismo principio para fundar soluciones opuestas, de ahí la necesidad de darle un contenido para que no termine siendo una fórmula vacía o abstracta.

En *Atala* se observan las consecuencias de manejar este concepto en forma apresurada. En su dictamen, la Comisión IDH cuestionó la interpretación que hizo del mismo la Corte Suprema de Chile, que “*tuvo como sustento las propias concepciones estereotipadas de los jueces sobre la naturaleza y efectos de las relaciones entre personas del mismo sexo*”. La Corte explicó que *ese interés superior no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos*.<sup>8</sup> Una vez explicitado en qué consiste este interés superior, “*la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia.*”<sup>9</sup>

(ii) El respeto por el derecho a la identidad opera como eje y punto de referencia obligado en toda adopción e involucra el interés superior. El sistema que crea el CC y C propicia el equilibrio entre las dos facetas de la identidad (estática y dinámica), sobre todo teniendo en cuenta que la Corte Federal ha advertido hasta qué punto la prioridad de uno sobre el otro puede generar uno de los problemas de más difícil solución (Fallos 328:2870; 331:2047; 330:1671; 330:642).<sup>10</sup> La faz dinámica de este derecho cobra especial relevancia en las adopciones homoparentales pues en la mayoría de los supuestos, vienen a consolidar una identidad construida a lo largo de los años.

(iii) La protección integral de la infancia exige que se promueva el derecho a permanecer en la familia de origen o ampliada (CDN, art. 5, 9, 18; ley 26.061 art. 7), cuestión también vinculada al derecho a la identidad (art. 11 ley 26.061). Se prohíbe la separación del niño por razones de pobreza, sin embargo, este derecho no es absoluto: “*cuando la propia familia del niño no puede ni siquiera con un apoyo apropiado, proveer al debido cuidado del niño, cuando lo abandona o renuncia a su guarda, el Estado es responsable de proteger los derechos del niño y de procurarle un acogimiento alternativo adecuado, con las entidades públicas locales o competentes o*

---

<sup>8</sup> Corte IDH, *Atala Riffo vs. Chile*, cit. Párr. 110

<sup>9</sup> Corte IDH. *Atala Riffo vs. Chile*, cit., párr. 109

<sup>10</sup> En doctrina, prestigiosos autores se explayaron sobre esta problemática. Ver por ejemplo, GROSMAN, Cecilia y HERRERA, Marisa, *¿El tiempo sentencia? A propósito de un fallo sobre restitución y adopción del alto tribunal*, en SJA 5/10/2005 y JA 2005-IV-32.

*las organizaciones debidamente habilitadas de la sociedad civil, o a través de ellas*”.<sup>11</sup>

(iv) La preservación de los vínculos fraternos se encuentra estrechamente vinculada al principio anterior y, como tal, tampoco es absoluto. Aunque lo ideal es que los grupos de hermanos sean adoptados por la misma familia, si ello no es posible o no es beneficioso en el caso concreto, se debe procurar mantener el vínculo afectivo y jurídico entre ellos, aunque no se confiera la adopción de todos a las mismas personas.

(v) El último principio enumerado en el art. 595 CC y C es la participación del niño o adolescente en su adopción (conf. art. 12 CDN, arts. 24 y 27 de la ley 26.061). Este mandato se incluye el derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta, a intervenir en el proceso de adopción en carácter de parte, y a dar su consentimiento para ser adoptado, que es exigido a partir de los 10 años de edad (art. 617), reconociendo así que los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal.<sup>12</sup>

### **3. 2. Interés superior del niño y la condición sexual de los padres**

A esta altura del desarrollo se impone elaborar algunas respuestas al clásico interrogante: ¿la orientación sexual de los padres o madres incide en los propósitos de la adopción?

El argumento utilizado por aquellos, que primero se oponían al reconocimiento legal y que hoy –ante la consagración normativa – siguen rechazando la elección de guardadores homosexuales, está centrado en el viejo mito de que ser criado por personas homosexuales afecta el desarrollo saludable del niño.

No es necesario indagar demasiado para observar hasta qué punto en el imaginario social todavía subyacen preconceptos que obstruyen el camino hacia la igualdad verdadera. El estigma se manifiesta en afirmaciones como: *los homosexuales y lesbianas son personas insanas, inestables, incapaces de formar familia y carentes de habilidades parentales* (que denota confusión entre homosexualidad y pedofilia), o *los niños y niñas que crecen con homosexuales no hacen una vida normal, o serán también ellos homosexuales* (lo que refleja su valoración negativa de esta condición sexual). Afirman que se condena al niño a tener dos padres o dos madres, o que al privarlos de los *dos modelos de identificación* (paterno y materno) se promueve un desarrollo psicológico alterado o que los niños tienen menos probabilidades de prosperar en las familias encabezadas por padres del mismo sexo. Preguntan con sarcasmo simplista: *¿quién será la madre y quién el padre de niñas o niños adoptados por parejas del mismo sexo?*, o apelando a la complicidad: *¿usted dejaría que su hijo vaya a la casa de un compañerito cuyos padres son del mismo sexo?*

En verdad, no hay registros científicos de daño potencial o eventual riesgo en el establecimiento de vínculos afectivos entre hijos y padres homosexuales, ni se detectan diferencias esenciales en la identidad de género, comportamiento u orientación sexual

---

<sup>11</sup>Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños. Naciones Unidas. A/RES/64/142 del 24.02.2010. Ampliar en KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. y HERRERA, M.: “*Familia de origen vs. familia adoptiva: De las difíciles disyuntivas que involucra la adopción*”, en: Sup. Const. 2011 (noviembre), 09/11/2011, 20; LL, 2011-F, 225

<sup>12</sup>Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7. Realización de los derechos del niño en la primera infancia, CRC/C/GC/7, 30 de septiembre de 2005 párr. 17.

del niño, que sostengan seriamente que ser criados por padres del mismo sexo puede comprometer su estabilidad emocional.

No son más que prejuicios, aniquilados por la Corte IDH en el caso “Atala”, que descarta la existencia de argumentos científicos que justifiquen una prioridad “en abstracto” a la pareja heterosexual frente a aquella compuesta por dos papás o dos mamás.

El fallo revisó la jurisprudencia más prestigiosa que se ha referido a esta temática con claridad (párr. 126) y agregó que *“en decisiones judiciales respecto a la custodia de menores de edad, la consideración de la conducta parental, sólo es admisible cuando existen pruebas específicas que demuestren en concreto el impacto directo negativo de la conducta parental en el bienestar y desarrollo del niño o la niña. Esto en aras de la necesidad de aplicar un escrutinio mayor cuando la decisión judicial se relacione con el derecho a la igualdad de grupos poblacionales tradicionalmente discriminados como es el caso de los homosexuales”* (párr. 127). Luego de valorar un cúmulo de estudios científicos concluyó que la convivencia de menores de edad con padres homosexuales no afecta per se su desarrollo emocional y psicológico. Dichos estudios concuerdan en que: *i) las aptitudes de madres o padres homosexuales son equivalentes a las de madres o padres heterosexuales; ii) el desarrollo psicológico y el bienestar emocional de los niños o niñas criados por padres gays o madres lesbianas son comparables a los de las niñas o los niños criados por padres heterosexuales; iii) la orientación sexual es irrelevante para la formación de vínculos afectivos de los niños o las niñas con sus padres; iv) la orientación sexual de la madre o el padre no afecta el desarrollo de los niños en materia de género respecto a su sentido de sí mismos como hombres o mujeres, su comportamiento de rol de género y/o su orientación sexual, y v) los niños y las niñas de padres homosexuales no son más afectados por el estigma social que otros niños.*<sup>13</sup>(párr. 128).

Tampoco es admisible justificar una diferencia de trato en la posible discriminación social a la que se podrían enfrentar los niños por la condición sexual de la madre o el padre. Al respecto, la Corte fue terminante a afirmar que *“un posible estigma social debido a la orientación sexual de la madre o el padre no puede considerarse un daño válido a los efectos de la determinación del interés superior del niño. Si los jueces que analizan casos como el presente constatan la existencia de discriminación social es totalmente inadmisibles legitimar esa discriminación con el argumento de proteger el interés superior del menor de edad”* (párr. 121).

Lo dicho no implica desconocer que estos padres o madres están obligados a soportar prejuicios frente a lo que la sociedad percibe como “diferente,” quizás lo mismo que sucedía con los hijos de padres divorciados cuando se incorporó el divorcio vincular y que hay una suerte de necesidad de “explicar socialmente” sus familias de una manera que sus compañeros no lo hacen.<sup>14</sup> Pero eso no es motivo suficiente para diferenciar, restringir o silenciar.

---

<sup>13</sup> Corte IDH, Atala Riffo, cit.

<sup>14</sup> Ampliar en GOLOMBOK, Susan, *Stigmatisation, not structure, causes problems for children in ‘non-traditional’ families*. (La estigmatización, no la estructura, es lo que causa problemas a los niños en familias 'no tradicionales'). Family Law week. 13-3-2015.

#### **4. Orientación sexual y selección del guardador o adoptante.**

En verdad, el impacto de la orientación sexual para la selección del guardador o adoptante cobra verdadera relevancia en los casos de adopción conjunta de un niño o adolescente por una pareja homosexual. Cuando se trata de la adopción del hijo del cónyuge o conviviente homosexual, solo se persigue el reconocimiento jurídico de una socioafectividad consolidada.

##### **4. 1. Adopción “en” parejas del mismo sexo.**

La realidad demuestra que en la práctica existen muchos hogares en los cuales niños y adolescentes son criados por dos personas del mismo sexo. Esto sucede, por ejemplo, cuando el progenitor que tiene bajo su cuidado al hijo conforma una unión homosexual y ambos integrantes pasan a cumplir roles de “pareja parental.” Se consolida entre ellos una relación de cariño, al tiempo que ambos adultos comparten las responsabilidades respecto de los niños.

En principio, si la pareja contrae matrimonio nace entre el cónyuge del padre o madre y el niño un parentesco por afinidad. Si no lo hace y vive en unión convivencial no hay vínculo de parentesco y, aunque se reconozcan algunos efectos jurídicos, están limitados mayormente a la convivencia y fundados en ella (progenitor afín). En consecuencia, aunque este vínculo socio afectivo encuentre algún tipo de protección con base en el parentesco o en el carácter de progenitor afín, ello no refleja la realidad ni tutela adecuadamente la identidad dinámica que atraviesa a ese hijo.

De ahí la importancia que cobra en estos núcleos familiares la adopción de integración. La jurisprudencia del TEDH registra un antecedente en un asunto contra Austria (2013) en que dos mujeres que vivían en una relación estable presentaron un acuerdo de adopción para que una de ellas pueda adoptar al hijo de la otra. La Corte Constitucional y la Suprema Corte de Justicia de Austria rechazaron aprobar el acuerdo. El TEDH entendió que la diferencia de trato entre parejas homosexuales y heterosexuales no casadas, en las cuales uno de sus integrantes desea adoptar al hijo del otro, viola la prohibición de discriminación y el derecho a la vida familiar privada —arts. 14 y 8, Convención Europea de Derechos Humanos—, pues se fundamenta en la orientación sexual, y no existen razones convincentes de que sea una distinción necesaria para la protección de la familia o de los intereses de los menores.<sup>15</sup>

En otro caso resuelto en Brasil (2010), el Superior Tribunal confirmó la adopción en una pareja de mujeres; tuvo en consideración que la solicitante efectivamente ya vivía con las niñas, brindándoles afecto, asistencia, educación, incluso apoyo económico.<sup>16</sup>

Algunos países solo admiten éste tipo adoptivo. En fecha reciente la Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia admitió la adopción *complementaria o por consentimiento* del hijo de la pareja (núm. 5° del art. 64, art. 66 y núm. 5° del art. 68 de la Ley 1098 de 2006), aunque con ello cerró la posibilidad de la adopción conjunta.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> TEDH “X and Others c. Austria” 19/02/2013, recurso N 19019/07 LA LEY 22/04/2013, 5 con nota de KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, HERRERA, Marisa, DE LA TORRE, Natalia Cita online: EU/JUR/1/2013.

<sup>16</sup> Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Brasil 27/04/2010.

<sup>17</sup> Corte Constitucional Colombia, Comunicado N° 6 Febrero 18 del año 2015 expte D-10.315 – Sentencia C-071/15 M. P. Jorge Iván Palacio.

En la Argentina, la adopción de integración se regula expresamente sin distinguir entre parejas homosexuales y heterosexuales ni el tipo de unión (matrimonial o convivencial). El art. 630 del Código Civil y Comercial deja en claro que esta adopción no afecta el vínculo con el progenitor de origen. Consecuentemente, los efectos que genera sólo recaen sobre el adoptante, sin perjuicio del tipo adoptivo elegido. Contempla las diferentes situaciones que pueden presentarse; el pretense adoptado tiene: (i) doble vínculo filial y relación fluida con el otro progenitor no conviviente, (ii) doble vínculo filial pero nulo o escaso vínculo afectivo o personal con aquel, (iii) un único vínculo filial con el cónyuge o conviviente de quien pretende adoptar. En todo caso, la existencia de vínculo simple o doble de origen incide para determinar el tipo adoptivo y los efectos de la adopción.

La solución legal es la que mejor comulga con el interés superior de los niños, pues protege la socioafectividad y respecta su identidad dinámica; aquí no discute la elección del guardador, que no puede ser otro que el cónyuge o conviviente del progenitor.

De este modo, reconoce la existencia de un vínculo fáctico al que dota de fuerza legal. Hay dos adultos que tienen responsabilidades parentales reconocidas por el ordenamiento jurídico: obligación alimentaria, derecho–deber de comunicación, mayor y mejor protección de seguridad social, derechos sucesorios, etc.

#### **4.2 Adopción “por parejas del mismo sexo”**

Este es el caso en que el niño o adolescente se encuentra en *situación de adoptabilidad* (art. 607) y debe otorgarse la guarda con fines de adopción a un matrimonio o a los miembros de una unión convivencial. El art. 600 exige la inscripción de los pretendientes adoptantes en un registro creado a tal fin; mediante la intervención de un organismo estatal se procura asegurar la evaluación de las *condiciones de idoneidad* de los adoptantes.

Aquí es donde cobra verdadera relevancia la selección del guardador y el análisis de las pautas legales o judiciales para valorar su capacidad para ejercer el rol paterno. Aunque el Código Civil y Comercial excluye la discriminación por razones de orientación sexual, se observa que muchas prácticas y patrones culturales todavía parecen no haberse desprendido –al menos en la medida de lo esperable– del concepto tradicional de familia.<sup>18</sup>

El art. 613 indica que para la selección del guardador y a los fines de asegurar de un modo permanente y satisfactorio el desarrollo pleno del niño, niña o adolescente, se deben tomar en cuenta entre otras pautas: las *condiciones personales, edades y aptitudes del o de los pretendientes adoptantes; su idoneidad para cumplir con las funciones de cuidado, educación; sus motivaciones y expectativas frente a la adopción; el respeto asumido frente al derecho a la identidad y origen del niño, niña o adolescente.*

El texto se refiere a la *idoneidad para cumplir con las funciones parentales* de cuidado, educación, de modo que descarta la consideración apriorística de la condición sexual de los pretendientes adoptantes.

Insisto. Las *condiciones personales* a las que alude no pueden referirse a la orientación sexual. El art. 656 en relación con el ejercicio de la responsabilidad parental, siguiendo

---

<sup>18</sup> LOPEZ FAURA, Norma; *El acceso a la filiación adoptiva en las actuales configuraciones familiares según la reforma del Código Civil*, RDF 58 2013 p 125.

la jurisprudencia de la Corte IDH, aclara: “Cualquier decisión en materia de cuidado personal del hijo debe basarse en conductas concretas del progenitor que puedan lesionar el bienestar del niño o adolescente no siendo admisibles discriminaciones fundadas en el sexo u orientación sexual, la religión, las preferencias políticas o ideológicas o cualquier otra condición.” El texto es claro y prohíbe fundar cualquier decisión en el carácter homosexual o heterosexual de aquellos a quienes se asigna el cumplimiento de funciones parentales.

Como anticipé, todavía existe escaso registro de la jurisprudencia que tome nota de adopciones por parejas de gays o lesbianas, aunque existen algunas experiencias que no autorizaron la publicidad. Entre los conocidos, se puede mencionar un fallo del Juzgado de Río Grande,<sup>19</sup> que en fecha 27 de marzo de 2014 otorgó la adopción de dos niños institucionalizados y con problemas de salud a un matrimonio homosexual, cuya guarda preadoptiva había sido dispuesta por un tribunal de familia de Iguazú.<sup>20</sup>

Otro antecedente data del año 2013. Un juez otorgó la adopción de un bebé a un matrimonio integrado por dos varones. Según se lee en la sentencia, el trámite se inició luego de que la pareja de hombres tomara contacto *en forma particular* con una mujer. El fallo argumentó que las objeciones a la conveniencia en el otorgamiento de una determinada adopción se vinculan a aquellas que serían atendibles para la generalidad de los casos, *sin que el hecho de que los adoptantes sean dos padres o dos madres sea como tal fundante de la inconveniencia sino, en todo caso, las circunstancias individuales de cada caso particular.*<sup>21</sup>

Este fallo merece una reflexión sobre las cuestionadas “entregas directas” de niños. Esta posibilidad no está admitida en el nuevo CC y C (art. 611); aunque la versión originaria reconocía la socioafectividad como base para la elección de los progenitores, el texto sancionado la suprimió.

De todos modos, una vez más, habrá que estar atento al efecto del tiempo en la consolidación de los vínculos afectivos y la formación de la identidad dinámica cuando se trata de niños que han sido entregados en forma directa por su progenitora a los guardadores. Habrá que esperar la respuesta de los tribunales más aun cuando recientes antecedentes de los máximos tribunales se muestran proclives a admitirlo, especialmente en protección de la identidad dinámica de los niños.<sup>22</sup>

## 5. Conclusiones.

La concreción de los derechos de las personas homosexuales es un anhelo de toda sociedad que se precie de pluralista y democrática. No es suficiente que la ley enuncie o reconozca sus facultades; es indispensable que la comunidad acomode sus prácticas y tome conciencia que su derecho a ser padres o madres no está en discusión.

---

<sup>19</sup> Juzgado de Familia y Minoridad N 1 Río Grande “M.D.C. y B. D s/ADOPCIÓN”, Expte N° 22.038/2014,

<sup>20</sup> Juzgado de Familia de Iguazú, .S.G.D. Y otro s/Guarda con fines de adopción”, Expte. 6.463 3/09/2013

<sup>21</sup> Juzgado de Familia de Rosario. D. I. – R., S. S/ Guarda preadoptiva”, Expte. N° 2990/13. ADOPCION PLENA (6.12.2013)

<sup>22</sup> Entre otros, STJ, Santiago del Estero, “G. L. G. y A. I. H” 27/03/2014., CSJN M. M. S. s/guarda , 27/05/2015, ed. ErreNews - Novedades - N° 2159

En esta ponencia he tratado de poner de resalto que, no obstante los avances del Código Civil y Comercial, todavía queda mucho camino por recorrer para garantizar desde el discurso legal y judicial, el derecho de todos a la vida familiar.

Por eso propongo:

- La regulación de la gestación por sustitución como una vía apta para garantizar el derecho a la identidad y a la vida familiar de niños y adultos.
- Reconocer la importancia de la adopción de integración como herramienta fundamental para consolidar la identidad dinámica de muchos niños criados por parejas homosexuales.
- Que la evaluación de las condiciones de idoneidad de los adoptantes no se encuentre sujeta a su orientación sexual.