



**UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPTO. DE DERECHO PRIVADO**

**Adopción de Niños por personas homosexuales
¿Pertinentemente Viable?**

**Tesis para optar al Grado de Licenciado en Ciencias
Jurídicas y Sociales**

Tesista: Daniel Manzur Mazú

**Profesores Guías: Maricruz Gómez de la Torre
Vargas- Gabriel Hernández Paulsen**

Santiago, 2008.

Tabla de Contenido

Resumen.....	1
Introducción.....	2
• Capítulo I: La Adopción: ¿Qué es? ¿Qué persigue?.....	6
1. Definiciones.....	6
2. Fundamentos de la Adopción.....	8
3. Principios que inspiran el Régimen Adoptivo Chileno.....	10
3.1 La adopción como reparación.....	10
3.2 El Interés Superior del Niño.....	12
3.2.1 El interés Superior del Adoptado.....	17
3.3. El Principio de la subsidiariedad de la adopción y de la prioridad de la familia biológica.....	20
3.4. El Principio de Preferencia de la Familia Matrimonial.....	22
3.5. El Principio de la Verdad Biológica. La Protección de la Identidad del Adoptado.....	24
3.6. Irrevocabilidad de la Adopción.....	26
4. Características de la Adopción en la Ley Chilena.....	26
• Capítulo II: Aproximación a un concepto de Homosexualidad.....	30
1. Sexualidad Humana e Identidad Sexual.....	31
2. El proceso de Identificación Sexual.....	33
3. Definiciones.....	37
4. Naturaleza y Sexualidad.....	40
5. Factores que inciden en la Homosexualidad.....	47
6. ¿Es cambiante la Homosexualidad?.....	54
7. Breves Conclusiones.....	57

• Capítulo III: Adopción y Homosexualidad en el Derecho Comparado e Internacional- Breves menciones.....	59
1. Introducción y fugaz mirada a la situación mundial actual.....	59
2. Jurisprudencia Extranjera.....	62
2.1. Jurisprudencia Comparada relativa a la Adopción.....	63
2.2. Jurisprudencia Comparada relativa al derecho de visita (o <i>relación directa y regular</i>).....	68
3. Jurisprudencia Internacional.....	73
3.1. Un caso representativo.....	73
3.2. E.B. con Francia.....	75
4. Derechos Sexuales.....	86
• Capítulo IV: Concibiendo la posibilidad.	
<i>Cuando lo posible se vuelve improbable</i>	87
1. Supuestos que podrían concurrir.....	87
1.1. Adopción por ambos convivientes conjuntamente.....	87
1.2. Adopción por sólo uno de los miembros de la unión.....	89
1.3. Adopción por parte del homosexual que no vive en pareja.....	92
1.4. Adopción del hijo del conviviente homosexual.....	94
2. Argumentos a favor.....	96
2.1. Los homosexuales y sus derechos.....	96
2.2. ¿Por qué es importante para los homosexuales la adopción?.....	99
2.3. Algunos Casos Reales.....	100
3. Argumentos en contra.....	107
3.1. ¿Por qué hombre y mujer son diferentes?.....	108
3.2. ¿Discriminación o diferenciación?.....	113
3.3. ¿Se está creando, a priori, un riesgo para el niño?.....	126
3.4. Manifestaciones Concretas del Interés Superior del Niño.....	131
3.4.1. Un niño requiere de padre y madre.....	132
3.4.2. Las madres y los padres crían de manera diferente.....	134

3.4.3. Las madres y los padres juegan de manera diferente.....	137
3.4.4. Los padres se van hasta los extremos; las madres fomentan la seguridad.....	137
3.4.5. Las madres y los padres se comunican de manera diferente.....	138
3.4.6. Las madres y los padres disciplinan de manera diferente.....	138
3.4.7. Los padres y las madres preparan a los hijos de manera diferente para enfrentar la vida.....	138
3.4.8. Los padres proveen un mirada al mundo de los hombres; las madres, al mundo de las mujeres.....	138
3.4.9. Los padres y las madres les enseñan a sus hijos a respetar al sexo opuesto.....	139
3.5. Estudios psicológicos relativos a hijos criados por homosexuales.....	141
3.5.1. Trabajo de George A. Rekers.....	147
3.5.2. Trabajo de Fontana, Martínez y Romeu.....	148
• Conclusiones.....	157
• Bibliografía.....	163

Resumen

Efectuando una sucinta descripción de la exposición que a continuación presentamos, señalamos que ésta comenzará su curso con una breve relación de lo que implica la adopción como institución en estudio: su definición; principios fundantes y finalidad; características, etc. Luego realizaremos un somero, pero no escaso, análisis de la realidad homosexual, recogiendo, entre otras cosas, lo que especialistas de distintas disciplinas (y asumiendo diferentes posiciones) han expresado respecto de las causas o, mejor expresado, factores que inciden en la homosexualidad, introduciendo eso sí este tema a través de la identidad sexual y el proceso de dicha identificación, todo lo cual ayudará a una visión integral del tema en estudio y capacitará al lector para obtener sus propias conclusiones.

A su turno, incluiremos en forma detallada lo que en la jurisprudencia extranjera e internacional se ha resuelto y concluido respecto a la adopción de niños, y más sucintamente respecto del derecho a tener una relación directa y regular con los mismos, por parte de homosexuales.

Además, recogeremos ciertos elementos de la psicología (de los cuales el Derecho no puede desentenderse, como ya advirtiéramos) para desentrañar cuán factible es que adopción y homosexualidad sean conceptos afines. Se concebirá la posibilidad consistente en que homosexuales adopten niños, contemplando los distintos supuestos que podrían configurarse, tratando de entender por qué este asunto es tan importante para las personas con tendencia homosexual. En ese momento, se darán las razones para acoger o rechazar la posibilidad planteada.

Frente a esto último, vale la pena adelantar que negamos tal posibilidad, respaldando esta posición con argumentos, a nuestro juicio, suficientes.

Así, concluimos planteando soluciones básicas, algunas marcadas con un tinte preventivo, y otras de índole reparativas.

Introducción

Adopción y Homosexualidad

Esta presentación surge como consecuencia de una necesidad de adecuación o adaptación del Derecho a la realidad que, en muchas ocasiones, lo supera con creces. Ya desde los primeros años de estudio del Derecho Civil, hemos escuchado que la realidad cultural, familiar, social, y científica desafía al Derecho. Y precisamente éste es el término que mejor se adapta a este trabajo. ¿Por qué? Porque el Derecho debe otorgar una respuesta satisfactoria a la interrogante básica que inspira esta memoria: ¿Pueden las personas con tendencia homosexual adoptar niños? Y, en este sentido, claramente nuestro Derecho (y en particular el Derecho Civil) se ve desafiado a ensanchar su territorio de acción y extender sus cuerdas, para responder a tal pregunta, dejando en evidencia su necesidad de complementariedad. Esto es, ampliarse hacia el campo de la Psicología y Psiquiatría, entre otros.

No podemos conformarnos con una mera opinión. Debemos saber fundarla.

No podemos adelantar que por el sólo hecho de que exista una multiplicación de homosexuales que se expanden con rapidez, y que, por así decirlo, están saliendo de las cuevas en las que el mundo pacato y conservador los tenía ocultos, vamos a permitir *per se* que, entre otras cosas, sean titulares en el procedimiento de adopción.

Debemos exigirnos un poco más.

En este trabajo se demostrará que uno no puede esconder sus convicciones por temor a las reacciones de ciertos grupos de la Sociedad.

Ahora bien, existe una propensión en muchas personas de distintos sectores socio-económico-políticos de nuestra sociedad que manifiesta un desacuerdo a priori con la factibilidad respecto a la adopción por parte de homosexuales. Ello se verifica al preguntar a dichas personas cuál es su opinión respecto a esta posibilidad. Son muy pocas las personas que con firme y ciega convicción aceptan tal posibilidad. Al contrario, son muchas las personas, y aunque por distintos motivos (los cuales podrían catalogarse incluso como prejuiciosos y discriminatorios) las que, a secas, se niegan a tal evento, aduciendo de inmediato que si bien la realidad familiar hoy nos enseña que los niños no están creciendo con un padre y una madre, ello es esencial para la formación de los infantes. Además, invocan la superioridad del derecho del niño a ser adoptado respecto del derecho de los adoptantes.

Pero ello no es suficiente. Creemos que el tema central no radica en la opinión (fundada o no) de la gente. Nuevamente, debemos exigirnos un poco más.

Si bien la forma de ser padres ha ido cambiando con el paso del tiempo en función del ajuste social, económico y tecnológico, la meta de la parentalidad permanece incólume: nutrir a los hijos del afecto necesario, permitiendo así que sean personas enteramente preparadas para funcionar dentro de la sociedad y, en su momento, desenvolverse como adultos competentes y humanitarios.

La parentalidad es un proceso complejo que implica algo más que una madre o un padre proporcionando comida y seguridad al niño. Es una relación bidireccional, donde la clave es criar al hijo de la manera más saludable que sea posible. El papel del padre/madre implica proporcionar al niño un ambiente seguro y estable, garantizando las necesidades nutricionales, ofreciendo amor y apoyo, y favoreciendo interacciones predecibles de naturaleza positiva. Como consecuencia, el desarrollo del niño será saludable y las experiencias vividas en la familia le permitirán adquirir conocimientos, valores, actitudes y conductas que en el futuro serán las bases de un adulto que contribuirá a su familia, a su comunidad y a la sociedad de un modo eficaz y concreto. La calidad de la parentalidad no depende del tipo de estructura familiar donde se vive; depende de las conductas, interacciones y enseñanzas de los padres.¹

En relación con las ideas precedentes, debemos adelantar que la pregunta específica de la presente memoria es la siguiente: ¿Puede el homosexual, individualmente, adoptar en el marco de la Ley N° 19.620?

Sólo a modo de ejemplo, el artículo 7° de la Ley N° 19.620 señala que “*el programa de adopción es el conjunto de actividades tendientes a procurar al menor una familia responsable*”. Si en Chile no se concibe legalmente el matrimonio homosexual, ¿puede entenderse que una pareja homosexual constituye una familia responsable en el sentido comprendido y dado por la ley citada? En la práctica, por todos es sabido, que muchas parejas heterosexuales conviven sin un vínculo conyugal, criando hijos y participando activamente en el desarrollo de los mismos. Es más, uno de ellos, individualmente, podría promoverse como futuro adoptante, alcanzando, luego de pasar por el procedimiento que para estos efectos contempla la ley, la adopción de un niño. Pero, si estas personas en cualquier momento optan por romper el precario vínculo que les une (entiéndase “precario” por la falta de regulación legal), ¿qué sucedería con el adoptado?

¹ http://www.psiquiatria.com/articulos/trastornos_infantiles/15062/4; (2004)

¿Estaríamos frente a lo que la ley entendió por familia responsable? Creemos que el presente trabajo sustenta como uno de sus propósitos básicos la necesidad de responder estos cuestionamientos.

Algo similar podría ocurrir con parejas del mismo sexo. En este punto es necesario precisar que la pregunta base de este trabajo se concentra en una persona homosexual que individualmente postula a la adopción de un niño². Pensemos, por ejemplo, en un(a) vecino(a) que se ha ganado la confianza de la familia de un niño, y que por múltiples y variadas razones le ha sido encomendado el cuidado del menor. Los padres biológicos se han desentendido de su hijo. Al contrario, él (o ella) ha dedicado parte importante de su tiempo y recursos a la formación del niño. Transcurre un tiempo más que suficiente para que esta persona quiera regularizar su situación respecto del niño. Por cierto, el personaje de nuestro ejemplo se declara homosexual y de hecho convive hace siete meses con su pareja.

Pero el supuesto sobre el que descansa esta monografía es el del soltero homosexual que, conviviendo o no con su pareja, participa individualmente en un procedimiento de adopción tal como lo hacen los matrimonios.

Esta aclaración es estrictamente necesaria al considerar que nada es de extrañar que una persona conviva con su pareja del mismo sexo, y en este contexto, uno de ellos postule individualmente como interesado en la adopción, tal como lo permite la Ley N ° 19.620. Si bien las estadísticas proporcionadas por el Servicio Nacional de Menores (en adelante, SENAME) y los organismos acreditados ante éste arrojan que el porcentaje de personas que individualmente se interesan en la adopción es muy bajo³, consideramos que este trabajo sigue siendo necesario al servir como un referente en un futuro no tan lejano, y además al contribuir a la formación de un criterio sólido y bien construido para afrontar el tema que nos congrega, esto es, la solicitud de adopción de una persona que declara su homosexualidad.

² Sin perjuicio de ello, por una razón lógica, y pese a no ser conceptos dependientes, en algunos pasajes se ampliará el espectro, tratando derechamente a la pareja homosexual.

³ De hecho, entre 1994 y 1999, sólo el 0,3% de los postulantes a adopción eran solteros; entre 2000 y 2004, aumentó a 3,5%. En tanto, los postulantes en estado conyugal alcanzaron el 97,2% entre 1994 y 1999, y 94,4% entre 2000 y 2004. Por su parte, quienes postularon en su calidad de viudos en los mismos períodos mencionados alcanzaron el 0,3% y 0,2% respectivamente. Fuente: *Perfil de la familia adoptiva chilena durante los últimos diez años y exploración de mecanismos de selección de postulantes a adopción desde la experiencia de organismos extranjeros*. Información digital proporcionada por Sename. 2004.

En otras palabras, y como se planteará en su oportunidad, surgirá quizá una nueva necesidad: mayor precisión de la Ley N° 19.620 a través de una nueva norma que explícitamente se refiera al tema.

Al utilizar, en la pregunta base de este trabajo, el término “puede”, es preciso distinguir entre la posibilidad que un homosexual postule al procedimiento que nuestra ley contempla para los futuros adoptantes, y la pertinencia o impertinencia de conceder un niño en adopción al mismo.

Claramente no se puede privar a un homosexual, ex ante, de la posibilidad de postular al Registro de Adoptantes que mantienen el Servicio Nacional de Menores y los Organismos acreditados ante éste. De hecho, en la práctica, esta eventual restricción se tornaría imposible de supervisar, pues, conociendo la realidad chilena, muy pocos, por muchas y variadas razones, de buenas a primeras, manifestarían su tendencia homosexual. Ello, porque, de todas formas, toda persona debe aprobar la evaluación de idoneidad para adoptar. Y es precisamente en este punto donde esta memoria encuentra su razón de ser, toda vez que la cuestión que se buscará resolver es si un(a) homosexual constituye o no la persona idónea prevista por la Ley N° 19.620 para ser parte de la adopción.

Sólo a modo de adelanto, los casos que podrían configurarse son varios. En algunos, se trata de una regularización de una situación de hecho (adopción, al fin). En otros, simplemente no se dan los supuestos legales para su procedencia. Las diversas hipótesis son las siguientes:

- 1.- Persona que postula individualmente a la adopción de un niño desconocido.
- 2.- Persona que ha participado en la crianza de un niño, y que, por lo tanto, no le es desconocido, como por ejemplo un tío del menor, o un vecino de su familia, que lo ha acompañado durante parte importante de su infancia.
- 3.- Pareja de hecho de un ascendiente del niño (entre ellos, el padre o la madre) respecto del cual el otro progenitor se ha desentendido. En este caso, no podría iniciarse el procedimiento de adopción conjunta, pues, como se verá en el desarrollo de este trabajo, la única opción disponible para el ascendiente del niño y su pareja es cumplir previamente con el vínculo matrimonial, pues ello constituye en nuestro país la única forma de adoptar en conjunto.

Nuevamente aclaramos que el supuesto sobre el cual trabajaremos radica en la persona homosexual que individualmente ingresa al proceso adoptivo, circunscribiéndose ya sea al primero o segundo de los casos expuestos precedentemente.

Capítulo I

La Adopción: ¿Qué es? ¿Qué persigue?

1. Definiciones

Si bien son muchos los conceptos ofrecidos por los autores, para efectos de este trabajo nos remitiremos a ciertas definiciones que nos parecen pertinentes y adecuadas a la ocasión. Por ejemplo, el concepto dado sintéticamente por el español RIVERO HERNÁNDEZ: “la adopción es el acto jurídico en cuya virtud se establece, entre adoptante y adoptado, una relación semejante a la paterno-filial”⁴. Su compatriota, Manuel ALBALADEJO la definirá señalando que “es un acto solemne que da al adoptante(o adoptantes) como hijo al adoptado, creándose así un vínculo de parentesco puramente jurídico, pero por disposición legal con igual fuerza y efectos que si fuera de sangre”⁵.

A su turno, en Argentina, Jorge MAZZINGHI nos enseña que la adopción “es una institución conforme a la cual se constituye, por sentencia judicial, un vínculo de filiación capaz de producir los mismos efectos que las otras especies de filiación”⁶.

Luego, y en nuestro medio, Hernán CORRAL TALCIANI, siguiendo a varios autores, define la adopción como “la constitución por sentencia judicial o pacto solemne de un vínculo jurídico entre una o dos personas llamadas adoptante o adoptantes y otra denominada adoptado que resulta análoga en sus presupuestos y efectos a la relación que existe entre padres e hijos, y que extingue o se superpone a la relación del adoptado con sus progenitores biológicos”⁷. Y añade, “se comprende así tanto las formas de adopción plena o propiamente filiativa, como otras formas de adopción de menor intensidad como la llamada adopción simple”⁸.

⁴ RIVERO HERNÁNDEZ, F. en LACRUZ, J.L. y otros, *Elementos de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*, Bosch, 4ªedición, Barcelona, 1997. Citado en CORRAL TALCIANI, H. *Adopción y Filiación Adoptiva*. Ed. Jurídica de Chile. 2002, p. 73.

⁵ ALBALADEJO, M. *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*, Bosch, 8ª Edición, Barcelona, 1997, p.275. Citado en CORRAL TALCIANI, H. *Adopción y Filiación Adoptiva*. Ob. Cit. p. 73.

⁶ MAZZINGHI, J. A., *Derecho de Familia*, Desalma, 3ª Edición, B. Aires, 1999, T IV, p. 197.

⁷ CORRAL TALCIANI, H. *Adopción y Filiación Adoptiva*. Ed. Jurídica de Chile. 2002. p. 74.

⁸ CORRAL TALCIANI, H. *Adopción y Filiación Adoptiva*, Ob. cit. p. 74.

La profesora Maricruz GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS concluye, luego de traer a la vista distintas definiciones de la institución en estudio, que la adopción “es la relación jurídica que se establece entre adoptante y adoptado, constituida por sentencia judicial, cuya finalidad es proporcionar al segundo una formación que le brinde afecto, le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales, materiales y el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, cuando ella no pueda ser proporcionado por su familia de origen”⁹.

En Francia, el jurista Pierre MURAT observa que “la adopción no es un derecho subjetivo de los individuos; está sometida a una finalidad que es, en primer lugar, ofrecer a un niño sin familia un marco familiar considerado más favorable para su desarrollo”¹⁰. A su turno, Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI enseña que la adopción es “una filiación exclusivamente jurídica, que descansa no sobre una verdad biológica, sino sobre una realidad afectiva”¹¹.

El Dossier elaborado por la Consejería de Asuntos Sociales de España para la valoración de las solicitudes de adopción (1999), define la adopción como “un proceso a través del cual niños o niñas que no son hijos biológicos de unos determinados padres, se convierten legalmente en sus hijos, generando en éstos las mismas obligaciones que cualquier padre o madre tienen respecto a sus hijos biológicos”¹². Así, la adopción implica un procedimiento jurídico a través del cual se inicia y legaliza una nueva relación de paternidad-maternidad y filiación, pero también importa acompañar al niño/a en su desarrollo y crecimiento, desde el respeto a sus orígenes biológicos, hasta el apoyo a la comprensión de su propia historia de vida. Además, requiere favorecer una nueva socialización en un contexto social a veces hostil para el niño/a. Es por esta razón que se ha afirmado unánimemente por los autores, que la adopción exige a los padres adoptivos mayor comprensión, estabilidad y madurez personal.

Profundizando un poco más en esta materia, debemos señalar que en la evolución que ha tenido este concepto, una de sus características que se ha mantenido estable, trascendiendo las épocas y sus diferencias, es el carácter legal de generar un vínculo de filiación entre dos personas que no se encuentran unidas por vínculos biológicos.

⁹ GÓMEZ DE LA TORRE V., M. *El Sistema Filiativo Chileno*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2007, p. 223.

¹⁰ MURAT, P. *Droit de la famille*, Paris, Editions du Juris-Classeur, 2000, p.4.

¹¹ RUBELLIN-DEVICHI, J. *Droit de la Famille*, Dalloz, París, 1996, p. 493. Citado en GÓMEZ DE LA TORRE V., M. *El Sistema Filiativo Chileno*. Ob. Cit. p. 223.

¹² ABOLAFIO MORENO, E. y RUBIO GUTIÉRREZ, M. *Adopción y Parejas de Hecho*. Universidad de Cádiz. Portularia, 2004. p. 1.

Claro, pues la adopción siempre otorgó un vínculo jurídico filiatorio a personas que no eran padres e hijos por naturaleza. Ello nos demuestra que está incorporado en la adopción su carácter legal y su origen jurídico, por contraposición al origen natural de la filiación biológica. Y, como señala la profesora argentina Graciela MEDINA, “esta distinción es importante porque mientras en la filiación biológica el Estado se limita a reconocer la patria potestad de los padres- que es anterior al Estado mismo y frente a la cual ésta tiene una posición subsidiaria-, la adopción surge como una construcción jurídica cuyos fundamentos no son universales e inmutables sino que varían: con el correr de los siglos, con las necesidades de la sociedad y con el desarrollo de las culturas”¹³. Así, “doctrinariamente podemos señalar que hay varios conceptos de adopción que la entienden como una ficción legal dirigida a considerar como hijo a quien no lo es biológicamente”¹⁴.

Pero si quisiéramos desentrañar la concepción que recoge el Ordenamiento Jurídico Chileno, en la Ley N° 19.620, atendido el propósito de esta memoria, sólo es cuestión de dar una mirada al artículo 1°, que reza “*la adopción tiene por objeto velar por el interés superior del adoptado, y amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde el afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ello no le pueda ser proporcionado por su familia de origen*”.

2. Fundamentos de la Adopción

Necesario resulta considerar que la adopción, concretada a través de un procedimiento legal avalado por la legislación internacional, tiene como razón de ser la protección integral de personas que no cuentan con una organización familiar capaz de proporcionársela.

Existen diferentes fundamentos que explican la adopción.

No podemos obviar la relación existente entre estos fundamentos de la adopción, y el tema central abordado en esta memoria, resumido básicamente en dos interrogantes, esto es, si los homosexuales pueden adoptar en Chile, y/o, si la orientación homosexual se levanta como un impedimento a la adopción.

¹³ MEDINA, G. *Uniones de Hecho. Homosexuales*. Rubinzal-Culzoni Editores. 2001. Santa Fe, Argentina. p. 254.

¹⁴ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, M. *El Sistema Filiativo Chileno*. Ob. Cit. p. 222.

Entre los motivos fundantes de la adopción, encontramos:

- 1.) Brindar protección a la niñez abandonada. Al ser la finalidad tuitiva la que más se tiene en cuenta hoy en día, el interés superior del niño es el norte que guía las decisiones en la materia.
- 2.) Dar hijos a quienes no los tienen. Claramente esta circunstancia queda supeditada al primero de los motivos, pues si bien la satisfacción que produce la paternidad es consecuencia de un deseo humano legítimo, éste no puede construirse sin considerar en su edificación la piedra angular de la adopción.
- 3.) Integrar a la familia. Este caso se nos presenta en la adopción del hijo del cónyuge; del concubino(a); y últimamente, se pretende, en la adopción del hijo del compañero homosexual.
- 4.) Legitimar una situación de hecho. “La legitimación de la situación de hecho es el fin que ha llevado al legislador a aceptar la adopción de mayores de edad cuando durante la minoridad el adoptado recibió trato de hijo adoptivo sin llegar a concretarse la adopción”¹⁵.
- 5.) Impedir el descarte de embriones o permitir la vida de los embriones supernumerarios. La posibilidad de adopción (y sus respectivos procesos de información) surge entonces como la solución precisa a esta realidad por todos conocida como lo es el aborto consentido. Éste constituye uno de los fines más modernos de la adopción.

La adopción responde a una serie de prerrogativas del hombre que incluyen ubicarse en el mundo, ejercer la paternidad, y hallar la fórmula jurídica correspondiente y satisfactoria a todo lo que ello implica.

3. Principios que inspiran el Régimen Adoptivo Chileno

Al existir en el mundo distintos casos de adopción, se torna complicado encontrar principios comunes. Cuando hablamos de distintos casos de adopción, lo hacemos pensando en la adopción de una persona que está por nacer; la adopción de un huérfano acogido, hasta ese momento, en un hogar de niños; la adopción del hijo del cónyuge o pareja, en cuyo descuido ha incurrido su otro progenitor, etc. No obstante ello, existen algunos principios que siempre están presente:

- a.) En general, los regímenes jurídicos no admiten la adopción por contrato, ni por acto administrativo o notarial, sino que requieren de una sentencia judicial tanto para su otorgamiento como para su revocación o nulidad.
- b.) Crea un vínculo de parentesco civil similar al que resulta de la paternidad y filiación por naturaleza.
- c.) Los efectos en todos los casos se extienden a los descendientes del adoptado.
- d.) Interés superior del niño como principio primordial en la resolución de conflictos e interpretación de las normas.

Antes de dedicarnos a los principios de nuestro régimen adoptivo, hemos considerado relevante incluir el siguiente acápite por ser el piso sobre el cual se estructura implícitamente toda la regulación sobre la materia, elevándose no sólo como un claro principio de la adopción en Chile, sino también como función y finalidad de la misma.

3.1 La adopción como reparación

Mucho se ha hablado acerca de la función reparativa de esta institución. Comenzamos del supuesto, tal como lo ha sostenido WINNICOTT¹⁵, que el niño adoptivo es un niño privado de afecto, en la medida que sufre del abandono de sus progenitores. La adopción permite reparar el daño que ha experimentado el niño susceptible de ser dado en adopción, sea como consecuencia del abandono físico o emocional, o simplemente de las circunstancias adversas no superadas por su familia de origen.

¹⁵ MEDINA, G. *Uniones de Hecho. Homosexuales*. Ob. Cit. p. 255.

¹⁶ Ver WINNICOTT, D. (1995). *La familia y el desarrollo del individuo* (4° Ed.). Buenos Aires: Lumen Hormé. Citado en LIRA HURTADO, L. *La Adopción a edad temprana... una necesidad*. Fundación San José. p. 8.

¿Cómo es posible esta reparación? Obteniendo tardíamente lo que no consiguió en forma temprana, al entender la búsqueda de los padres adoptivos como la mejor oferta o solución que se le pueda otorgar a un niño en esta situación. El brindarle una nueva vida familiar, como la que se esperaría de sus propios padres biológicos, le permitirá tener una madre suficientemente buena, un hogar que suplirá al que no tuvo y, en fin, una familia en la que pueda apoyar su crecimiento. En el hogar adoptivo halla la oportunidad de redescubrir algo que tuvo y perdió (o, ni siquiera tuvo), reencontrando(o, encontrando) una figura que cumple las funciones maternas primarias, que permite, entre otros aspectos, la evolución del Yo; es decir, la familia adoptiva provee **reparación**, al proporcionar el nutrido ambiente que el niño necesita urgentemente para que despliegue todo su potencial, tendiendo a la progresión, el crecimiento y el desarrollo.

El niño en estas condiciones enfrenta una experiencia temprana de abandono y rechazo de sus progenitores, lo que constituye la agresión máxima que puede sufrir un ser desprotegido que necesita de sus padres para poder vivir y desarrollarse, amenazando con alterar todas las áreas de su desarrollo. Requiere, entonces, de una experiencia vincular reparadora que le permita reconstruir la confianza en la figura de apego y en sí mismo para desenvolverse en el mundo¹⁷.

En este sentido, en medio del proceso de investigación para esta memoria, pudimos recoger información proporcionada por el SENAME y la Fundación San José, acreditada ante el Servicio mencionado, de la cual se desprende el dedicado y minucioso trabajo que estos organismos realizan en el marco de los programas de adopción, incluyendo, según el artículo 7 de la Ley N° 19.620, el apoyo y orientación a la familia de origen del menor; la recepción y el cuidado de éste; y la preparación de los solicitantes como familia adoptiva.

Así, pudimos recabar que, respecto del perfil de los(as) niños(as) adoptados(as), sus características étnicas son caucásicas, no presentan alteraciones de salud, han tenido una gestación normal, y son producto de una unión ocasional entre sus padres biológicos. La distribución geográfica del nacimiento de estos(as) niños(as) se corresponde con la distribución de población a nivel nacional, concentrándose el mayor porcentaje (36,5%) en la Región Metropolitana

No podemos olvidar que adoptar es reclamar del Estado la tutela, cuidado personal, educación y formación de un menor que carece de lo necesario, con el sublime propósito de hacer de él una persona plena.

¹⁷ LIRA HURTADO, L. *La Adopción a edad temprana... una necesidad*. Ob. Cit. p. 8.

Es por esta razón que, si bien el deseo de satisfacer el afecto por parte de los padres, al adoptar un niño, es natural y legítimo, no debe ser la primera razón para adoptarlo. Así entonces, la adopción constituye un mecanismo legal por el cual se encuentran padres y familia para menores que lo necesitan, y no al contrario.

Ahora bien, en cuanto a los principios, podemos rescatar los siguientes, que se encuentran plasmados en la Ley N° 19.620, su Reglamento, y en la Convención de la Haya:

3.2 El Interés Superior del Niño.

Destacamos la necesidad de dar en este trabajo un tratamiento especial a este tema.

Comenzamos advirtiendo que el término preciso es el de interés superior del adoptado. Eso sí, esta nomenclatura se emplea sólo durante el proceso de adopción, pues una vez que éste se materializa, ya no cabe esta precisión, considerando la calidad de hijo que el adoptado recibe.

Así, y luego de haber dado respuesta en la primera parte de este capítulo a la primera interrogante planteada, esto es, qué es la adopción, debemos enfocarnos ahora en responder qué es lo que persigue esta institución, lo que da paso a la entrada de este principio fundante de la misma, siendo justamente el más acorde al tema en análisis.

Podemos atrevernos a decir que el Interés Superior del Niño es el reconocimiento pleno de la vigencia de sus derechos. Ergo, se identifica con la plena satisfacción de sus derechos, como persona y sujeto de los mismos.

La consideración del niño y la razón de ser de la consagración de este principio dentro del Ordenamiento Jurídico obedece al deber de garantizar su calidad de persona, su dignidad como tal y sus derechos fundamentales inviolables. Esto constituye el fundamento a partir del cual se construye jurídicamente el concepto de interés superior del niño.

La protección jurídica otorgada al niño se extiende hacia sus derechos, y obedece a la necesidad imperativa de garantizar, ante todo, su status de persona.

“Centrar el interés del niño en la temática de los derechos humanos y en su calidad de persona no resulta inoperante o reiterativo; por el contrario, conduce a tratar a la figura del menor con una visión radicalmente diferente a la existente en épocas pretéritas. En efecto, desde una concepción que consideraba al niño como un objeto de protección, se pasa a otra que destaca y promueve su calidad de sujeto de derecho, y que reconoce el principio de igualdad jurídica en su sentido más amplio; esto es, que la titularidad de los derechos le corresponde a toda persona”¹⁸.

Se trata de un principio general que ha sido introducido por el art. 3-1 de la Convención de los Derechos del Niño, según el cual *“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”*.

Entre las conclusiones adoptadas por la Comisión N° 2 del X Congreso Internacional de Derecho de Familia, “El Niño como Sujeto de Derecho”, se encuentra la de estimar el “interés superior del menor” o “mejor interés del menor” como “un principio general del derecho”, cuyo contenido debe ser materializado en cada caso, por los legisladores nacionales y locales, siendo el juez en última instancia quien lo deberá aplicar al caso concreto¹⁹.

Es un principio que, además, por si quedan dudas, está consagrado en nuestro Código Civil: artículos 222, 225 y 242, entre otros. El artículo 222 reza: *“Los hijos deben respeto y obediencia a sus padres. La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades”*.

El artículo 225, a su turno, refiriéndose al cuidado personal del hijo, prescribe: *“Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos. No obstante, mediante escritura pública, o acta extendida ante cualquier oficial del Registro civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento, ambos padres, actuando de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre. Este acuerdo podrá revocarse, cumpliendo*

¹⁸ SCHUDECK DÍAZ, A. *El Interés Superior del Niño*, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. U. de Chile. 2002. p. 5.

¹⁹ Publicación en línea. www.cabb.org.ar/congreso/conclusiones/conclusiones2.doc. Última visita: miércoles 16 de julio de 2008.

las mismas solemnidades. En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres”.

Nuestro Código ha concretado este principio abstracto a través del derecho del niño a ser oído, específicamente en el artículo 227 inciso 1º, al señalar que *“en las materias a que se refieren los artículos precedentes, el juez oír a los hijos y a los parientes. Las resoluciones que se dicten, una vez ejecutoriadas, se subinscribirán en la forma y plazo que establece el artículo 225”.*

Este artículo está ubicado dentro de las normas del derecho-función de cuidado personal. Sin embargo, podemos entenderlo aplicable a otros casos donde el interés del niño esté comprometido. Además, constituye un mandato para el juez, pues le señala cómo debe conocer de estos asuntos.

Finalmente, el artículo 242 señala que *“las resoluciones del juez bajo los respectos indicados en las reglas anteriores se revocarán por la cesación de la causa que haya dado motivo a ellas, y podrán también modificarse o revocarse, en todo caso y tiempo, si sobreviene motivo justo, y se cumple con los requisitos legales. En todo caso, para adoptar sus resoluciones el juez atenderá, como consideración primordial, al interés superior del hijo, y tendrá debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez”.*

En este último artículo, especialmente en su inciso segundo, se consagra el derecho del niño a ser oído, y no obstante estar ubicado al final del Título IX, referido a las relaciones filiales personales, se puede advertir que es de aplicación general.

Por su parte, la ley N° 19.968, del año 2004, que crea los Tribunales de Familia, y que, por cierto, según lo dispuesto en su artículo 8 N° 14, incluye dentro de la competencia de estos tribunales el procedimiento de adopción, en su artículo 16, recoge el principio analizado al señalarlos: *“Interés superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído. Esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías. El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento. Para los efectos de esta ley, se considera niño o niña a todo ser humano que no ha cumplido los catorce años y, adolescente, desde los catorce años hasta que cumpla los dieciocho años de edad”.*

En lo netamente atinente a la adopción, el principio del interés superior del niño ha sido determinante en el enfoque que actualmente rige todo el proceso de adopción, ya que tanto los especialistas como los organismos que intervienen en él, deben resguardar siempre el bienestar del niño/a por sobre cualquier otra consideración particular que pudieran presentar los adultos interesados en su adopción.

La ley mencionada, que regula la adopción en Chile, en su artículo 1° comienza afirmando que *“la adopción tiene por objeto velar por el interés superior del adoptado, y amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde el afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ello no le pueda ser proporcionado por su familia de origen”*.

Así, se trata del principio que inspira nuestro régimen adoptivo, motivado por el artículo 21 de la Convención de los Derechos del Niño²⁰, el cual sostiene que *“los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán que el interés superior del niño sea la consideración primordial y velarán porque la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario”*.

Por otro lado, la propia *Declaración de los Derechos del Niño* dice que *“el interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación”*. En cualquier caso, según todas las interpretaciones tanto legales, como éticas y científicas, se debe preservar el bien del niño.

Además de la ley N° 19.620, su propio Reglamento, en el artículo 11, dispone que *“debe privilegiarse el interés del niño por sobre el de las personas interesadas en adoptar”*.

²⁰ Que forma parte de nuestro Ordenamiento Jurídico al ser ratificado por nuestro país con fecha 13 de agosto de 1990 y publicado en el Diario Oficial con fecha 27 de septiembre de 1990.

Esta norma reglamentaria, además, intenta precisar el contenido del principio que sirve de marco a toda la normativa, y señala que el interés superior del niño “*considerará su realización personal, espiritual y material, y el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, de modo conforme a la evolución de sus facultades*” (artículo 1.2 Reglamento).

Por ahora, vale la pena insistir en que el principio prioritario del interés superior del niño se consagra como directriz básica en toda la legislación actual existente sobre materias de familia y se refleja incesantemente en la jurisprudencia emanada de los tribunales de muchas naciones. Este despertar legislativo, o mejor dicho, jurídico, es consecuencia de la relevancia que el Derecho ha otorgado a la infancia durante las últimas décadas, como expresión de una nueva sensibilidad social y cultural hacia los niños, que surge de una conciencia acerca de la trascendencia de la dedicación a los mismos, que en el quehacer jurídico se ha traducido en una valoración del niño como sujeto activo de derechos que se ha intensificado con el correr del tiempo.

Si se admite la supremacía del *favor minoris* sobre cualquier interés legítimo, la dificultad estriba en precisar qué significa dicho concepto abstracto e indeterminado. Evidentemente, su fijación vendrá dada por las circunstancias de hecho en cada caso concreto, teniendo siempre presente la amplia discrecionalidad que caracteriza los procedimientos en materia de Derecho de Familia.

El hecho que las leyes recurran constantemente a tal interés se justifica por la situación misma del niño. La situación que le caracteriza es su especial vulnerabilidad; la imposibilidad que tiene de dirigir su vida con suficiente madurez y responsabilidad; y la necesidad de que las circunstancias que le rodean le sean especialmente favorables en esta etapa vital de desarrollo como ser humano. Se trata de una persona en formación.

El principio del interés superior del niño le da al blanco, interviniendo en forma notable al fijar acertadamente el acento en su realidad como sujeto digno de atención, promoción, provisión y protección. Este principio ha de aplicarse en todas aquellas situaciones o conflictos donde se hallen involucrados menores de edad. Pero el interés del niño no es un concepto pacífico sino que es objeto de múltiples y muy diversas controversias que tienen influencia en su eficacia práctica.

Así, este concepto se enmarca dentro de aquellos que deben ser interpretados en la práctica de una forma dinámica y flexible, de modo que efectivamente le brindemos protección, y no caigamos en las meras, y por lo tanto, lamentables declaraciones líricas sobre el mismo.

Varios autores se han animado a conceptualizar este principio. Es el caso de la española ROCA TRIAS, quien afirma que el interés superior del niño “no es nada más que la seguridad de la protección de sus derechos fundamentales”²¹. Añade a continuación la mencionada autora que el elemento central de cualquier discusión o teorización sobre qué debe entenderse por interés superior del niño debe partir de “su proyección al futuro de manera que pueda considerarse como una fórmula destinada a facilitar la formación del menor y diseñar las líneas de desarrollo de su personalidad”²², concluyendo que el interés superior del menor “es una proyección en las personas menores de edad, de un tema más complejo como es el de la personalidad”²³. De acuerdo con lo anterior, el concepto de interés del niño no constituye otra cosa que la extensión a las personas menores de edad del problema de la protección de los derechos fundamentales en general. Ahora, ello no implica proteger al niño por lo que es en potencia, esto es, por lo que será, sino por lo que ya es. Claro, pues se parte de la base que el niño ya es titular de derechos fundamentales porque tiene personalidad jurídica desde, al menos, el momento de su nacimiento. Así, este principio se identifica con la protección de aquellos derechos que el ordenamiento jurídico atribuye a las personas, con la categoría de fundamentales.

3.2.1. Interés Superior del Adoptado

Lo perseguido con la adopción al velar por el real y supremo interés del niño es un ambiente eficaz para lograr la formación y protección integral del adoptado, que no puede fijarse en función de la satisfacción de necesidades urgentes, sino que alcanzará vigencia práctica con la promoción de su personalidad, a través de la formación de su espiritualidad, y de la educación, con el propósito de ejercer consciente y responsablemente su libertad para autodeterminarse en convivencia con sus semejantes. Por lo tanto, es fundamental que esta nueva vinculación “adoptante-adoptado” sólo sea generada a través de un procedimiento judicial.

²¹ ROCA TRIAS, E. *El derecho de familia y los nuevos paradigmas*: X Congreso Internacional de Derecho de Familia, Mendoza, Argentina, 20 al 24 de septiembre de 1998, Vol. 5, 1998 (Ponencias profesores invitados), pp. 1-15.

²² IBIDEM.

²³ IBIDEM.

Es fundamental reiterar un concepto básico: la adopción es un mecanismo legal por el cual se encuentra padres y, en definitiva, una familia, para menores que lo necesitan. Desafortunadamente lo más frecuente es que se opine lo contrario, esto es, que a través de la adopción se debe buscar niños para personas que los demandan. Aunque algunos especialistas afirman que son ambos procesos a la vez, creemos con sinceridad que afirmarlo es riesgoso, si se tiene en cuenta que las motivaciones de los niños son siempre las mismas, pero la de los adultos son de índole muy diversa.

Con todo, pese a lo expuesto recientemente, existe en el Derecho una tendencia universal a desplazar la importancia y el fortalecimiento de la familia por el reconocimiento y realce de los derechos individuales de los miembros de la familia. Ello, en parte, es promovido por la influencia de los tratados internacionales que, concebidos y dados a luz en la lógica de los derechos humanos, tienden a estar centrados en la persona y, por lo mismo, en sus derechos subjetivos. Si ello ha significado un avance en la protección de la persona frente a los actos del Estado, los problemas relativos a las relaciones interpersonales (o más precisamente, intrafamiliares) aparecen con vigor, reclamando soluciones basadas en el buen criterio. Nos referimos con ello a una cuestión prioritaria y trascendental relativa a la posibilidad de subsistencia de un orden privado civil frente a la influencia creciente y casi absoluta de los derechos humanos que determina su revisión permanente. Si bien la familia está diseñada como una institución al servicio de la persona, se trata justamente de personas que viven o aspiran a vivir en comunidad, y que, es más, necesitan de dicha comunidad de vida.

La profesora Carmen DOMÍNGUEZ HIDALGO, sostiene que “ello lleva a preguntarse en materia de familia, si la proclamación sistemática de los derechos individuales de cada uno de sus miembros puede coexistir con el anhelo de bien común que se recoge en la noción de familia, como comunidad primera de vínculos. La respuesta siendo vital, dista de ser sencilla. Y es vital no sólo por un afán de coherencia sistemática –que ya es importante desde un punto de vista técnico- sino que responde a un anhelo de bien común, que todos queremos, y que el mandato constitucional no hace sino recoger. El reconocimiento de los derechos individuales y, en este caso de los miembros de la familia, es ciertamente importante.

Sin embargo, es evidente también que la mirada jurídica desde la sola perspectiva de los derechos individuales conduce inevitablemente a la colisión de derechos y con ello a conflictos sin solución, pues ante el enfrentamiento de dos derechos subjetivos igualmente legítimos ¿cuál de ellos debe prevalecer?²⁴.

La solución sólo puede provenir desde la mirada que otorga el bien común y que permite resolver cuál de esos intereses debe ser preferido. En nuestro caso la solución se torna un poco más fácil al considerar la función y finalidad que envuelven a la adopción y que la hacen una institución de acogida para un niño carente de una familia estable y responsable. Es la propia ley de adopción la que establece la directriz que debe seguir la misma, debiendo velarse plenamente por el interés superior del niño.

Por otro lado, resulta indudable que la solución de esos conflictos requiere de una visión clara respecto de la sociedad, y más precisamente, de lo que es y debe ser una familia. Nuevamente, especificamos “familia adoptiva”. Esta familia que se termina por construir, y nace a la vida jurídica y social como consecuencia de la adopción, gracias a técnicas proporcionadas por la ley, y a las que necesariamente se recurre, no puede generarse ni sostenerse en el tiempo por el individualismo y libertad de cada uno de sus miembros. Por el contrario, se sostiene en el amor por los demás, entendido en este contexto como la búsqueda genuina del bien de “ese otro” antes que la satisfacción de las legítimas necesidades propias. Aquí aparece, por ende, el interés colectivo como materialización del Bien Común perseguido también en los procesos de adopción, que hace que cada uno de los adoptantes, que en su momento sólo fueron postulantes a adopción, sea capaz de supeditar sus legítimos deseos de paternidad(o maternidad) y trascendencia, al bien y plenitud del adoptado. Ello, lejos de constituir meras declaraciones líricas, se supervigila en la práctica a través de los procesos de evaluación de idoneidad para la adopción. Se trata de propender tanto al bien superior del adoptado, resguardado por una serie de informes de expertos respecto a la conveniencia que determinadas personas ingresen al registro de adoptantes, como al bien superior de la familia, contemplado legalmente a través de los programas de adopción, orientados, entre otros aspectos, al apoyo de la familia de origen y de la familia de acogida.

²⁴ Ver DOMÍNGUEZ HIDALGO, C. *Los Principios que informan el Derecho de Familia Chileno: su Formulación Clásica y su Revisión Moderna*. En Revista Chilena de Derecho. Vol. 32, N° 2, 2005, p.205-218.

En este sentido, no sería adecuado hablar de un derecho a la adopción por parte de los postulantes, sino más bien de una legítima necesidad y consecuente participación en un procedimiento de adopción.

Volvemos a las palabras de DOMÍNGUEZ HIDALGO: “Así las cosas, parece difícil el fortalecimiento de la familia en el contexto de una mentalidad como la postmoderna que exagera los derechos y tiende a olvidar los deberes, donde la libertad del individuo para hacer prácticamente todo se quiere ilimitada, donde, en materia de familia, la tendencia avanza hacia calificar como tal a cualquier forma de asociación afectiva exigiendo además tutela legal de la misma, donde, en síntesis, el bien común tiende a dispersarse dentro de la colección de derechos subjetivos que se le reconocen al individuo”²⁵.

Esta reconducción de la mirada a la familia se torna más que necesaria si se quiere encontrar en el Derecho un verdadero mecanismo de tutela de la misma y, por ende, de las personas que la conforman. En otros términos, resulta imprescindible variar la perspectiva reformista en orden a reforzar, incentivar y situar a la familia dentro de un marco ideal para la formación y desarrollo de los hijos, en lugar de construir un Derecho de Familia que es sólo reactivo a la crisis familiar, al conflicto familiar. Pro-actividad por sobre re-actividad.

Terminamos este punto recordando que el rol del Estado en materia de adopción en Chile -que se concreta a través del SENAME y de sus organismos acreditados- supone velar por el interés superior del niño(a) adoptado(a) y amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ello no pueda ser proporcionado por su familia de origen. Para ello, según la Ley N° 19.620, el Programa de Adopción del SENAME incluye tres instancias: dar apoyo y orientación a la familia de origen del niño(a), asumir la recepción y cuidado del niño(a) y hacer la evaluación técnica de los solicitantes y su preparación como familia adoptiva.

3.3. El Principio de la subsidiariedad de la adopción y de prioridad de la familia biológica.

Se da por sentado que si se trata de velar por el interés superior del niño se deben invertir en los mayores esfuerzos para que éste pueda desarrollarse en el medio familiar que lo vio nacer, y en especial con sus padres. Son los padres los que constitucionalmente tienen el derecho y el deber de educar a sus hijos.

La Convención de los Derechos del Niño manifiesta también la prioridad que debe darse a la familia de origen, al disponer que el niño tiene derecho “*a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos*” (artículo 7.1); que los Estados deben respetar la identidad del niño, incluidas las relaciones familiares (artículo 8.1); y que “*velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño*”(artículo 9.1). Por otro lado, la adopción sólo se contempla como una medida de protección frente a “*niños que han sido privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio*” (artículo 20.1).

“La ley N° 19.620 expresa en forma muy clara esta preferencia inicial por la familia de origen del menor, y la consideración de la adopción no como una forma alternativa de filiación, sino netamente subsidiaria, cuando el niño no cuente con un medio familiar adecuado que lo acoja”²⁶, tal como lo consagrara su artículo 1°, del cual se extrae su carácter subsidiario, “porque sólo se admite cuando la familia de origen del menor no está en condiciones de proporcionarle el afecto y los cuidados necesarios para satisfacer sus necesidades espirituales y materiales. El juez, ante la disyuntiva de separar o no a un niño de su familia biológica, deberá preferir que éste permanezca con su familia de origen, a menos que el interés del niño señale que le es más beneficioso ser entregado en adopción”²⁷.

En este sentido, el artículo 15 de la misma ley previene que debe hacerse todo lo posible para conseguir que el niño conserve su familia de origen, de modo que la resolución judicial que declare al niño en estado de susceptibilidad de adopción debe dictarse cuando previamente se ha acreditado “*la imposibilidad de disponer de otras medidas que permitan la permanencia del menor en la familia de origen*”.

Incluso, el Reglamento de la ley, expresa nuevamente este principio, al disponer que los programas de adopción, en lo referido a la orientación y apoyo a la familia de origen, deben tener “*como objetivo fundamental constatar si ésta podría procurarle los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales*”. (Artículo 8)

²⁵ IBIDEM.

²⁶ CORRAL TALCIANI, H. *Adopción y Filiación Adoptiva*. Ed. Jurídica de Chile. 2002. p.67.

²⁷ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, M. *El Sistema Filiativo Chileno*. Ob. Cit. pp. 224-225.

Por lo tanto, para que se decrete que un niño puede ser adoptado, el juez tomará en cuenta la imposibilidad de que éste permanezca en su familia de origen y las ventajas que la adopción representa para él.

3.4. El Principio de Preferencia de la Familia Matrimonial

Al introducirnos en este principio, debemos tener presente que la adopción plena o legitimante nació como una adopción muy especial en que la *imitatio naturae* constituida por la filiación adoptiva llega a su máxima intensidad. Se trata justamente de colocar al niño en el medio familiar más idóneo posible. Nadie dudó al momento de dictar las primeras leyes de legitimación adoptiva que ese medio ideal era el conformado por padre y madre unidos y vinculados jurídicamente para fundar una familia mediante el pacto matrimonial. Como dice CARBONNIER, la filiación adoptiva “es una filiación de imitación: el derecho busca imitar la filiación (legítima); la condición del hijo adoptivo tiende a imitar a aquella del hijo (legítimo) o, más exactamente (pues la adopción no se retrotrae), aquella del hijo legitimado”²⁸. Claro resulta que esta afirmación debe ser pasada por el filtro de la ley N° 19.585, con la cual en Chile aparece un régimen de filiación basado en el principio de igualdad. No obstante ello, la explicación de las palabras antedichas descansa en lo siguiente: si lo que se pretende es hacer expirar los vínculos de la familia biológica del adoptado, se le debe proporcionar un marco de protección como el que constituye la relación matrimonial. Si bien hoy se cuestiona su carácter de estabilidad y solidez, sigue siendo, al menos en la concepción del legislador, el vínculo revestido del primer lugar en el orden de prelación legal para postular a la adopción. En este sentido, el artículo 1 de la ley N° 19.947, sobre matrimonio civil, prescribe: “*La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El matrimonio es la base principal de la familia. La presente ley regula los requisitos para contraer matrimonio, la forma de su celebración, la separación de los cónyuges, la declaración de nulidad matrimonial, la disolución del vínculo y los medios para remediar o paliar las rupturas entre los cónyuges y sus efectos. Los efectos del matrimonio y las relaciones entre los cónyuges y entre éstos y sus hijos, se regirán por las disposiciones respectivas del Código Civil*”.

²⁸ CARBONNIER, J., *Droit Civil II. La famille*, Puf, 18ª edic., 1997, p.479. Citado en CORRAL T., H., *Adopción y Filiación Adoptiva*. Ob. cit. p. 68.

Ahora bien, nuestra ley de adopción no ha consagrado frontal y radicalmente este principio, ya que acepta la adopción por personas solteras o viudas, eso sí, sólo si no hay matrimonios interesados, y en los casos de regularización de situaciones de hecho consumadas en el tiempo. De todas formas la preferencia de la familia matrimonial aparece claramente establecida en el texto legal, ya que la adopción por personas individuales sólo procede respecto de adoptantes residentes en Chile, y siempre que no existan cónyuges interesados en adoptar, es decir, en forma subsidiaria (artículo 21 de la Ley N ° 19.620). En el caso de adopción internacional, la ley mantiene a ultranza la exigencia de que se trate de adoptantes casados (artículo 31 del cuerpo legal citado). Además, si respecto de un mismo niño concurren como interesados en adoptar un residente soltero o viudo, y un matrimonio no residente, tiene preferencia este último (artículo 30 de la ley citada).

A modo de conclusión, y como bien señala MAZZINGHI, “si de lo que se trata es dar protección a menores que carecen del ámbito familiar indispensable para su cuidado y formación... y si el remedio que se procura aplicar a tales situaciones consiste en asimilar a los menores a una relación familiar constituida por resolución judicial, parece incontestable la necesidad de que se imite, en el ámbito de adopción, los modelos que nos provee la organización de la familia. Y esta resulta -no cabe duda- de la unión libre y estable entre un varón y una mujer, que se unen en matrimonio para engendrar nuevas vidas y transmitir a los hijos los principios fundamentales de su educación”²⁹. En principio, pues, los adoptantes deberían constituir un matrimonio.

Es menester aclarar que no se trata de privar de libertad asociativa a las parejas homosexuales ni de negarles los correspondientes efectos jurídicos, sino de analizar la conveniencia de equipararlas en derechos, cuando en la práctica se encuentran imposibilitadas de cumplir los mismos fines que la pareja heterosexual.

Estas últimas, sin contradicción alguna, están orientadas, entre otros fines, a engendrar en común y, por lo tanto, cumplen la misión de propagar la especie interviniendo activamente en el recambio generacional³⁰.

²⁹ MAZZINGHI, J.A. *Derecho de Familia*. Ob. Cit., p.212.

³⁰ Incluso las parejas heterosexuales afectadas por esterilidad, de igual modo, buscarán completar con nuevos integrantes la familia que ya constituyen. De esta manera, el argumento utilizado por los homosexuales esgrimido en respuesta a la negación respecto de sus posibilidades de adopción (fundada en que si la naturaleza les ha vedado esta facultad, la ley no puede superar la realidad biológica mediante una ficción, cual es la adopción) y consistente en que así como las parejas homosexuales estas parejas tampoco pueden reproducirse naturalmente, se echa por tierra al considerar que las primeras no pueden procrear ni

Además, están capacitadas, por lo menos teóricamente, para atender la necesidad de educación y formación de los hijos, transmitiendo los necesarios y diferenciados roles de “padre” y “madre”, contribuyendo así a la estabilidad y organización de la sociedad, partiendo del respeto al principio natural de la bipartición sexual. No es casual, por ende, que en una consulta popular realizada en Suiza el año 2005, la mayoría de las personas reconoció a las parejas homosexuales los mismos derechos y deberes que a un matrimonio heterosexual, pero le vedan la adopción y la utilización de técnicas de reproducción asistida³¹.

3.5. El Principio de la Verdad Biológica. La Protección de la Identidad del Adoptado.

La Convención de los Derechos del Niño, en su artículo 8, obliga a los Estados a respetar el derecho de aquél a la identidad. En los casos de adopción plena o filiativa, como es el modelo acogido por nuestra ley, la identidad biológica es trastocada por una identidad adoptiva que se superpone y excluye a la anterior.

Pero, ¿cómo entendemos los conceptos de *identidad*, y de *derecho a la identidad*?

“La identidad del ser humano se constituye, en cuanto ser libre, a través de un continuo proceso autocreativo, mediante una sucesión de haceres en que consiste la existencia, por la adhesión a una determinada concepción del mundo. Todo ello configura y define la “personalidad”. La identidad cultural del ser humano se va logrando, precisando, afinando, pero también cambiando, en el cotidiano discurrir de la existencia. La personalidad, que socialmente proyectamos, se enriquece y se moldea con el transcurrir del tiempo”³².

Respecto del derecho a la identidad, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado:

“El derecho a la identidad, en su estrecha relación con la autonomía, identifica a la persona como un ser que se autodetermina, se auto-posee, se auto-gobierna, es decir, es dueña de sí y de sus actos.

en abstracto ni en concreto (por explicarlo de un modo), en cambio las segundas están privadas de ello sólo en concreto, pues la generalidad de las parejas heterosexuales es que puedan reproducirse naturalmente.

³¹ GUARDADO-PREVALIL-VUGMAN, *Uniones de hecho y uniones homosexuales: resultado de una encuesta*. Derecho de Familia, n° 20, p.197. Citado en MIZRAHI, M. *Homosexualidad y Transexualismo*. Ob. Cit. p.19.

³² FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. *Derecho a la Identidad Personal*. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1992. p.15. Citado en SCHUDECK, A. *El Interés Superior del Niño*. Ob. cit. p.9.

El derecho a la identidad personal es un derecho de significación amplia, que engloba otros derechos. El derecho a la identidad supone un conjunto de atributos, de calidades, tanto de carácter biológico, como los referidos a la personalidad que permitan precisamente la individualización de un sujeto en sociedad. Atributos que facilitan decir que cada uno es el que es y no otro.

El derecho a la identidad, en cuanto determina al ser como individualidad, comporta un significado de dignidad humana y en esa medida es un derecho a la libertad; tal reconocimiento permite la posibilidad de desarrollar su vida, de obtener su realización, es decir, el libre desarrollo de su personalidad”³³.

En esta sede se explica la influencia que este concepto, junto con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, tiene en la concreción del supremo interés del niño, toda vez que a diferencia de lo que ocurría antaño, hoy se considera (o pretende considerar) al niño como una autonomía en desarrollo, imponiéndose así un especial deber a quienes son llamados a adoptar decisiones respecto a un niño en el sentido de considerar siempre su autonomía actual y futura.

Recordando que la identidad de toda persona se manifiesta en dos facetas, una estática (biológica), y otra dinámica (afectiva), lo que aquí se analiza trasciende a la primera. En este punto, debemos aclarar que no se trata que el adoptado pueda o tenga derecho a “recuperar” su filiación de origen repudiando la adoptiva. De lo que se trata más bien, es que el adoptado pueda conocerse a sí mismo, a través de la reconstrucción de su historia personal y de sus orígenes. Este es el adecuado sentido que lleva implícito el principio de la verdad biológica: no ocultar al adoptado su condición de tal, y, en lo posible, procurar darle a conocer la información que se posee sobre sus padres biológicos y las circunstancias de su nacimiento y entrega en adopción, si así lo requiere libre y voluntariamente. Así, y consciente de esta realidad, nuestro legislador se ha hecho cargo de la necesidad de preservar la identidad del niño, proporcionando al adoptado mayor de edad y capaz, la posibilidad de solicitar que el Servicio de Registro Civil le informe sobre su filiación de origen, y de pedir copias de la sentencia o del expediente de adopción, previa autorización judicial (artículo 27, Ley N° 19.620).

³³ Sentencia N° 477/95, Proceso de Tutela, Sala Séptima de Revisión, 23 de octubre de 1995. Publicada en “Derechos Fundamentales e Interpretación Constitucional”. Ciedla, Lima, 1997, p.266.

El Reglamento de la mencionada ley, por su parte, se coloca en la circunstancia fáctica consistente en que el menor quiera encontrar a su familia de origen, al señalar que la asesoría psicosocial que se brinde a la familia que decide entregar un hijo en adopción, “*deberá incluir su preparación para la búsqueda que a su respecto pueda emprender el menor en una edad futura*” (artículo 8.2 Reglamento).

Por último, la Convención de La Haya señala que las autoridades competentes de un Estado contratante “*se asegurarán de que se conserve la información que tengan en su poder relativa al origen del niño, especialmente la relacionada con la identidad de sus padres y el historial médico del niño*”. Además, agrega que “*se asegurarán de que el niño o sus representantes tengan acceso a dicha información con el asesoramiento adecuado y en la medida que sea autorizado por la ley de estos Estados*” (artículo 30).

3.6. Irrevocabilidad de la Adopción

Para finalizar, diremos que la adopción filiativa es irrevocable. Así lo era la legitimación adoptiva de la ley N° 16.346; la adopción plena de la ley N° 18.703; y lo es la adopción de la ley vigente. Esta característica no es más que una consecuencia lógica de la imitación intensa que hace la filiación adoptiva de la filiación por naturaleza. Así, como ésta no puede cancelarse, revocarse o resolverse por ingratitud, indignidad, etc., tampoco procede dejar sin efecto este tipo de adopción, cualquiera que sea el comportamiento posterior de adoptante(s) o adoptado. Pero como la adopción se constituye por acto jurídico, la irrevocabilidad es sin perjuicio de la posibilidad de que se declare nulo dicho acto. En todo caso, la nulidad procede muy restringidamente (artículo 38, Ley N° 19.620). Sólo “*el adoptado, por sí o por curador especial, podrá pedir la nulidad de la adopción obtenida por medios ilícitos o fraudulentos*”.

4. Características de la Adopción en la Ley Chilena

Las siguientes son las características que presenta la adopción en nuestra ley N° 19.620:

1. Es una institución de orden público propia del Derecho de Familia. “Las normas que regulan la adopción son de orden público, porque implica un interés público comprometido, que es el cuidado de la niñez vulnerable”³⁴. Las normas que tienen a la adopción como objeto de regulación son imperativas e inderogables por la voluntad de los particulares.

³⁴ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, M. *El Sistema Filiativo Chileno*. Ob. Cit. p. 233.

Las manifestaciones de voluntad contempladas en la ley, como la de los padres biológicos, la del menor susceptible de adopción, y por cierto la de los adoptantes, no constituyen consentimientos negociales. Así, por ejemplo, las normas que determinan los requisitos que deben concurrir en el adoptante son normas imperativas para el juez. FANZOLATO³⁵ señala en tal sentido que cuando la ley define las condiciones de admisibilidad referidas al adoptante y al adoptado, está perfilando jurídicamente a la filiación adoptiva tal como la concibe el orden público, de modo que el valorar la conveniencia de la adopción para el menor en un caso concreto, es una tarea que el juez debe asumir una vez que ha establecido la procedencia de la adopción de acuerdo con los requisitos exigidos por la ley.

2. Judicialidad de la adopción. La adopción ha dejado de ser en Chile un pacto de familia, es decir, una especie de contrato, controlado judicialmente. La adopción es hoy materia de intervención de los tribunales de justicia; son los órganos jurisdiccionales competentes los que están encargados tanto de declarar que un niño es susceptible de adopción como de constituirla. La adopción se constituye por sentencia judicial dictada en un procedimiento no contencioso (Artículo 23 inciso 2°). Obviamente, ello no significa ignorar la importante función que desempeña la voluntad de los interesados en todo el proceso de adopción.

Este procedimiento no contencioso contempla un sistema de adopción que debe ser preparada. En este sentido Ambrosio Rodríguez señala que “para preparar la adopción del menor debe ser incluido en un registro de personas susceptibles de ser adoptadas; al igual que los futuros adoptantes (registro de personas residentes en Chile, como otro registro compuesto por personas no residentes en Chile interesadas en adoptar a una persona). El Servicio Nacional de Menores, a su vez, es el organismo encargado de acreditar a corporaciones o instituciones que se dediquen, precisamente a ubicar hijos y padres”³⁶.

³⁵ FANZOLATO, E. *La filiación adoptiva*. p. 46. Citado en CORRAL TALCIANI, H. *Adopción y Filiación Adoptiva*. Ob. cit. p. 75.

³⁶ RODRÍGUEZ QUIROZ, A. *Nuevo régimen de adopción*. En Revista de Actualidad Jurídica. Universidad del Desarrollo, N°1- Enero 2000. Citado en UNDURRAGA JARA, MACARENA. *Análisis del funcionamiento de la institución adopción en nuestra realidad administrativa y judicial*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho. U. de Chile. Santiago. Chile. 2007. Publicación en línea. http://www.cybertesis.cl/tesis/uchile/2007/undurraga_m/html/index-frames.html Última visita: 8-05-2008.

3. Es una ficción legal. “La adopción se otorga a través de una sentencia judicial y se asimila completamente a la filiación por naturaleza, en cuanto a sus efectos”³⁷. Los hijos adoptivos adquieren el **estado civil de hijos** respecto de los adoptantes (artículo 1 inciso 2). En consecuencia, se otorga al adoptado el estado civil de hijo respecto de los adoptantes, con todos los derechos que ello implica y sin ningún tipo de diferencia respecto a los hijos biológicos (artículo 37, Ley N°19.620).

4. Subsidiariedad. Pese a haber ya considerado este acápite dentro de los principios en que se sustenta la adopción, vale destacar esta característica, al explicar que sólo va a surgir como una medida de protección por excelencia, que se aplica en subsidio de la familia de origen, es decir, cuando se han agotado todas las posibilidades para que un niño(a) pueda reintegrarse o permanecer bajo el cuidado personal de sus padres o familia de origen. Como ya hemos visto, la ley prevé la adopción como una institución subsidiaria o supletoria, y no como alternativa a la filiación biológica. Así queda de manifiesto en los artículos 1 y 15.3 de la ley N° 19.620, y en el artículo 8 del Reglamento. Nuevamente nos señala FANZOLATO: “Esta subsidiariedad de la adopción significa que ella sólo puede actualizarse como posibilidad jurídica cuando la familia biológica, sea nuclear o ampliada, no está determinada (es desconocida jurídicamente), o si se halla determinada, se encuentra impedida de contener en su seno al menor en las condiciones mínimas que exigen su desarrollo físico o formación integral. También se produce cuando el grupo familiar rechaza al menor o los padres biológicos abdican de sus funciones y responsabilidades, de sus derechos-deberes paternos. En tales situaciones es el propio interés superior del niño el que reclama su inserción en un grupo familiar subsidiario”³⁸.

5. Sólo podrán intervenir en el procedimiento de adopción los **organismos** que se encuentren debidamente **acreditados** (corporaciones o fundaciones cuyo objeto sea la asistencia o protección de menores, lo cual está contemplado en los artículos 4 y 6 de la ley N° 19.620). Se señala que es función del SENAME la acreditación de estas corporaciones o fundaciones que tengan por objeto la asistencia o protección de menores de edad; que demuestren competencia técnica y profesional para ejecutar los programas de adopción; y que sean dirigidas por personas idóneas.

³⁷ GÓMEZ DE LA TORRE V., M. *El Sistema Filiativo Chileno*. Ob. Cit. p. 235.

³⁸ FANZOLATO, E. *La filiación adoptiva*. Ob. cit. p.34.

6. El procedimiento de adopción detenta un **carácter reservado**, pudiendo ser, eso si, que los interesados renuncien a esta garantía (artículo 28). Además, la confidencialidad está protegida penalmente (artículos 39 y 40).

7. Gratuidad. La adopción está diseñada como un acto de mutua generosidad: los adoptantes reciben al adoptado como un hijo por amor desinteresado; el adoptado se inserta en la familia adoptiva sin esperar recompensas pecuniarias sino sólo ser querido y tratado como hijo. El lucro debe estar excluido absolutamente del proceso de adopción.

Con posterioridad a la breve conceptualización y caracterización que hicieramos de la adopción, corresponde ahora realizar un análisis del fenómeno “homosexualidad”, que constituye el centro de nuestra atención en lo que a posibilidad de compatibilización se refiere.

Capítulo II

Aproximación a un concepto de Homosexualidad

1. Sexualidad Humana e Identidad Sexual.

Previo a adentrarnos de lleno en la cuestión misma de este capítulo, consideramos necesario abocarnos a la idea de identidad sexual e incluso, profundizando y recabando un poco más, referirnos brevemente al concepto de identidad personal.

“Puede definirse la identidad personal como el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad; todo aquello que hace que cada cual sea uno mismo y no otro. Esta identidad se despliega en el tiempo y se forja en el pasado desde el instante mismo de la concepción, donde se hallan sus raíces y sus condicionamientos pero, traspasando el presente existencial, se proyecta al futuro. En la identidad de la persona se encuentra la específica verdad personal que es la cognición de aquello que se es realmente, lo que el sujeto anhela conocer y desentrañar (verdad de origen), como así también comprende una multiplicidad de elementos de carácter cultural y espiritual... La identidad del sujeto se remite, por oposición, a la *alienación*, es decir al no sentirse uno, uno mismo”³⁹.

Por su parte, y respecto de la identidad sexual, la psicóloga chilena Beatriz ZEGERS plantea que ésta tiene que ver con el reconocimiento de los rasgos y características que definen el carácter único e irreplicable de cada persona, que le permite saber quién es y, por oposición, quién no es; quién se quiere llegar a ser y en quién no desearía convertirse.⁴⁰

Pero, ¿qué relación existe entre identidad personal e identidad sexual?

³⁹ SCHNAKE SILVA, C. *El Rol del Pediatra en la Promoción del Desarrollo de la Identidad Sexual del Niño. Fundamentos Bioéticos de su Intervención*. Tesis para optar al Grado de Magíster en Bioética. Facultad de Medicina. Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago. 2008. pp. 18-19.

⁴⁰ ZEGERS PRADO, B. *Descubrir la sexualidad*, Ed. Universidad Católica. 2002. Citado en RODRÍGUEZ BARRIOS, L. *Identidad Sexual, Lenguaje del cuerpo*. Instituto de Ciencias de la Familia, Universidad de los Andes, 2003. p. 9.

“La identidad sexual forma parte de la identidad personal. La naturaleza humana se encarna siempre según lo masculino o lo femenino, sin dejar de ser uno u otro. Ello no significa negar que el proceso de configuración de la identidad pasa por una serie de factores múltiples en todo el desarrollo de la persona, que es más un proceso biopsíquico, morfológico, social, educativo, que un evento parcelado”⁴¹, es decir un proceso constante de desarrollo y de diferenciación.

“Así se pone de manifiesto el importante papel desempeñado por lo *masculino* y lo *femenino* y en este mismo sentido cuando observamos rasgos comportamentales desajustados de la persona tanto en la programación, suscitación e iniciación, mantenimiento o consolidación de su identidad, afirmamos que algo del proceso no tuvo un desarrollo normal y que en algunos casos produce una desviación, desorientación, anomalía o patología en el comportamiento sexual”⁴². Aclaremos que la expresión “comportamental” dice relación con modelos de comportamiento inherentes a la persona.

Ciertamente, no puede establecerse una prioridad entre identidad sexual e identidad personal, pues si bien la primera se prolonga en la segunda, esta última aporta de forma contundente a configurar aquélla.

Ahora, ¿cómo se genera y configura la identidad sexual? Como ya se mencionara, la identidad sexual se gesta a lo largo de un amplio y complejo proceso multidimensional en el cual intervienen factores genéticos, biológicos, psicológicos, sociales y educativos, que interactúan y están estrechamente relacionados e involucrados en el desarrollo de la variable masculinidad y femineidad. No podemos desconocer que en ciertos casos algunos de estos niveles pueden alterarse por diversos motivos y retrasar u obstaculizar el desarrollo sano de la identidad.

En relación con lo anterior, corresponde desglosar escuetamente los factores constituyentes de la identidad sexual. Ellos son⁴³:

- Sexo Genético o Cromosómico: El cuerpo, dentro de una estructura fundamentalmente homóloga, revela una serie de factores de diferenciación que marcan básicamente a toda la

⁴¹ RODRÍGUEZ BARRIOS, L. *Identidad Sexual, Lenguaje del cuerpo*. Instituto de Ciencias de la Familia, Universidad de Los Andes, 2003. p. 4.

⁴² POLAINO LORENTE, A. *Sexo y Cultura*, Instituto de Ciencias de la Familia. Universidad de Navarra. Ed. Rialp, 1992. Citado en RODRÍGUEZ BARRIOS, L. *Identidad Sexual, Lenguaje del cuerpo*. Ob. Cit. p. 5

⁴³ En esta parte, nos basaremos en el texto de la profesora, y doctora en Bioética Loreto Rodríguez Barrios. Por tanto, las citas son tomadas de RODRÍGUEZ BARRIOS, L. *Identidad Sexual, Lenguaje del cuerpo*. Ob. Cit. pp. 9-11.

personalidad. El sexo cromosómico se fundamenta en el patrimonio genético de la persona y queda definido en el momento de la fecundación. Esta unión del óvulo con el espermio, células de 23 cromosomas en el caso del óvulo, llevan el cromosoma X, y en el caso del espermio, pueden llevar el cromosoma X o el cromosoma Y. La fecundación del óvulo por el espermio dará origen a un nuevo ser, varón o mujer, que en esta etapa se llama cigoto y cuenta con 23 pares de cromosomas(46) que incluyen el par sexual XX o XY.

- **Sexo Gonádico:** Luego, la segunda etapa del proceso de diferenciación sexual de este nuevo ser que es genéticamente determinado varón o mujer se relaciona con la formación de las gónadas. Las gónadas, que están íntimamente relacionadas con el sexo cromosómico, se empiezan a formar alrededor de la sexta semana, y según sea la estructura cromosómica XX o XY serán testículos u ovarios.
- **Sexo morfológico:** La tercera etapa de este proceso comienza en la séptima semana, con el desarrollo de los ductos genitales de Wolff o de Muller según sea un embrión de sexo masculino o femenino. En la presencia de testículos y de la acción de las hormonas que él produce (andrógenos), los ductos se desarrollarán en el sentido masculino (presencia del ducto de Wolff y ausencia del de Muller). En cambio, bajo la acción de las hormonas que produce el ovario (estrógenos) los ductos se desarrollaran en sentido femenino (presencia del ducto de Muller y ausencia del ducto de Wolff). Ello lleva a la formación de los genitales internos masculinos y femeninos.
- **Sexo fenotípico:** Es el conjunto de características por las cuales dado su aspecto exterior un individuo puede ser definido como varón o mujer. Incluye las características de los genitales externos y también los caracteres sexuales secundarios que se aprecian claramente a partir de la pubertad, etapa en que por el influjo hormonal se producen las transformaciones propias de cada sexo: en ambos, aparición del vello púbico y axilar; en la mujer, el crecimiento de las mamas y menarquia; en el varón, modificación de la voz, vello facial y aparición de las primeras emisiones espontáneas de líquido seminal, frecuentemente nocturnas. Otro tanto ocurre con el desarrollo del esqueleto, la distribución de la masa muscular y el tejido adiposo.
- **Sexo psicológico:** Es un conjunto de conceptos que se integran en la coincidencia de muchas dimensiones de la sexualidad. Está determinado por factores de orden biológico, genético y gonádico, pero entre los que revisten gran importancia están los factores de orden educativo, ya sea en el ámbito familiar o escolar.

La psicóloga BEATRIZ ZEGERS plantea que “desde el comienzo de la vida, niños y niñas fisiológicamente tienen una determinación sexual. Sin embargo, las características psicológicas que los harán hombres y mujeres aún no están determinadas. Lo femenino y lo masculino se va construyendo a partir de la significación simbólica, subjetiva que el entorno le entrega al hijo”⁴⁴. Por su parte, el sexo psíquico es la convicción íntima y firme de una persona de pertenecer a un determinado género. Esta convicción implica al yo, a quien en cierto modo configura como un yo sexuado en este género; pero, a la vez, es configurada, fundamentada y planificada desde el propio yo. Desde la primera infancia la mujer y el varón se reconocen y se sienten tales, estableciendo así la identidad de género y su correspondiente comportamiento, pero es en la pubertad cuando se manifiestan más claramente sus preferencias sexuales y aparece la necesidad y la capacidad de ser atractivo/a para el otro sexo.

2. El proceso de Identificación Sexual

“El niño va configurando su sexo psicológico a partir del aprendizaje imitativo del comportamiento de los padres. Es interesante observar como el niño no sólo imita al padre a modo de mera representación, sino que se identifica con el comportamiento imitado y con la persona imitada (padre- madre) a través de ese comportamiento. Entonces, el proceso de identificación es mucho más complejo y profundo ya que el hijo va haciendo propio el comportamiento de los padres, lo que lo hace ser autor de la propia conducta”⁴⁵.

Podemos conceptualizar la identificación y complementación como el proceso de aprendizaje por el cual el niño, en primer lugar, distingue qué rasgos o comportamientos no son propios de su género, pero sí complementarios a él, por pertenecer al otro sexo (como por ejemplo el de su madre), y, en segundo lugar, comprende qué comportamientos debe evitar por ser contrarios a su sexo.

Un fenómeno muy interesante que se nos presenta en el contexto de adopción de niños por parte de adultos es el de la adopción asumida por el propio niño. Y es que un niño adoptado, adopta a su vez a sus padres adoptivos: la historia familiar; las costumbres y hábitos; la cultura socioeconómica de ese grupo pre-configurado y, además, va configurando su propia identidad sexual, la cual podemos considerar, entre otras cosas, como un producto de todas las adopciones anteriores.

⁴⁴ ZEGERS PRADO, B. y otros, *Descubrir la sexualidad*, Ediciones Universidad Católica, 2003.

⁴⁵ RODRÍGUEZ BARRIOS, L. *Identidad Sexual, Lenguaje del cuerpo*. Ob. Cit. p. 12.

De esta forma aparece necesariamente el concepto analizado, cual es, el de la identificación. Así, comenzamos señalando que los seres humanos se identifican a cosas; a objetos (materiales o no); a una moda; o a valores. ¿Cómo ocurre esto? El sujeto invierte un objeto que le produce satisfacción o placer, y como los objetos se pueden adquirir mas no fusionar, y consciente que un objeto puede perderse o esfumarse, para no perderlo, lo incorpora, haciéndolo parte de sí. En definitiva, lo que incorpora es su valor de significación.

¿Cómo se aplica esto a la sexualidad?

Un varón invierte la figura masculina y la incorpora de modo tal que queda identificado con esa figura. En cuanto a la niña, ocurre lo mismo respecto de la figura femenina.

Bueno, en rigor, lo que se incorpora es la significación de la figura. Así, lo que tiene valor no es la forma de la figura, sino lo que la figura muestra en actos.

Esto nos reconduce al tema del rol, esto es, “el conjunto de actitudes y conductas que configuran un estilo comportamental sexual propio de un determinado género. Los roles se robustecen por las pautas de crianza a las que el niño ha sido sometido. Es el modo diferencial en que los padres tratan a sus hijos según el género, tradiciones y expectativas. No es lo mismo educar a un hijo varón que a una hija mujer. Ambos exigen modos y aproximaciones muy distintas respetando la delicadeza del proceso de configuración de la identidad de cada uno y el pleno desarrollo de ésta”⁴⁶.

Pero, ¿es necesaria la existencia de roles diferenciados para que un niño adquiera una normal identidad sexual? ¿Es necesaria la presencia de los roles masculino y femenino para que un niño desarrolle una identificación correcta? En la respuesta a estos cuestionamientos radica el meollo del asunto que nos convoca.

El rol remite a lo social. Es, por definición, lo que se espera que haga alguien que ocupa un lugar determinado. En consecuencia, el rol siempre queda definido por un otro. Ahora bien, no siempre la función específica se condice con el rol esperado. Esta diferencia es importantísima, porque la pregunta por la identificación debe remitirse a una significación y no a una imagen. De esta manera, hoy existen padres que asumen el rol, pero que no tienen idea alguna de la función que una madre o un padre deben realizar. De este modo, al hablar de identificación algunos especialistas han optado por prescindir del rol, recurriendo en su lugar a la

⁴⁶ RODRÍGUEZ BARRIOS, L. *Identidad Sexual, Lenguaje del cuerpo*. Ob. Cit. p. 13.

función, por ser el término que más se ajusta y el más cercano a este proceso de identificación sexual.⁴⁷

Al llegar a este punto, lo que debe ser planteado entonces es el riesgo que implicaría una pareja homosexual en relación con las funciones diferenciadas y la capacidad del niño de aprehender esas diferenciaciones a los fines de obtener una identificación positiva. Del hilo argumentativo se podría desprender aparentemente que no habría problema con que la pareja adoptante fuera homosexual, ya que lo que debería ser observado es si esa pareja es capaz de ofrecer dos modelos diferenciados de funciones factibles de identificación para el niño. Si una pareja homosexual puede funcionar como padre y madre diferenciados no debería existir objeción.

Aquí es, entonces, donde parece adecuado utilizar la siguiente expresión representativa: *cuando lo posible* (porque pareciera ser que hoy todo es posible) *se vuelve improbable*. La objeción justamente radica en el hecho que una pareja homosexual no puede proyectar esos modelos diferenciados. Y es que lo que un niño necesita para la configuración de su personalidad no es meramente la presencia de la función que sus padres o figuras paternas puedan cumplir, sino las características propias de la masculinidad y femineidad, las cuales son anteriores e independientes respecto del rol social.⁴⁸

El asunto se centra entonces en que dos personas del mismo sexo que individualmente no han logrado configurar plenamente su identidad sexual, tendrán serias dificultades al proyectar esa misma identidad a sus hijos⁴⁹ que se encuentran en plena formación. En definitiva, les será difícil transmitir lo sustancialmente masculino y femenino, lo cual resulta de la propia naturaleza humana, y es tan necesario en el desarrollo del niño. Como prueba de esto y a manera de ejemplo podemos señalar que se habla de la existencia de dos tipos de cerebros (masculino y femenino), desde la fecundación misma, determinados por los cromosomas X o Y. El cerebro de la mujer es simétrico y con más interconexiones que le permite efectuar mejor ciertas funciones. El cerebro del varón es asimétrico y con algunas funciones más localizadas de manera que el hombre puede hacer mejor otras funciones.

⁴⁷ Ver FONTEMACHI, M. y MARCHESKY, C. X Congreso Internacional de Derecho de Familia. Mendoza, Argentina. 1998. Publicación en

línea. http://www.infanciayjuventud.com/anterior/academic/academ_7b.html Última visita: 21-05-2008.

⁴⁸ Como se puede advertir, hemos optado por tratar como sinónimos los términos “rol” y “función”.

⁴⁹ Entiéndase, en el caso de niños adoptados que pasarán a ser hijos de quien(es) los adopte(n).

Ello nos lleva a concluir que es bueno que un bebe con un tipo de cerebro reciba la interacción con alguien que posee un cerebro diferente al suyo y a su vez interactúe con alguien que presente un cerebro parecido, mas no igual.

Así, “llama la atención la claridad con que muchos de los principales neurocientíficos que han analizado las diferencias sexuales en el sistema nervioso central resaltan la existencia, de hecho, de estas distinciones. Y ello ha ayudado enormemente a ver estas diferencias en un contexto de complementariedad entre los sexos más que en una lucha antagónica entre ellos o en reivindicaciones culturales no superadas”⁵⁰. En definitiva, nuestro cerebro está organizado según una regulación sexual diferenciada.

“En concreto, también hoy sabemos muy a fondo que, entre otras, existen variaciones notables cuando se estudian las habilidades motoras, verbales o espaciales en mujeres o en varones. Por ejemplo, las mujeres realizan mejor aquellas tareas que exigen coordinación de movimientos, tienen una mayor fluidez verbal y capacidad de deletrear, y memorizan las listas de palabras con una eficacia superior. En cambio, responden peor a las pruebas motoras que precisan buena puntería o, cuando se explora la capacidad espacial, tienen más problemas de orientación, percepción o visualización del entorno. Además, los varones y las mujeres usan distintas regiones del cerebro para procesar y almacenar la memoria a largo plazo. Asimismo, recientemente se han detectado importantes diferencias sexuales en la elaboración de la información por el complejo amigdalino, estructura del cerebro muy implicada en la integración de las emociones”⁵¹.

Por otro lado, en la especie nos vemos sobrepasados por una modificación de la estructura familiar que sustenta el mismo sistema. Aunque la pareja homosexual pueda realizar diferenciadamente las funciones materna/paterna (lo cual desde ya es discutible), de cualquier modo lo que se juega en esta estructura es una nueva versión del padre, y las implicancias son enormes.

El modelo padre es ya en su función y en la empírica historia, el representante fundante de la otredad, del afuera, de la ley. Modificar la versión paterna implica un cambio nodal de la concepción social para el sujeto. Cuestión similar ocurre con la visión materna.

⁵⁰ GIMÉNEZ AMAYA, J.M., *Cerebro y diferencias sexuales mujer-varón. Mujer y varón. ¿Misterio o Autoconstrucción?* Cofás. España. 2008. p. 203.

⁵¹ IBIDEM. pp. 204-205.

En la misma línea argumentativa, debemos tener presente la trascendencia que reviste el fenómeno conocido como “triangulación edípica” para la estructura psíquica del niño, a la que hemos hecho referencia. Sustentaremos esta parte de la exposición en lo enseñado por LACAN⁵², quien advierte dos instancias permanentes: una que reprime la tendencia sexual, llamada “Superyo”, y otra que sublima la imagen parental, el “Ideal del Yo”. Este doble proceso tendrá un valor fundamental puesto que permanecerá inscrito en el psiquismo de un modo definitivo y conformará, por ende, la personalidad del sujeto.

El tema no es menor, pues justamente una de las razones a las que se atribuye la homosexualidad estriba en la crisis edípica no resuelta de acuerdo a lo esperable, pues, como ha planteado FREUD⁵³, el hijo se ha visto impedido de asumir el ideal de su propio sexo. Aquí, insoslayable resulta entender que no es sencillo separar lo netamente sexual de lo cultural, incluyendo en esta sede los conceptos de rol, función y género.

3. Definiciones

Luego de analizar sucintamente aspectos relevantes de la sexualidad humana y configuración de la identidad sexual, nos avocaremos al concepto mismo de la homosexualidad.

Etimológicamente, la voz homosexual es un híbrido del griego *homo* (que significa *igual* y que a veces se confunde con el significado latino, *hombre*) y del latín, *homo* (igual) y *sexus* (sexo), sugiriendo una relación sexual y sentimental entre personas del mismo sexo, incluyendo así el lesbianismo. Encontrar una definición unívoca del concepto, sin embargo, resulta mucho más complejo que buscar su etimología, puesto que la homosexualidad se da en personas concretas con toda la multiplicidad de sus características propias. Con todo, en la literatura científica se pueden encontrar algunas definiciones especialmente atinentes para el punto central de este estudio, las cuales claramente presentarán grandes diferencias.

Aquello que no presenta ni admite diferencias es el hecho que la homosexualidad constituye un fenómeno complejo, así como lo son los factores involucrados en su formación.

⁵² LACAN, J. *La Familia*, p.62 a 63; CNCiv, Sala J, 24/11/98, LL, 1999-D-479. Citado en MIZRAHI, M. *Homosexualismo y Transexualismo*. Ob. Cit. p. 29.

⁵³ Citado en MIZRAHI, M. *Homosexualismo y Transexualismo*. Ob. Cit. p. 29.

“El fenómeno de la homosexualidad es complejo, y los factores involucrados en la formación de la homosexualidad también lo son...el estudio etiológico de la homosexualidad está dificultado por una carencia de claras definiciones...Una discusión seria acerca de la etiología de la homosexualidad es normalmente desviada por el uso de nociones simplificadas para apoyar una u otra postura política respecto a la homosexualidad. El modelo familiar biopsicosocial es una manera útil de organizar lo que se conoce respecto a las causas de la homosexualidad”⁵⁴.

Observemos, a continuación, algunas de las definiciones que se han construido:

- “Son considerados homosexuales los individuos que en la edad adulta prueban y se sienten motivados por una atracción sexual neta y preferencial por las personas del mismo sexo, y quienes tienen habitualmente (pero no obligadamente) relaciones sexuales con ellas”⁵⁵.
- “La homosexualidad se presenta como la condición humana de una persona que, a nivel de la sexualidad, se caracteriza por sentirse condicionada a expresarse sexualmente sólo con parejas de su mismo sexo”⁵⁶.
- “Pensamientos y deseos eróticos hacia una persona del mismo sexo y cualquier conducta sexual asociada”⁵⁷.
- “La homosexualidad es una anomalía que consiste en la desviación de la atracción afectivo-sexual, debido a la cual el sujeto prueba e incluso practica relaciones sexuales con personas de su mismo sexo”⁵⁸.
- “La homosexualidad es un fenómeno que le ocurre a alguna persona (hombre o mujer) en que prefiere personas del mismo sexo para la actividad sexual y para relaciones íntimas. La homosexualidad no es en sí una entidad patológica...La homosexualidad no

⁵⁴ Varios Autores. *Homosexuality*. Publicación en línea. <http://www.emedicine.com/med/topic3359.htm>

⁵⁵ GIUNCHEDI VERA, F. *Eros y norma*, Dehoniane, Roma 1994, 92. Citado en CHOMALI GARIB, F. *Algunas Consideraciones para el Debate Actual acerca de la Homosexualidad*. p. 8

⁵⁶ CESARI, G. *Natura ed interpretazione dell' omosessualità*, Bologna, 1998. p.100. Citado en CHOMALI GARIB, F. *Algunas Consideraciones para el Debate Actual acerca de la Homosexualidad* Ob. Cit. p. 8.

⁵⁷ GELDER, MG. *Psiquiatría*. Editorial Interamericana. México. 1993. p. 547. Citado en *Homosexualidad, Matrimonio y Adopción*. Un enfoque desde el capital social. Centro de Estudios de la Realidad Social. Universitat Abat Oliba. p. 6.

⁵⁸ SGRECCIA, E. *Manuale di Bioetica, Aspetti medico-sociali*, Milano 2002, p.139. Citado en CHOMALI GARIB, F. Ob. Cit. p. 8.

es un desorden médico ni psiquiátrico, pero está asociado con un mayor riesgo de ciertas condiciones médicas”⁵⁹.

- “El homosexual es aquel individuo, varón o mujer, que en la edad adulta experimenta permanentemente una atracción erótica hacia personas del mismo sexo, y que habitualmente realiza también con ella actos genitales”⁶⁰. Esta definición ha sido elegida y analizada por el Doctor CRISTIAN SCHNAKE, para quien “tiene el mérito de situar varios puntos en su justa medida: en primer lugar, al señalar que se trata de individuos adultos, queda tácitamente entendido que un niño o un adolescente no puede ser considerado homosexual, ya que para que la identidad sexual alcance una situación de definición, requiere de un grado de madurez psicoemocional que no se alcanza sino sólo en la adultez. Por otro lado, se pone como punto central el experimentar en forma permanente atracción erótica hacia personas del mismo sexo; esto es un factor constitutivo de la homosexualidad: su carácter de permanencia en el tiempo, y que no implica necesariamente el acompañar esta inclinación con la realización de actividad genital, dando así lugar a la distinción entre identidad homosexual y actividad homosexual. (Cabe señalar sin embargo que, en rigor, no me parece adecuado el referirse a una persona con estas características como “homosexual” a secas ni tampoco como la “persona homosexual”, como si ellos constituyeran un tipo especial de personas, o como si la homosexualidad constituyera en ellos una suerte de especial naturaleza o esencia. El modo adecuado debiera siempre ser *persona con tendencia homosexual*)”⁶¹. Concordamos con este autor en lo que respecta a la antedicha definición y las conclusiones extraídas de la misma.

⁵⁹ Varios Autores. *Homosexuality*. Publicación en línea. <http://www.emedicine.com/med/topic3359.htm>

⁶⁰ FUCEK, I. *L'ideologizzazione dell' omosessualita nel contesto dell' odierna discussione teologica*, en *Medicina e Morale* 3, 1996, p. 484. Citado en SCHNAKE SILVA, C. *El Rol del Pediatra en la Promoción del Desarrollo de la Identidad Sexual del Niño. Fundamentos Bioéticos de su Intervención*. Tesis para optar al Grado de Magíster en Bioética. Facultad de Medicina. Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago. 2008. p. 25.

⁶¹ SCHNAKE SILVA, C. *El Rol del Pediatra en la Promoción del Desarrollo de la Identidad Sexual del Niño. Fundamentos Bioéticos de su Intervención*. Ob. Cit. p. 25.

4. Naturaleza y Sexualidad

Creemos que la breve exposición que sigue es parte imprescindible de este trabajo, pese a escaparse de lo netamente jurídico.

Algunos sostienen que la orientación homosexual es consecuencia de la herencia genética y, por lo tanto, se halla predeterminada desde la concepción. Asumir esta postura significa abdicar desde ya de la posibilidad de su modificación. De hecho, en la práctica son muchos los que a la hora de confesar su tendencia homosexual advierten de esta realidad a los oyentes, para que, de plano, renuncien a cualquier intento de transformación.

También encontramos la otra posición, aquella que apunta hacia factores del desarrollo psicológico, y se desprende de ella que existen hitos en la formación de la identidad psicosexual, así como también experiencias personales que afectan a su constitución y que son de distinta naturaleza. Comprender esta multiplicidad de influencias; valorar en su justa medida las distintas prácticas de crianza; determinar el modo particular de vivenciar la propia biografía; todo ello resulta imprescindible para entender a cada persona en su orientación sexual como gay o lesbiana.

“Están también los que arguyen que la orientación sexual es algo que la persona elige libremente; sin embargo, quienes lo afirman, desconocen que la libertad conlleva y se vincula siempre al ámbito de la valoración moral. Compleja cuestión es ésta, ya que la orientación sexual a menudo no se elige, aunque sí cada cual puede escoger qué hacer con las tendencias que se encuentran en la base de la citada orientación y es precisamente allí, donde cabe el juicio moral”⁶².

En relación con la primera postura, debemos señalar que aunque muchos hombres y mujeres que se sienten atraídos homosexualmente dicen que esos deseos sexuales fueron experimentados como un "hecho dado", esto no puede implicar una predeterminación genética o una condición inmutable. Un gran número de investigadores ha intentado encontrar una causa biológica para la atracción homosexual. En su oportunidad, los medios de comunicación popularizaron la idea de que un "gen gay" había sido descubierto, pero a pesar de los numerosos intentos, en ninguno de los estudios más difundidos ha podido establecerse y consolidarse al punto de constituir documento fundante incuestionable en la materia.

⁶² ZEGERS PRADO, B.-LARRAÍN SUNDT, M.-BUSTAMANTE VOLPI, F. *Sobre la Homosexualidad*, Ed. Mediterráneo, 2007, pp. 12-13.

Varios autores han revisado cuidadosamente tales estudios y encontraron que no sólo no demuestran una base genética para la atracción homosexual, sino que ni siquiera pretenden tener evidencia científica para tal afirmación. Más todavía: si la atracción homosexual fuera genética, entonces uno esperaría que los mellizos idénticos tuvieran la misma orientación sexual. Sin embargo, hay numerosos casos de mellizos que no son idénticos en su orientación sexual.

El punto central del debate sobre la homosexualidad radica en determinar si esta condición es genética o si es el producto de las experiencias de una persona.

De acuerdo a la clasificación de estructuras mentales de la Organización Mundial de la Salud, realizada en la Novena Reunión de la Clasificación Internacional de Enfermedades (ICD-9), y a las modificaciones clínicas introducidas en los Estados Unidos (ICD-9-CM) y sus relaciones con el Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales DSM III-R, podemos plantearnos que hoy en día la homosexualidad tanto masculina como femenina, y la bisexualidad son consideradas como disfunciones psicosexuales y no como perversiones o degeneraciones. Quizá una de las razones es que estos últimos conceptos claramente implicarían una connotación ético-valorativa.

En otra sede, se ha discutido mucho respecto a si se puede clasificar la homosexualidad como un trastorno mental. En 1973, el Comité de Expertos de la Asociación Americana de Psiquiatría decidió la eliminación de la homosexualidad como trastorno de la sección *Desviaciones sexuales* del Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales, el DSM-II. Esta decisión fue oficialmente confirmada por una mayoría simple (58%) por los miembros generales de la APA en 1974, que votaron reemplazar ese diagnóstico por la categoría más suave de "perturbaciones en la orientación sexual", que fue posteriormente cambiada en el DSM-III por "Homosexualidad ego-distónica", que a su vez fue borrada del DSM-III-R en 1986, y en el que se considera la homosexualidad como un trastorno psicosexual, siendo su rasgo esencial, el de la incongruencia entre el sexo anatómico y la identidad sexual. La APA clasifica ahora el persistente e intenso malestar sobre la orientación sexual propia bajo "Trastornos sexuales no especificados".

La supresión de la homosexualidad por sí misma como trastorno del DSM II se basó en el siguiente razonamiento: el punto crucial que determina si la homosexualidad per se puede ser considerada o no como un trastorno mental no reside en la etiología de esa condición, sino en sus consecuencias y en el modo en que se defina el trastorno mental.

Así, “una importante proporción de homosexuales están aparentemente satisfechos con su orientación sexual y no muestran signos ostensibles de psicopatología, siendo capaces de actuar social y laboralmente sin ninguna dificultad. Si se emplea el criterio de malestar o incapacidad, la homosexualidad per se no es un trastorno mental. Si se recurre al criterio de desventaja inherente, no está claro en absoluto que la homosexualidad constituya una desventaja en todas las culturas”⁶³.

No obstante lo anterior, se afirma que muchos homosexuales y lesbianas (algunos de los cuales incluso son psiquiatras) ejercieron una gran presión política sobre esta organización profesional, APA, para que declarase que la homosexualidad es “normal”. El debate continuó por años. Finalmente, en 1973 se tomó la decisión de quitar esta condición de su *Diagnostic and Statistical Manual* (DSM, Manual de diagnóstico y estadísticas). Específicamente la American Psychiatry Association (APA) suprimió como trastorno de la salud mental a la homosexualidad egosintónica, esto es, aquella que es asumida con agrado y sin angustias por el sujeto afectado por ella, y que se distingue de la homosexualidad egodistónica, en que la persona sufre un desagrado o repulsión ante su inclinación por personas del mismo sexo.

Los críticos con esta decisión aseguran que la desclasificación aludida fue el resultado exclusivo de la presión política de grupos activistas LGBT (lesbianas, gays, bisexuales, transexuales) y que ésta no se tomó sobre bases científicas, sino que recibió una fuerte influencia de una encuesta realizada por los miembros de la Asociación Psiquiátrica Americana, iniciada y financiada por el *National Gay and Lesbian Task Force* (Grupo de Trabajo Nacional de Homosexuales y Lesbianas). Pronto la Asociación Psicológica Americana siguió la misma tendencia. Actualmente, los psicólogos o psiquiatras que no están de acuerdo con esta interpretación “políticamente correcta”, e incluso aquellos que tratan de ayudar a los homosexuales a cambiar, son objeto de continua persecución y de acusaciones de negligencia. Al respecto JOKIN de IRALA, Doctor en Medicina y Doctor en Salud Pública de la Universidad de Navarra, España, señala que “la eliminación de la homosexualidad del manual de clasificación de enfermedades en los años 70 coincidió con presiones sin precedentes de algunos activistas homosexuales. Se organizaron actos de violencia como romper paneles científicos en congresos médicos y se incurrió en amenazas a especialistas que presentaban sus estudios sobre el tratamiento de la homosexualidad.

⁶³ AGOSTINI VISENTINI, G. Apuntes de Psicología. Universidad Católica de Chile. p. 1.

Como consecuencia de este ambiente tan intolerante, acabaron votando solamente un 25% de los miembros de la APA. No fue fruto de un debate y análisis científico sereno ni serio, y parece ser que no hay ningún precedente similar en la medicina. En este campo, no se han aplicado los criterios de la medicina basada en la evidencia y se intenta hacer todo lo posible para que nadie lo haga”⁶⁴.

Ahora, debemos advertir que la homosexualidad no es una condición innata; no está determinada desde el momento de nacer. El mejor resumen general, dado por la mayoría de los investigadores respetables, es que la homosexualidad, como casi todas las otras condiciones psicológicas, se debe a una combinación de factores sociales, biológicos y psicológicos. La decisión de 1973 de eliminar la homosexualidad del manual de diagnósticos de la Asociación Psiquiátrica Americana (APA) tuvo un efecto escalofriante en las investigaciones. La decisión de la APA no fue tomada basándose en una evidencia científica nueva. De hecho, tal como lo admitió el investigador Simon LeVay, también activista homosexual: “Claramente se ve que el activismo homosexual fue la fuerza que impulsó a la APA a descalificar la homosexualidad (como enfermedad mental)”⁶⁵.

El Doctor estadounidense James Dobson señala que “la homosexualidad no tiene que ver principalmente con el sexo. Tiene que ver con todo lo demás, incluyendo la soledad, el rechazo, la afirmación, la intimidad, la identidad, las relaciones, la crianza, el odio hacia uno mismo, la confusión de género y una búsqueda de aceptación. Esto explica por qué la experiencia homosexual es tan intensa, y por qué los homosexuales o las lesbianas expresan tanta ira en contra de aquellos que no les muestran respeto, o que les hacen más dolorosa su experiencia. Supongo que si nosotros, los heterosexuales, hubiéramos caminado en los zapatos de aquellos que están en el *otro mundo*, también estaríamos enojados”⁶⁶.

⁶⁴ PIÑA RODRÍGUEZ, A. *La Homosexualidad*. Publicación en línea. www.monografias.com. Última visita: 30-IX-2007.

⁶⁵ LEVAY, S. *Queer Science: The Use and Abuse of Research Into Homosexuality*, MIT Press, 1996 p. 224. Citado por FRYREAR, MELISSA en *Homosexualidad: ¿Congénita o cambiante?* Publicación en línea. <http://www.esposibleelcambio.org/foros>. Última visita: 23-04-2008.

⁶⁶ DOBSON, J. *Los orígenes de la Homosexualidad*. Publicado por Enfoque a la Familia. Publicación en línea. <http://enfoque.family.org/nuestra/asuntos>

Pero, ¿qué es lo natural (normal) y qué es lo antinatural (anormal)?

Dado que se han utilizado las expresiones “natural”, “innato” y “normal” nos es preciso apartar una sección para profundizar en esta cuestión.

Una idea recurrente manifestada en el rechazo o las aprensiones respecto de la homosexualidad es que ésta no sería natural; que iría en contra de las leyes de la naturaleza. Esta idea se vincula generalmente al argumento de la complementariedad de los órganos sexuales femeninos y masculinos.

Este razonamiento es muy interesante porque la idea de lo natural se utiliza en forma bastante escurridiza, de manera que intercambiamos los sentidos en el mismo argumento, incurriendo a veces en falacias. “A veces decimos que es natural aquello que nos viene dado de nacimiento. Otras veces utilizamos el término para designar lo que está profundamente arraigado en nuestros hábitos. También lo ocupamos queriendo decir que si algo es natural no se puede cambiar. Y por último, decimos que si algo viene dado de una determinada manera por la naturaleza es mejor no intervenir y dejar que siga siendo así. En este último caso se deduce, de lo que se cree que es la “naturaleza de las cosas”, una norma de comportamiento, un deber ser”⁶⁷.

Estas distintas acepciones de lo natural encuentran plena manifestación en la doctrina que postula la Iglesia Católica respecto a la homosexualidad. Así, uno de sus mayores representantes, Santo Tomás, infiere, a raíz de la observación del reino animal, que lo natural estaría dado por el impulso hacia el coito heterosexual, lo que asegura la procreación de las especies. Además, que Dios, en su infinita sabiduría y creatividad, diseñó los órganos del cuerpo humano para cumplir funciones específicas, siendo, por ejemplo, la del pene depositar el semen en la vagina. Concluyó de ello que cualquier otro acto sexual que no estuviera abierto a estos fines de procreación era antinatural. De ese carácter antinatural, Santo Tomás deduce que el acto es contrario al designio divino y, por lo tanto, también inmoral. Es decir, de la descripción de lo que es natural se desprende una norma moral. “En este sentido, un dato relevante-esgrimido a favor o en contra, no es ésta la cuestión-y que con frecuencia se presta a confusión es el de la presencia de la homosexualidad en el mundo animal. En términos estrictos no puede hablarse propiamente de homosexualidad animal.

⁶⁷ UNDURRAGA VALDÉS, V. *Cultura y Diversidad de Formas de Vida: La Homosexualidad*, en Centro de Estudios Públicos. 2005. Publicación en línea. www.cepchile.cl/dms/archivo_3596_1814/chilequeviene_undurraga.pdf. Última visita: 23-04-2008.

Es cierto que en los mamíferos superiores la conducta asexual está sujeta a actos conductuales distintos a los estrictamente reproductivos y que éstos pueden darse en el juego propio de las primeras etapas del desarrollo (primates) o en las conductas del sometimiento al macho dominante (cánidos). Los animales de trabajo o explotación presentan una mayor frecuencia de conductas sexuales entre el mismo sexo”⁶⁸.

“Sin embargo, este comportamiento no puede ser considerado como homosexual por la razón básica de que su instinto reproductor les conduce siempre a congéneres del sexo opuesto. En el reino animal podemos aplicar el término de homosexualidad en su dimensión lúdica, en el sistema de relación y predominio, o por ausencia de estímulos exteriores suficientes, pero todo ello se produce junto con conductas reproductoras, lo cual no busca una persona homosexual en su relación”⁶⁹.

Por su parte, y volviendo al tema de la homosexualidad manifestada en el ser humano, el profesor chileno Armando Roa declara que “el concepto de sexo en el hombre apunta a la existencia de atractivo por un sexo de signo distinto, cuya complementación y fusión en lo biológico y en lo anímico es una íntima aspiración personal. Si el contacto de lo mismo con lo mismo en el sexo fuera tan normal como el contacto de lo mismo con lo otro (masculino y femenino), no se ve la necesidad de los sexos, salvo para la reproducción, sabiéndose que es posible por medios diversos y por lo tanto no es tal vez lo esencial en la diferenciación de los sexos. Es verosímil, más bien, que la existencia de sexos y su conquista sea un camino para obligar a los individuos a diversificarse, crear lenguajes amatorios y dar lo mejor de sí”⁷⁰.

La profesora UNDURRAGA VALDÉS señala: “Para la Iglesia, sin embargo, no siempre la naturalidad de una situación implica su moralidad. Porque la Iglesia, aun reconociendo la posibilidad de que la homosexualidad pueda tener un origen biológico (es decir, ser natural, en el primer sentido), afirma que la prueba de esto no afectaría su doctrina sobre la inmoralidad de las relaciones homosexuales.

⁶⁸ PARDO MERINO, A. Aspectos Médicos de la Homosexualidad. CB 22, 2ª Edición. 1995. p.182. Citado en *Homosexualidad, Matrimonio y Adopción. Un enfoque desde el capital social*. Centro de Estudios de la Realidad Social. Universitat Abat Oliba. p. 7.

⁶⁹ PONZ, F. *Comportamiento animal y funciones superiores del cerebro*. Balasch et Al. y Goodman RE Homosexuality. BMJ 297. 1988. p. 738. Citado en *Homosexualidad, Matrimonio y Adopción. Un enfoque desde el capital social*. Centro de Estudios de la Realidad Social. Universitat Abat Oliba. p. 7.

⁷⁰ ROA REBOLLEDO, A. *Nueva visión de las enfermedades mentales. Disfrenias, personalidades paranormales, homosexualidad*. Crítica al DSM III, Editorial Universitaria, Santiago, 1984, pp. 16-17. Citado en CORRAL TALCIANI, H. *Regulación legal de las uniones homosexuales. Un contrasentido*

Con una lógica correcta, a mi juicio, la iglesia aquí nos dice que lo natural en el sentido de “lo que nos viene dado en nuestro equipamiento básico” no determina necesariamente lo que debe ser. Es posible que el ejercicio de la moralidad exija actuar en oposición a lo que son nuestras tendencias naturales. Pero, si esta vez la Iglesia nos llama a no seguir el camino al que pareciera llevarnos nuestra naturaleza ¿cómo determinamos cuál es el actuar moral? Juan Pablo II contesta: “las inclinaciones naturales adquieren relevancia moral solamente cuando se encaminan al desarrollo auténtico de la persona humana”. Y el desarrollo auténtico de la persona humana se lograría cuando actuamos conforme a nuestra “naturaleza moral”. Como puede apreciarse, el argumento vuelve a fundar la corrección de la conducta en su coincidencia con una idea de naturaleza. Sin embargo, esta vez no se trata de la naturaleza biológica sino de lo que se llama la naturaleza moral de los seres humanos. La Iglesia postula que la razón humana, incluso sin necesidad de fe dirige a las personas hacia los bienes humanos básicos”⁷¹.

En otros términos, la naturaleza moral y racional del hombre (que se entiende pertenecer a su equipo innato), unida al ejercicio de su recta razón, le mostraría el camino de lo que es óptimo y aconsejable.

Y precisamente uno de los bienes humanos básicos a los que nos dirigiría nuestra naturaleza moral es el matrimonio, entendido éste como un bien intrínseco, en sí mismo, y no solamente como un medio para alcanzar otros bienes valiosos como la crianza, educación, y trascendencia. Lo consideramos un bien básico al coincidir con el relato bíblico de Génesis capítulo 2 en que luego de que Dios viera que todo lo que Él había hecho era bueno, incluyendo al hombre, dijo: “No es bueno que el hombre esté solo. Voy a hacerle una ayuda adecuada...Entonces Dios el SEÑOR hizo que el hombre cayera en un sueño profundo y, mientras éste dormía, le sacó una costilla y le cerró la herida. De la costilla que le había quitado al hombre, Dios el SEÑOR hizo una mujer y se la presentó al hombre, el cual exclamó: Ésta sí es hueso de mis huesos y carne de mi carne. Se llamará *mujer*⁷² porque del hombre fue sacada. Por eso el hombre deja a su padre y a su madre, y se une a su mujer, y los dos se funden en un solo

para el Derecho de Familia. En Estudios Jurídicos en homenaje a diversos profesores. Universidad del Desarrollo. Santiago. 2007 p. 257.

⁷¹ UNDURRAGA VALDÉS, V. *Cultura y Diversidad de Formas de Vida: La Homosexualidad*. Ob. Cit.

⁷² En hebreo, la palabra que significa mujer (ishah) suena como la palabra que significa hombre (ish).

ser”⁷³. Además, esta búsqueda de complementariedad sexual que se percibe en la esencia misma del matrimonio es una clara evidencia de la heterosexualidad en que se sustenta.

5. Factores que inciden en la Homosexualidad

Las personas se sienten atraídas por personas del mismo sexo por distintas razones. Si bien hay modelos de desarrollo con aspectos similares, cada individuo es único, con una historia personal. En las historias de personas que se sienten atraídas por otros del mismo sexo, se encuentra frecuentemente uno o más de los siguientes precedentes:⁷⁴

- Alienación del padre en la infancia, porque el padre fue percibido como hostil, distante, violento o alcohólico.
- La madre fue sobreprotectora (niños hombres).
- La madre era necesitada de afecto y exigente con los niños
- Madre emocionalmente vacua (niñas).
- Los padres no fomentaron la identificación con el propio sexo.
- Falta de identificación con sus iguales del mismo sexo.
- Abuso sexual o violación.
- Fobia social o timidez extrema.
- Pérdida de un padre por muerte o divorcio.
- Separación de un padre durante una etapa crítica del desarrollo.

Para complementar esta parte, consideramos útil incluir algunas citas de investigadores especialistas en la materia. Así nos encontramos primero con las declaraciones del doctor DEAN HAMER, autodeclarado homosexual, y quien es el investigador del denominado *gen de la homosexualidad*: “Los genes son el ‘hardware’...los datos de las experiencias de la vida son procesados a través del ‘software’ sexual hacia los circuitos de la identidad. Yo me imagino que el ‘software’ sexual es una mezcla tanto de los genes como del ambiente, de la misma manera en

⁷³ Génesis 2:18, 21-24. Santa Biblia. Nueva Versión Internacional. Sociedad Bíblica Internacional. Corea. 1999.

⁷⁴ Este estudio fue desarrollado por una gran cantidad de psicólogos especialistas, entre ellos Fisher, Bieber, Friedman. Este estudio es citado por BARCIA SALORIO, D. y NIETO MUNUERA, J. en *Teorías Psicológicas acerca de la génesis de la homosexualidad*. p. 1344-1352. En *Homosexualidad, Matrimonio y Adopción. Un enfoque desde el capital social*. Centro de Estudios de la Realidad Social. Universitat Abat Oliba. p. 11.

que el ‘software’ de una computadora es la mezcla de lo que instalaron en la fábrica y lo que el usuario le agrega”⁷⁵.

Se lee, y a modo de anécdota, que cuando se le preguntó a HAMER si la homosexualidad estaba arraigada exclusivamente en la biología, él contestó: “Por supuesto que no, nosotros ya sabemos, por los estudios que se han hecho con gemelos, que la mitad o más de la mitad de la variabilidad en la orientación sexual no es hereditaria. Nuestros estudios tratan de establecer con exactitud los factores genéticos...no de negar los factores psicosociales”⁷⁶.

Luego, el psiquiatra JEFFREY SATINOVER, también especialista en la materia, nos indica que "como todos los estados mentales y de conducta complicados, la homosexualidad no es...ni exclusivamente biológica ni exclusivamente psicológica, sino que es resultado de...una mezcla de factores genéticos, influencias (en el útero)...ambiente postnatal (tales como el comportamiento del padre, de los hermanos y de la cultura), y de una serie de elecciones complicadas, afirmadas repetidamente, que ocurren en las fases críticas del desarrollo”⁷⁷.

Y, entre las conclusiones del doctor SATINOVER sobre el “gen homosexual” se encuentra la siguiente: “No existe ninguna evidencia que muestre que la homosexualidad es genética, y ninguna de las investigaciones en sí mismas afirman que exista una evidencia. Sólo la prensa y ciertos investigadores lo afirman cuando están hablando con el público”⁷⁸.

Por su parte, el sociólogo STEVEN GOLDBERG señala que “casi toda la evidencia argumenta en contra de que exista un factor causal fisiológico determinativo, y yo no conozco ningún investigador que crea que ese factor determinativo exista...dichos factores desempeñan un papel de *predisposición* y no de determinación. Yo no conozco a nadie en el campo de la sociología que argumente que la homosexualidad puede ser explicada sin hacer referencia a los

⁷⁵ COPELAND, P. y HAMER, D. (1994) *The Science of Desire*. New York: Simon and Schuster. Citado en FRYREAR, MELISSA. *Homosexualidad: ¿Congénita o cambiante?* Publicación en línea. http://www.esposibleelcambio.org/ARTICULOS+FUNDAMENTALES_enesp.htm. Última visita: 25-04-2008.

⁷⁶ IBIDEM.

⁷⁷ SATINOVER, J. M. D., *Homosexuality and the Politics of Truth*. Grand Rapids, MI: Baker Books. 1996. Citado en FRYREAR, MELISSA. *Homosexualidad: ¿Congénita o cambiante?* Publicación en línea. http://www.esposibleelcambio.org/ARTICULOS+FUNDAMENTALES_enesp.htm. Última visita: 25-04-2008.

⁷⁸ SATINOVER, J. M.D., *The Journal of Human Sexuality*, 1996, p. 8. Citado en FRYREAR, MELISSA. *Homosexualidad: ¿Congénita o cambiante?* Publicación en línea. http://www.esposibleelcambio.org/ARTICULOS+FUNDAMENTALES_enesp.htm. Última visita: 25-04-2008.

factores ambientales”. Y agrega: “La crítica del homosexual no ha hablado acerca de la configuración clásica de la familia; simplemente ha hecho valer la considerable evidencia para la existencia de los factores familiares.

Los estudios que intentan reprobar la existencia del modelo de la familia clásica en la homosexualidad, están convenciendo sólo a aquellos que lo necesitan creer”⁷⁹.

La Asociación Psiquiátrica Americana dice lo siguiente: “Varias teorías han propuesto otras fuentes discrepantes para explicar la orientación sexual...Sin embargo, muchos científicos comparten la opinión de que en la mayoría de las personas la orientación sexual se forma a muy temprana edad a través de complicadas interacciones de factores biológicos, psicológicos y sociales”⁸⁰.

Entonces, la interrogante no se deja esperar. ¿Cuáles son esos factores que conjugados desembocan en homosexualidad?

Podemos sostener que los conflictos más comunes en las diferentes etapas de la vida que predisponen individuos hacia atracciones y comportamientos homosexuales son soledad y tristeza; desconfianza y miedo; profundos sentimientos de ser inadecuado y falta de aceptación de si mismo; narcisismo; exceso de enfado; abuso sexual temprano y falta de estabilidad en la vida combinada con apabullantes sentimientos de responsabilidad. Durante periodos de *stress* estas dificultades internas se activan. En un intento por encontrar alivio o un escape a este inconsciente dolor emocional pueden ocurrir fuertes atracciones y comportamientos homosexuales. Esta dinámica de sufrimiento emocional que conduce a deseos y actividad homosexual se manifiesta raramente durante la infancia, mientras que se revela normalmente al principio de la adolescencia.

Por ejemplo, y tratándose de los profundos sentimientos de soledad y tristeza, la causa más frecuentemente vista en el pasado, y que conduce a atracciones homosexuales en jóvenes está constituida por el resultado de un rechazo durante la infancia y adolescencia por parte de sus

⁷⁹ GOLDBERG, S. *When Wish Replaces Thought: Why So Much of What You Believe is False*. Buffalo, New York: Prometheus Books. 1994. Citado en FRYREAR, MELISSA. *Homosexualidad: ¿Congénita o cambiabile?* Publicación en línea. http://www.esposibleelcambio.org/ARTICULOS+FUNDAMENTALES_enesp.htm. Última visita: 25-04-2008.

⁸⁰ Booklet from the American Psychological Association's Public Information Office, "Answers to Your Questions About Sexual Orientation and Homosexuality". Citado en FRYREAR, MELISSA. *Homosexualidad: ¿Congénita o cambiabile?* Publicación en línea. http://www.esposibleelcambio.org/ARTICULOS+FUNDAMENTALES_enesp.htm. Última visita: 25-04-2008.

compañeros, con motivo de sus limitadas aptitudes atléticas. Muchos niños que tienen mala coordinación psicomotriz no son buenos en los deportes más practicados, y reciben duras y crueles críticas de sus compañeros. Posteriormente aparecen poderosos sentimientos de soledad, tristeza y aislamiento. El ansia de ser aceptados y queridos por sus compañeros suele superar a los jóvenes, y termina en fuertes atracciones emocionales hacia los del mismo sexo, como una forma de compensar su necesidad porque precisamente ese es el afecto valorado y buscado en esa etapa de la vida si se considera el contexto social en el que se desenvuelve un joven, lo cual lleva a muchos a concluir que son homosexuales. Aunque pudiera parecer exagerado, “en los años 50 y 60, cuando todavía era posible investigar abiertamente sobre las causas de la homosexualidad, un estudio de 500 varones en Nueva York que se consideraban homosexuales reveló que por encima del 90% de ellos tenían problemas de coordinación atlética y que de pequeños fueron objeto de varios niveles de humillación por sus compañeros. Muchos contaron que no solamente se sentían fracasados como varones porque o no eran buenos o no les gustaba el deporte, sino que también sentían que desilusionaban a sus padres, los cuales —en su opinión— esperaban que les fuera bien atléticamente. La falta de interés por los deportes interfería en la relación y unión íntima de padre-hijo”⁸¹.

En el mismo norte, más recientemente se puede señalar que el fracaso matrimonial y familiar, con casi un 45% de niños y adolescentes que viven separados de sus padres, ha producido serios problemas de tristeza y soledad en nuestra juventud.

“Cuando no se satisface la necesidad de cariño, aprobación, afecto físico y ánimo de un padre, se desarrolla un vacío interior comúnmente llamado *hambre de padre*. En un intento por superar este dolor, algunos adolescentes y jóvenes adultos buscan el confort de ser abrazados por otro hombre”⁸². He aquí una explicación a la relación existente entre los sentimientos de **soledad y tristeza**, y la homosexualidad masculina.

La falta de cariño, afectos y ánimo de una madre también puede producir un gran vacío. “Algunas niñas intentan llenar ese vacío del amor materno dulce y consolador por medio del comportamiento homosexual. Esta *soledad sin madre* no se observa tan a menudo como la

⁸¹ FITZGIBBONS, R. *Factores Causantes de la Homosexualidad*. Publicación en línea. <http://www.esposibleelcambio.org> Última visita: 27-04-2008.

⁸² FITZGIBBONS, R. *Factores Causantes de la Homosexualidad*. Ob. Cit.

soledad sin padre porque las madres generalmente tienen mucha más libertad a la hora de comunicar su amor y su ánimo a los hijos de lo que lo hacen los padres”⁸³.

Consideramos pertinente incluir el siguiente testimonio: “Sue era la más joven de tres hijos, y tenía cuatro años cuando su madre los dejó. Vio a su madre intermitentemente durante su infancia, pero nunca sintió intimidad con ella. Sue salió con chicos varias veces en el Instituto y sobre los veinte años se vio envuelta en relaciones homosexuales. Entró en psicoterapia para resolver la tristeza y el enfado con su madre. Conforme su entendimiento del problema crecía, se dio cuenta que ninguno de los chicos con los que había salido podía proporcionarle el afecto que la niña pequeña en su interior todavía ansiaba de su madre. Durante un tiempo el afecto y amor de sus novias le consolaba. Sin embargo, estas relaciones no la satisfacían. Sue, poco a poco, vio que la niña pequeña que llevaba dentro necesitaba curarse del dolor de esa *soledad sin madre* antes de que pudiera tener una relación adulta de amor estable”⁸⁴.

Otro factor que incide en la homosexualidad está dado por los **profundos sentimientos de ser inadecuado y falta de auto-aceptación**. La desconfianza se suscita por el rechazo de padres, compañeros, hermanos, u otras personas significativas en las cuales se ha depositado la confianza. “En un intento inconsciente de deshacer una historia de rechazos, la persona busca reafirmarse y ser aceptado por miembros del mismo sexo. En la experiencia clínica este doloroso conflicto emocional se observa mucho más frecuentemente en hombres. Una débil identidad masculina importa otra importante causa de inclinaciones homosexuales y actividad sexual desorbitada, siendo el resultado de fuertes sentimientos de inseguridad. La necesidad de ser aceptado por otros varones es esencial para el desarrollo de una positiva identidad masculina, y precede al nivel de desarrollo adolescente. Si una auto-aceptación no ocurre o no se consigue por medio de la afirmación de otros compañeros, raramente podrá un niño encontrarse atraído a niñas”⁸⁵.

Otro de los factores analizados por el mundo de la psicología lo constituye el **miedo y desconfianza**. Miedo de ser vulnerable en relaciones heterosexuales es otro factor importante en el desarrollo de atracciones homosexuales. Esta inhabilidad de sentirse seguro amando a alguien del sexo opuesto es normalmente inconsciente y se origina la mayoría de las veces a partir de experiencias traumáticas en el hogar.

⁸³ IBIDEM.

⁸⁴ IBIDEM.

⁸⁵ IBIDEM.

“En niños, puede ser la consecuencia de haber tenido una madre que era demasiado controladora; excesivamente dependiente; enfadada y crítica; poco afectuosa y fría; narcisista e insensible; muy desconfiada; adicta; ensimismada o enferma.

En niñas, el miedo a confiar en cualquier varón en una relación amorosa puede surgir de haber tenido un padre que era muy dado al enojo; rechazador y distante; insensible hacia su madre; abusivo; duro; egoísta; adicto, o falta de cualquier afecto. Hoy, el dolor del abandono de un padre a causa del divorcio es una de las mayores fuentes de desconfianza que experimentan mujeres respecto de chicos, las cuales desarrollan una fobia inconsciente a ser heridas como vieron que lo fueron sus propias madres. Como consecuencia, por un período de tiempo se sienten seguras sólo con el amor consolador de otra mujer”⁸⁶.

Vale destacar el siguiente ejemplo vivencial: “Diane era una joven arquitecto cuyo padre era un hombre iracundo y alcohólico. Ella había presenciado años de abuso físico y psicológico en que él incurría respecto de su madre. En su temprana adolescencia le atraían los hombres y salió con ellos, pero en la Universidad se encontró mucho más a gusto con otras niñas. Acabó por darse cuenta que tenía un poderoso miedo de ser herida como su madre si se comprometía con un hombre. A Diane no le satisfacían emocionalmente, físicamente o espiritualmente sus relaciones homosexuales. En terapia reconoció que lo que había experimentado respecto de su padre controlaba sus relaciones con niños y decidió actuar resueltamente para romper ese dominio paterno sobre sus relaciones”⁸⁷.

El **narcisismo o egoísmo** es otro factor principal que influye en la atracción a un estilo de vida homosexual. Hay varios aspectos atrayentes, como el no tener que comprometerse legalmente a otra persona y no tener que darse completamente como padre, con la salvedad, obviamente, de aquellas personas que sí aspiran a ello, pero creemos que aún en ese caso, y debido a la propia estructura de las parejas homosexuales, ellas no pueden igualarse a las relaciones heterosexuales, por más afecto que se invoque. Existe un deseo de permanecer infantilmente con obligaciones mínimas en relaciones y con pocas limitaciones en la búsqueda de placer. El hedonismo está asociado a muchas personas envueltas en un comportamiento homosexual.

“Otra seria manifestación del narcisismo ligado a un estilo de vida homosexual es la de albergar pensamientos de grandeza. Tales razonamientos llevan a pensar que uno es muy

⁸⁶ IBIDEM.

⁸⁷ IBIDEM.

superior a los demás, y que es tan especial y excepcional que incluso es inmune al virus del SIDA. Ilusiones de grandeza e irresponsabilidad extrema influyen en gran parte en las prácticas sexuales arriesgadas de un buen número de homosexuales en la actualidad.

No solamente dejan de protegerse de manera frecuente, sino que en su egocentrismo también dejan de advertir a sus compañeros sexuales sobre si portan o no el virus VIH⁸⁸.

Por último, no podemos dejar de referirnos a los **traumas sexuales en la infancia**. Un buen número de varones que fueron objeto de violación o abuso sexual en su infancia desarrollan una confusión sobre su identidad masculina. Al igual que ocurre con otras víctimas de violaciones, piensan que su comportamiento debe haber causado de algún modo el abuso. Esto es generado por potentes sentimientos de indignidad que alimentan la culpa ficticia. Durante la adolescencia, su relación con mujeres está normalmente mermada por la vergüenza y por la creencia que ninguna podría amarles en absoluto si conociera sus experiencias sexuales.

Debemos advertir que “el estado de homosexualidad en la teoría y práctica psiquiátrica ha sufrido una importante transformación en los últimos 35 años. Durante gran parte del siglo XX, la homosexualidad se reconoció como un defecto o trastorno de la personalidad, un síntoma de una enfermedad psiquiátrica, o bien, directamente una enfermedad psiquiátrica. Al comienzo de los años 70, la homosexualidad fue removida de la lista de trastornos mentales de la Asociación Americana de Psiquiatría, reconociendo que la homosexualidad por si misma no es patológica. Este punto de vista ha continuado hasta el presente y se ha hecho fuerte a través de los años...Algunos psiquiatras continúan aseverando la teoría de la homosexualidad patológica, pero están fuera de la gran corriente de la teoría psiquiátrica contemporánea”^{89, 90}.

⁸⁸ IBIDEM.

⁸⁹ Varios Autores. *Homosexuality*. Publicación en línea. <http://www.emedicine.com/med/topic3359.htm>

⁹⁰ Pese a la respetable opinión propuesta en estas líneas, consideramos interesante referirnos brevemente a la investigación que ha desarrollado el psiquiatra nacional CARLOS VALENZUELA en la Revista de Psiquiatría Clínica de la Universidad de Chile. Año XLIII-Nº2-Diciembre 2006. pp.37-38. En su trabajo, define operacionalmente patología y homosexualidad, y se prueba la siguiente hipótesis: la homosexualidad es una patología.

Las pruebas que utiliza para respaldar su conclusión son las siguientes:

- La generalización de la homosexualidad lleva a la extinción de la especie.
- La pareja homosexual no está adaptada para procrear.
- Los genitales están adaptados para el coito heterosexual reproductivo; el coito homosexual en varones lleva a menudo a patología traumática, y en las mujeres a insatisfacción.
- El homosexual tiene deficiencias en el desarrollo psíquico en cuanto al “amor” o estima de la pareja procreante, siendo además refractario a la enseñanza de la atracción heterosexual.
- El homosexualismo se asocia frecuentemente a características psíquicas en grado anómalo como paranoísmo, narcisismo, obsesividad, alteraciones de la identidad.

Además, útil resulta traer a la vista la siguiente realidad: el fracaso de cualquier relación adulta a la hora de llenar el vacío de la soledad infantil y adolescente es la mayor causa de la extraordinaria promiscuidad en el estilo de vida homosexual. Tanto es así, que algunos estudios reflejan una media de sesenta compañeros/as sexuales al año. Inconscientemente, un compromiso estable no se busca porque se siente que ningún adulto puede satisfacer al niño y adolescente interior. La poderosa desgracia y desazón de muchos homosexuales produce un comportamiento sexual altamente peligroso, y explica las cifras del 30 al 46% de los hombres envueltos en coito anal sin protección y anilingus. Tal proceder compulsivo y patológico apoya la idea de que la homosexualidad es un serio desorden emocional, mental, y de comportamiento.

6. ¿Es cambiable la Homosexualidad?⁹¹

Hemos querido aprovechar esta oportunidad para incluir los siguientes comentarios, que si bien no dicen relación directa con el tema propuesto, claramente son atinentes al fondo del asunto.

La condición homosexual también es susceptible al cambio. La orientación sexual, la cual se pensaba que era un rasgo distintivo que no se podía cambiar, es en realidad bastante

-
- Los varones homosexuales maduran psico-sexualmente antes que los heterosexuales, las mujeres no se diferencian.
 - La pareja homosexual es inconsistente. Por ejemplo, un homosexual que se enamora de un heterosexual no puede ser correspondido.
 - Los homosexuales sufren más patología psiquiátrica, infecciosa y tumoral que los heterosexuales y también presentan baja de la inmunidad no debida a SIDA.
 - Las condiciones de vida de los homosexuales en su niñez son más deterioradas que las de los heterosexuales, y la homosexualidad puede darse como síntoma en otra patología psiquiátrica, cosa imposible para la heterosexualidad.
 - Estadísticamente la homosexualidad genuina se da en frecuencia menor al 3%, y el número de parejas que tienen en su vida los homosexuales es muy superior al que tienen los heterosexuales.

Concluye señalando que por 15 evidencias independientes se afirma la hipótesis que la homosexualidad cumple los requisitos para ser considerada una patología y se refuta que no lo sea.

⁹¹ En esta sección nos basaremos en el apunte elaborado por Enfoque a la Familia, acerca del estudio de FRYREAR, MELISSA. *Homosexualidad: ¿Congénita o cambiable?* Publicación en línea. <http://www.posibleelcambio.org/foros>. Última visita: 23-04-2008.

flexible en mucha gente. Para algunos ha cambiado como resultado de una terapia, para otros por medio de experiencias espirituales, y para otros incluso espontáneamente.

En círculos profesionales, el debate sobre el desarrollo de la orientación sexual se centra en dos puntos de vista. El punto de vista más generalizado de los dos, conocido como el punto de vista “esencialista”, argumenta que la orientación sexual es innata, “congénita”, y por lo tanto, no se puede cambiar. En cierto modo, la APA ha apoyado este punto de vista, y por consiguiente, ha influido en el enfoque que muchos médicos de la salud mental actualmente tienen. El segundo punto de vista, el cual es menos aceptado, conocido como perspectiva construccionista, postula que la orientación sexual es un producto socialmente construido de las experiencias que una persona ha tenido en su vida, y por lo tanto puede ser cambiada.

“La sociedad-y los grupos homosexuales, por descontado-acepta con facilidad el hecho de que una persona que haya tenido un comportamiento heterosexual, incluso tras años de matrimonio e hijos, declare un día su homosexualidad y adopte plenamente una nueva tendencia sexual. Y sin embargo, los grupos homosexuales rechazan el proceso inverso: el cambio de una tendencia homosexual a otra heterosexual, a pesar de que están documentados procesos en ese sentido. Cuando el cambio se da en el sentido de retorno a la normalidad, la Asociación Americana de Psiquiatría se manifiesta crítica, dado que considera que, hasta la fecha, no existen estudios que arrojen a la luz resultados rigurosos desde el punto de vista científico en cuanto a la eficacia actual o el daño causado por los tratamientos reparadores”⁹².

Sin perjuicio de la opinión vertida recientemente, al revisar las investigaciones del doctor Jeffrey Satinover, a quien hemos citado con anterioridad, éstas reportaron un índice de éxito del 52% en el tratamiento que se dio a las personas que querían deshacerse de su atracción homosexual. Master y Jonson, los famosos investigadores del sexo, reportaron un índice de éxito del 65% después de un seguimiento que se hizo durante cinco años. Lo que es más intrigante es la investigación del doctor Robert Spitzer, un psiquiatra prominente, jefe de la Investigación Biométrica y profesor de psiquiatría en la Universidad de Columbia en Nueva York. El doctor Spitzer, un psiquiatra afirmativo del homosexual y partidario de los derechos para los homosexuales, fue el arquitecto de la decisión que se tomó en 1973 de eliminar la homosexualidad del DSM II. En un informe que se hizo público en la convención de la Asociación Psiquiátrica Americana del año 2001, el doctor Spitzer anunció los resultados de un

⁹² *Homosexualidad, Matrimonio y Adopción. Un enfoque desde el capital social.* Ob. Cit. pp. 13-14.

nuevo estudio sobre la homosexualidad: Los esfuerzos que se hacen para cambiar la orientación sexual pueden producir, aparentemente, en algunos hombres y en algunas mujeres, un éxito significativo⁹³.

Pero, ¿por qué la insistencia en el carácter de cambiante?

¿Por qué alguien querría cambiar esta orientación?

Si partimos de la base que la homosexualidad es consecuencia de un complejo de factores, que en su mayoría dicen relación con necesidades no suplidas de una persona, y con influencias ajenas, pero de su entorno, a todas luces nos vemos en la necesidad de contemplar esa posibilidad, esto es, un cambio, ya que, ante todo, estamos frente a una persona que internamente sostiene una lucha consigo misma.

Lo anterior se puede confirmar por los hallazgos que en la materia ha realizado el doctor Spitzer, quien entrevistó a 200 hombres y mujeres que habían experimentado un cambio significativo de la atracción sexual, de homosexual a heterosexual, y que habían sostenido este cambio por lo menos durante cinco años. Muchas de estas personas habían buscado el cambio debido a la desilusión que sufrieron con el estilo de vida promiscuo en el que se vieron involucrados, y con relaciones inestables y tormentosas. Muchos reportaron tener un conflicto con sus valores religiosos, y muchos habían deseado estar (o seguir) casados heterosexualmente. En el momento que se estaba haciendo la entrevista para el estudio, tres cuartas partes de los hombres y la mitad de las mujeres se habían convertido en personas casadas.

Un descubrimiento sorprendente fue que el 67% de los hombres que rara vez habían sentido, o nunca habían sentido, ninguna atracción sexual hacia personas del sexo opuesto, antes del esfuerzo que hicieron para el cambio, ahora informan una atracción heterosexual significativa. Aun aquellos a los que no les cambió su orientación, pero que ya no practican la homosexualidad, experimentaron una mejoría significativa en su salud emocional.

No obstante lo anterior, algunos se rindieron frente a la atracción por personas del mismo sexo porque se les dijo que habían nacido con esa orientación, y que era imposible cambiarla. Tales personas pueden creer que es fútil y sin esperanza el resistir tal atracción, de modo que abrazan la identidad gay. He aquí la trascendencia de esas afirmaciones e intentos de convicción bajo el alero de la defensa de sus derechos: el conformismo que atenta contra el

⁹³ Los resultados de este estudio también fueron publicados en *Archives of Sexual Behavior (Archivos del comportamiento sexual)*, Vol. 32, No. 5, octubre de 2003, pp. 403-417.

sentido de lucha que muchas de estas personas presentan al percibir la atracción homosexual y, lo que es peor aún, la auto-sugestión que termina en autoengaño.

Al fin de cuentas, lo que parecía beneficiarles, esto es, crear todo un marco de promoción y protección de sus derechos, puede terminar siendo la gota que colmó el vaso en el que muchos terminaron ahogados.

7. Conclusiones

Al oponerse a la causa homosexual a nivel político y legal se está tratando de detener el esfuerzo que se despliega para hacer ver que el cimiento de las leyes está sufriendo transformaciones encaminadas a reflejar que los homosexuales son una clase minoritaria de personas, y que las relaciones homosexuales (de cualquier tipo, meras convivencias, uniones civiles y matrimonios) son tan normales como lo son los matrimonios heterosexuales.

Pero debe existir un criterio sobre el cual realicemos esta lectura. No se trata de un mero capricho discriminatorio a favor del hombre; menos de una concepción moralista puritana. Precisamente, el punto central del debate sobre la homosexualidad es si esta condición es genética o si es el producto de las experiencias de una persona.

No todo argumento del Derecho es Derecho Humano y no todo lo humano que se defiende es "tan derecho" como parece. Ante las informaciones acerca de adopciones y fertilizaciones artificiales solicitadas por parejas de homosexuales, suelen escucharse respuestas tales como "es preferible que un niño sea adoptado o criado por homosexuales, antes de que viva en un asilo" o "nadie puede negarle el derecho de ser padre o madre a una persona".

¿Qué podemos responder frente a estas percepciones del tema en cuestión?

Pensamos que tal argumentación no es suficiente para configurar el marco pretendido por el mundo homosexual, esto es, uno caracterizado por la apertura a la adopción por personas o parejas homosexuales.

Aprovechando esta ocasión, nos es necesario acusar el mal manejo que del tema en cuestión se ha llevado a cabo por ciertos grupos de la sociedad, que en aras de su apego a la igualdad y libertad, se han involucrado en una "lucha liberal" más por una pose que por un genuino interés en las personas con *tendencias homosexuales* (creo que éste es el término preciso, pues, y como lo expusimos recientemente, no se nace homosexual, sino que esta tendencia se desarrolla por distintos factores).

Respecto del asunto medular enunciado superficialmente, y que dice relación con la gran cantidad de niños esperando en orfanatos o centros de acogida de menores, debemos ser tajantes en dos puntos: 1. Existe una gran lista de espera de matrimonios que postulan a la adopción, sobre todo de niños recién nacidos o con muy pocos años de vida, y, 2. respecto de los niños un tanto mayores y que no son los preferidos en los procesos de adopción, el Estado debe velar por su salud y desarrollo, y promover el establecimiento de Centros de Formación habilitados para ello, dotándolos del personal y recursos idóneos.

Capítulo III

Adopción y Homosexualidad en el Derecho Comparado e Internacional- Breves menciones.

1. Introducción y fugaz mirada a la situación mundial actual.

Se ha planteado en las legislaciones extranjeras respecto a las uniones de hecho de personas del mismo sexo, el reconocimiento de un posible derecho a adoptar. Hay algunas legislaciones que dan derecho de adopción a las parejas de homosexuales o de lesbianas.

Lo anterior puede ser el resultado de la presión del movimiento en pro de la causa *gay*, ya no sólo por erradicar las discriminaciones injustas contra los homosexuales como ciudadanos, sino para que además se consagren legalmente las uniones entre parejas del mismo sexo por medio de un estatuto que las asimile o equipare plenamente a las uniones matrimoniales. Así, “en una primera respuesta favorable se comenzaron a aprobar estatutos especiales para las parejas homosexuales sin equipararlas del todo al matrimonio. Se trata de convivencias registradas o contratos de unión civil reconocidos legalmente. Aparecida esta figura por primera vez en Dinamarca, por ley de 7 de junio de 1989, se extendería luego a varias legislaciones (Noruega: Ley de 30 de abril de 1993; Suecia: Ley de 1995; Holanda: Ley de 5 de julio de 1997; Bélgica: ley de 23 de noviembre de 1998; Portugal: Ley de 1º de julio de 1999; Alemania: Ley de 1º de Agosto de 2001; Reino Unido: Ley de 5 de diciembre de 2005; varios estados de los Estados Unidos de América tienen estatutos legales similares: Vermont, por ley de 2000, Connecticut, desde abril de 2005, California; a partir de 2000 con reforma de 2003)”⁹⁴.

CORRAL TALCIANI prosigue con su reseña: “En una segunda etapa se comienza a otorgar directamente a los homosexuales el derecho a contraer matrimonio, aunque con la restricción de que no puedan adoptar hijos. Así ocurre en Holanda por ley de 1º de abril de 2001 y en Bélgica por ley de 13 de febrero de 2003. En una tercera fase se otorga derecho a contraer matrimonio a las parejas homosexuales sin restricción alguna respecto de la adopción. Es lo que sucede en España, después de que varias legislaciones autonómicas aprobaran leyes de *parejas estables* aplicables a las uniones de personas del mismo sexo (Cataluña, Navarra, Aragón, Valencia, Baleares), finalmente se aprueba una reforma al Código Civil para permitir el

⁹⁴ CORRAL TALCIANI., H. *Regulación legal de las uniones homosexuales. Un contrasentido para el Derecho de Familia*. Ob cit. p. 249.

matrimonio homosexual (Ley 13/2005, del 1º de julio).⁹⁵ Lo mismo sucede en Canadá por ley de 20 de julio de 2005. En Bélgica, la ley de 20 de junio de 2006 suprimió la restricción de los matrimonios homosexuales respecto de la adopción. En Suecia, aunque aún persiste el estatuto de unión para los homosexuales se les ha ido progresivamente otorgando todos los derechos de las personas casadas, incluida la adopción y, desde el 2005, el acceso a la fecundación *in vitro* para parejas lésbicas”.⁹⁶

De hecho, hoy la adopción por parte de parejas homosexuales es un derecho reconocido en Bélgica, los Países Bajos, Suecia, Sudáfrica, España, Islandia, el Reino Unido y en ciertos territorios de Canadá y Estados Unidos.

A su turno, Dinamarca, Francia, Alemania y Noruega permiten la adopción del hijo del otro miembro de una pareja de hecho o unión civil.

Por su parte, Suecia ha consagrado la plena equiparación de derechos para gays. Lo interesante en este caso lo constituye el hecho que el país nórdico permite que las parejas de gays y lesbianas adopten a menores extranjeros, a diferencia de Holanda, país en que se restringe las adopciones por homosexuales a los niños del país, para evitar problemas con legislaciones de los países involucrados.

En el caso español, desde la regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo se contempla esta posibilidad. Anteriormente diversas comunidades autónomas ya permitían la adopción conjunta a las parejas de hecho. España fue el primer país que estableció la igualdad total en lo relativo a la adopción y matrimonio para las parejas del mismo sexo, puesto que cuando entró en vigencia la nueva legislación, el 3 de julio de 2005, la legislación holandesa no contemplaba la posibilidad de que las parejas homosexuales adoptasen niños extranjeros.

El Código Civil de Quebec, en su artículo 546, llega incluso a autorizar la adopción conjunta por parte de dos personas que ni siquiera conviven. El Parlamento Europeo, por su parte, en sesión de 8 de Febrero de 1994, aprobó por 159 votos contra 98, y 18 abstenciones, la “Resolución sobre la igualdad de derechos para los homosexuales”, donde se incluye expresamente la recomendación a los Estados de eliminar los obstáculos legales para que los homosexuales puedan adoptar.

⁹⁵ La ley modificó el Código Civil para establecer que “El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”(artículo 44 inciso 2º CC).

⁹⁶ CORRAL TALCIANI, H. *Regulación legal de las uniones homosexuales. Un contrasentido para el Derecho de Familia*. Ob cit. p. 250.

Ahora bien, y pese a lo expuesto recientemente, lo interesante de todo esto es que la mayor parte de las legislaciones siguen considerando que no puede otorgarse la adopción conjunta a parejas de personas del mismo sexo. Incluso, legislaciones claramente permisivas que han regulado las uniones homosexuales con estatutos similares al matrimonio, mantienen la imposibilidad de adoptar. Así, por ejemplo, sucede con la ley noruega de 1997, y en Francia, con la ley sobre Pacto Civil de Solidaridad (PACS) de 15 de Noviembre de 1999, que establece un estatuto para las parejas de personas del mismo o distinto sexo, excluyendo la posibilidad de los *partenaires* de adoptar conjuntamente⁹⁷.

En Brasil, la enorme reticencia que existe frente a la posibilidad planteada proviene de la creencia de que existe un daño potencial por la ausencia de referencias comportamentales, lo que vendría o derivaría, en un futuro, en secuelas de carácter psicológico. Por otro lado, y en lo netamente jurídico positivo, la determinación legal de que, en el registro de nacimiento, sean los adoptantes inscritos como padres, por una simple sustitución de la filiación biológica, sirve de justificación para que se sostenga la imposibilidad de adopción por dos hombres o dos mujeres: no podrían constar como padres en el registro de nacimientos.

Mientras tanto, son raras las decisiones judiciales que conceden la petición de adopción formulada por homosexuales, cuando no ocultan su condición. Prácticamente aislada es la postura del magistrado carioca Siro Darlan de Olivera, tanto definiendo la adopción, como habilitando a un homosexual para adoptar, habiendo sido ambas confirmadas en recurso por el Tribunal de Justicia do Rio de Janeiro (AC 14.332/98 y AC 14.979/98).⁹⁸

En Argentina, el art. 312 del Código Civil establece que nadie puede ser adoptado por más de una persona simultáneamente, salvo que los adoptantes sean cónyuges. Graciela MEDINA nos señala: “Nuestra legislación establece como principio general el de la adopción unipersonal, estableciendo a modo de excepción que la adopción puede otorgarse a más de una persona cuando éstos sean cónyuges. La norma antes transcripta impide que las parejas homosexuales adopten conjuntamente. Esta disposición podría ser atacada por inconstitucionalidad, debido a que establece una discriminación arbitraria en razón de la preferencia sexual; también podría ser cuestionada como violatoria al derecho a constituir una

⁹⁷ CORRAL TALCIANI, H. *Adopción y Filiación Adoptiva*. Ed. Jurídica de Chile. 2002. p. 208.

⁹⁸ DIAS, M.B. *Uniones Homoafectivas, Informe de Brasil*. En Revista de Derecho Comparado. Rubinzal-Culzoni Editores. p. 17.

familia”⁹⁹. Aquí, frente a esta dificultad, responde categóricamente: “Por nuestra parte pensamos que no constituye una discriminación en razón de la orientación sexual ya que también está prohibido adoptar en forma conjunta a los concubinos heterosexuales. Tampoco creemos que viole el derecho a constituir una familia porque la adopción como instituto jurídico tiene como fin primordial el interés superior del menor; no consideramos que sea conveniente para el interés del menor tener dos padres y dos madres que conviven”¹⁰⁰.

Otra situación que se presenta, la cual es advertida por la profesora argentina, es que en la actualidad muchas parejas homosexuales conviven con el hijo biológico o adoptivo de uno de los integrantes, generándose entre el menor y el otro conviviente vínculos de afecto y solidaridad que el Estado no puede desconocer. Así, no es extraño que al disolverse la pareja la madre biológica prohíba que su ex compañera siga relacionándose con el niño que ambas criaron. El derecho de visita surge como el único camino legal para no perder contacto con el menor. La profesora argentina sostiene que no necesariamente se debe utilizar el instituto de la adopción para reconocer tales vínculos. Lo más conveniente, según ella, sería legislar específicamente sobre el tema y contemplar detalladamente la obligación alimentaria del conviviente para con los hijos de su pareja. Aunque resultaría criticable excluir de dicha regulación aspectos tan relevantes como lo son el cuidado personal del niño y un régimen comunicacional.

En este sentido, resultaría pertinente considerar un régimen comunicacional a establecerse entre el niño y su padre biológico, y entre el niño y la persona que contribuyó a su cuidado y educación.

2. Jurisprudencia Extranjera

En esta sección incluiremos pasajes de Jurisprudencia extranjera que nos parecen rescatables. Para ello, nos remitiremos al trabajo desarrollado por GRACIELA MEDINA en su obra *Uniones de Hecho. Homosexuales*. En algunas de ellas expondremos nuestra opinión.

⁹⁹ MEDINA, G. *Las Uniones de hecho homosexuales frente al Derecho Argentino*. En Revista de Derecho Comparado. Rubinzal-Culzoni Editores. p.114.

¹⁰⁰ IBIDEM.

2.1. Jurisprudencia Comparada relativa a la Adopción.

- Estados Unidos

Mientras la mayoría de los Estados no prohíbe a adultos homosexuales adoptar niños y en ocasiones permiten tales adopciones, existe una predisposición institucional para colocar a los niños en hogares de parejas heterosexuales casadas. Existe alguna evidencia de que los tribunales parecen más inclinados a conceder la adopción a personas homosexuales cuando el niño tiene necesidades especiales, caso en que será entonces menos probable que sea adoptado por una pareja casada heterosexual tradicional. Nos referimos a niños mayores y a aquellos con discapacidades físicas o emocionales, que frecuentemente son bastante severas. En algunos casos, las autoridades han permitido a los padres homosexuales adoptar niños con VIH.

A veces se prefiere la adopción individual respecto de la adopción conjunta por pareja no casada. Pero en otros, las autoridades han permitido a una pareja homosexual adoptar conjuntamente niños que están criando en casos en los que ninguno de ellos es el padre biológico.

En resumen, la ley estadounidense no sigue una sola línea a través de las jurisdicciones en lo que se refiere a las adopciones homosexuales. La ley de adopciones es principalmente una función del Derecho Estatal. Unos pocos Estados explícitamente prohíben a los estadounidenses homosexuales adoptar niños, incluyendo Florida, Arkansas y Utah. Nueva Hampshire recientemente rechazó su prohibición. A la fecha, los tribunales generalmente han aceptado esas prohibiciones. Cuando Nueva Hampshire prohibió que los homosexuales adoptaran, su Corte Suprema sostuvo que la ley era constitucional. De manera adicional a las prohibiciones legales contra la adopción homosexual, algunas cortes estatales han prevenido que los adultos homosexuales y bisexuales adopten basados en la ilegalidad de la sodomía privada consentida.

He aquí, una manifestación:

Caso "The Matter of the Petition of C.M.A."

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

razones, hasta que finalmente denegó la adopción. Las partes no apelaron sino que plantearon la remoción del juez que decidió en contra de su solicitud.

A su vez, la Corte de Apelaciones concluyó que el juez del tribunal inferior había llegado a ese resultado engeguado por sus juicios personales acerca de la homosexualidad. En la historia jurisprudencial de Illinois normalmente se había aceptado esta clase de adopciones. La única excepción fue la decisión de este juez que, a criterio del tribunal de apelaciones, manifestaba una marcada tendencia en contra de las lesbianas. El tribunal señaló, además, que el tratamiento que les había dispensado era vergonzoso.

Sin embargo, pensamos que esto no es suficiente para un cambio de opinión. Si bien el trato y el proceso no fueron los más apegados a Derecho, de todas formas no se alcanza a satisfacer los requerimientos sociales para conceder la adopción. Esto, debido a que es la sociedad la que valora incuestionablemente a los matrimonios como los primeros llamados a la adopción de niños. En el sentimiento colectivo, y en las legislaciones sobre adopción de casi todo el mundo el matrimonio se sitúa en la posición privilegiada. Y es que “en la adopción por un matrimonio el padre tiene al hijo a título de haberse casado con una mujer, no sólo a título individual. La vinculación paterno y materno filial mediante la adopción es una simulación legal paliativa. Por ello de siempre el legislador restringió a casos muy particulares la adopción por parte de individuos solos, y todavía más si no existía un vínculo familiar previo”¹⁰¹.

- Canadá.

Caso “R.K.”

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

¹⁰¹ *Homosexualidad, Matrimonio y Adopción. Un enfoque desde el capital social.* Universitat Abat Oliba CEU, p. 39.

torno a la existencia de diversos tipos de familia, “en el discurso legal todos los caminos conducían al núcleo heterosexual romano: el matrimonio o sus equivalentes de facto”¹⁰².

Esto, lejos de constituir una postura arcaica y puritana, se levanta como una ventaja al conservar el molde tradicional de familia, con todo lo que ello implica para el niño que será adoptado. Se trata de la seguridad que genera en la percepción del niño, el ser recibido y criado en una familia estructural y funcionalmente constituida.¹⁰³

Además, si bien estos postulantes a adopción están en su derecho, el contexto en el que lo reclaman conculca y menosprecia una necesidad básica del niño, cual es, tener un padre.

Pero eso no es todo. Una situación como ésta podría evitarse. No es una situación insoslayable. Es una situación creada. Claramente podría regularse el acceso a técnicas de inseminación artificial para parejas homosexuales, en aras de prevenir posibles demandas de adopción por parte de ellas mismas. Sería aquélla la única forma de lograr consecuencia con lo postulado como fundamento de este trabajo que se resume en la necesidad de proveer padre y madre para el adoptado. Sería la única forma de cubrir en términos simétricos situaciones fácticas análogas. ¿Por qué? Porque trátase de personas homosexuales que adoptan, o que se sometan a la intervención de técnicas de reproducción asistida, el niño o el recién nacido necesita de padre y madre.

- Colombia

Corte Constitucional de Colombia, 2 de agosto de 2001.

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

Para mayor claridad, transcribimos la norma cuestionada:

Artículo 90. “*Pueden adoptar conjuntamente:*

2. *Los cónyuges.*

3. *La pareja formada por el hombre y la mujer que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos tres (3) años. Este término se contará a partir de la*

¹⁰² MILLBANK, J., *Which, then, World be the “husband” and Vich the “wife”?* en *E-Law Murdoch University Electronic Journal of Law*, vol. 3 N° 3 (September, 1996). Citado en MEDINA, G. *Uniones de Hecho. Homosexuales*. Ob. Cit. p.286.

¹⁰³ Postulamos rotundamente que esa estabilidad la produce sin paralelos el matrimonio entre dos personas. Pero, ello no importa desconocer las crisis por las que atraviesa todo matrimonio, ni tampoco ignorar la realidad mundial de muchas familias basadas en relaciones de convivencia, las cuales se han erigido como cuna y sustento de un número considerable de niños.

separación legal de cuerpos, si con respecto a quienes conforman la pareja o a uno de ellos, estuviere vigente un vínculo matrimonial anterior”.

De esta forma, el impugnante considera que el numeral 2 del artículo 90 es inconstitucional, porque establece una discriminación en contra de las parejas homosexuales, al prohibirles iniciar procesos de adopción. Esta prohibición quebrantaría el derecho que tienen los homosexuales a ser tratados de manera similar a los heterosexuales.

Luego, agrega que la opción sexual forma parte del espectro de la dignidad de la persona, dignidad que se estaría desconociendo con la interpretación del artículo 42 de la Carta Constitucional de su país, según la cual las relaciones matrimoniales y maritales sólo se configuran con personas de diferente sexo.

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

En el proceso tuvieron intervención algunas asociaciones, y en especial la Sociedad G-M Abogados de Colombia. Ésta sostuvo, entre otras cosas, que:

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

Serán muy respetables todas estas conclusiones, pero notoriamente algunas carecen de sustento psicológico serio (como la que se refiere a la psicopatología)¹⁰⁴; otras, carecen de

¹⁰⁴ En este sentido, ver lo expuesto por el profesor Carlos Valenzuela, recogido en el capítulo II de esta exposición, y todos los argumentos vertidos en relación con el origen de la homosexualidad, entendida ésta como una disfunción sexual.

trascendencia en la materia que nos convoca, como el hecho real y cierto que existen muchos padres biológicos homosexuales, si se considera, primero, que una persona homosexual(en este caso, padre o madre) no siempre exteriorizará su orientación al punto de comenzar una relación pública con otra persona, y segundo, que mientras ello no ocurra, este padre o esta madre seguirá cumpliendo su rol que es inherente a su calidad de hombre o mujer, lo que en definitiva es lo trascendente a nuestro interés; y, por último, algunas de estas conclusiones son incompletas, como la que se refiere a la sexualidad de los padres, ignorando que la homosexualidad no constituye un mero asunto físico-sexual, sino que importa un estilo de vida consecuencia de una historia de vida que incide en muchos aspectos de la misma, y que al configurarse en la persona homosexual una dificultad en su identidad sexual, asociada a la falta de aceptación de propio sexo lo que produce la escasez de deseo por el sexo opuesto, lamentablemente constituye un óbice para la plena formación de la identidad sexual del niño.

Ergo, advertimos que muchas de estas conclusiones se levantan sobre una base incompleta y que no interpreta correctamente la realidad, bastando para afirmar ello las breves explicaciones recién expuestas.

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

A juicio de la Corte, no se configura esta identidad de hipótesis que impone al legislador otorgar un idéntico tratamiento jurídico, simplemente por no importar lo mismo¹⁰⁵.

¹⁰⁵ Para reforzar la idea de diferencia entre una pareja heterosexual y homosexual, con posterioridad, específicamente en el capítulo IV, se expondrán las razones fundantes de la diferencia enunciada, siguiendo lo formulado por el profesor español Carlos Martínez de Aguirre Aldaz.

2.2 Jurisprudencia comparada relativa al derecho de visita (o *relación directa y regular*).

Resulta del todo pertinente incluir las breves menciones que siguen a continuación debido en gran parte a que en la práctica la situación base, esto es, relación directa y regular con el niño, aunque reconociendo las diferencias naturales presenta varios elementos en común con la adopción en sí, como es, por ejemplo, el tiempo disponible con el niño, la intervención en su crianza y educación, y la influencia que sobre él se ejerce. Además, las razones esgrimidas para acoger o rechazar ambas están íntimamente asociadas. Pero, este acápite se justifica porque, por encima de todo, constituye la alternativa en la que podría refugiarse una persona homosexual que ha participado en la formación de un niño, por ser la pareja de su padre o madre biológico, sin tener parentesco alguno con él.

El contexto en que esta figura se nos presenta es aquél en que al disolverse la pareja homosexual, eventualmente la madre biológica prohíba que su ex compañera siga relacionándose con el niño que ambas criaron. El derecho de visita surge, entonces, como el único camino legal para no perder contacto con el menor. Algunos tribunales han aceptado que bajo ciertas condiciones ese gay o lesbiana es un padre o madre “de facto”. Y es que pragmáticamente desempeñan el rol de padre o madre, cuando su pareja ha adoptado un hijo o lo ha concebido mediante inseminación artificial. Pero legalmente nada pueden decidir en el nombre del niño, no pudiendo ejercer la patria potestad. Los tribunales generalmente no parecen dispuestos a otorgar derechos de visita al padre no biológico cuando la relación entre personas del mismo sexo termina. La mayoría de los tribunales sostiene que una madre no biológica en una relación lesbiana disuelta no tiene derecho de visita. Sin embargo, algunos tribunales han concedido legitimación para buscar derecho de visita al padre/madre no biológico. Si la madre no biológica no es una madre legal, entonces ella no tiene derecho para demandar la custodia, o derechos de visita en caso de que la pareja rompa su relación.

Según parte de la Doctrina, la mejor forma para que un padre no biológico asegure legitimación en su intento por buscar derecho de visita o custodia de menores en caso de que una relación entre personas del mismo sexo termine es adoptar al niño mediante la adopción por segundo padre, transformando a la madre no biológica en una madre legal.¹⁰⁶

¹⁰⁶ Ver MEDINA, G. *Uniones de Hecho. Homosexuales*. Ob. Cit. p.286.

El contexto en que se manifiesta la llamada adopción por segundo padre es el siguiente: Cuando una lesbiana o un hombre gay se convierten en padres por inseminación artificial, madre de alquiler o adopción, el padre biológico o adoptante es reconocido dentro del sistema legal con más o menos todos los derechos de la paternidad. Aunque la pareja del padre biológico o adoptivo pueda funcionar como co-padre, él o ella no tienen ningún derecho formal con respecto al hijo. La mayoría de las leyes de los estados no permite la adopción ni la tutela por un padre no casado sin que los derechos del primer padre sean suspendidos. La adopción por segundo padre se presenta como la salida a este problema, ya que permite a un niño tener un segundo padre legalmente reconocido mientras mantiene el status legal del padre original.

Pero antes de llegar a la adopción por segundo padre, otros factores pueden convencer a un tribunal para extender los derechos de visita a un padre biológico.

En primer lugar, los tribunales parecen más dispuestos a otorgar derecho de visita a la madre que no habiendo dado a luz al niño tiene, sin embargo, un vínculo biológico con él. Por ejemplo, cuando el hermano de una mujer lesbiana dona el esperma para que la compañera de esa mujer sea artificialmente inseminada, entonces esa mujer lesbiana es la tía del niño y puede usar ese vínculo biológico con el niño como una justificación para los derechos de visita en caso de que su relación con la madre biológica del niño termine.

En segundo lugar, los tribunales pueden otorgar derecho de visita a una persona encargada del cuidado del niño y sin relación biológica con él si las partes han celebrado un “acuerdo de visitas”. Por ejemplo, un tribunal de apelaciones en Nuevo México sostuvo que cuando una pareja de lesbianas ha tenido un hijo mediante inseminación artificial y (luego de romper su relación) han firmado un acuerdo disponiendo que la compañera que no tiene relación biológica con el niño tendrá derecho de visita, el acuerdo es obligatorio siempre que la visita no influya de forma negativa.

En tercer lugar, un padre no biológico puede asegurar derecho de visita o custodia parcial si puede establecer que es un “padre psicológico”. Algunos tribunales han sostenido que un demandante puede tener derecho a visitas y tal vez incluso custodia si califica como un “padre psicológico” para el niño. Los tribunales de Nueva Jersey requieren que el demandante establezca cuatro elementos: que el padre legal consintió y fomentó la relación entre el demandante y el niño; que el demandante había vivido con el niño por un período de tiempo significativo; que el demandante cumplía funciones parentales para el niño en un grado significativo, y que un lazo padre-hijo fue forjado entre el demandante y el niño.

El no demostrar una relación suficientemente cercana con el niño puede llevar a un tribunal a negar las audiencias para determinar si el (la) ex compañero(a) había establecido un vínculo psicológico con el niño en cuestión.

Veamos a continuación algunos casos concretos:

- “S. F. vs. M. D.”

En abril de 2000 un tribunal de apelaciones de Maryland reconoció que una lesbiana tenía derecho a visitar al hijo de su ex pareja. Este precedente marca un avance importante pues reconoce que muchas parejas homosexuales recurren a técnicas de fecundación asistida, pero que sólo una de ellas posee el status de padre. Quien apeló era una psiquiatra y la madre biológica una dermatóloga, las cuales habían mantenido relaciones desde 1997, fecha en que la madre biológica se fue de la casa con el menor. En 1999, la madre legal prohibió cualquier clase de contacto con el menor. De ahí en adelante la ex pareja de la madre libró una batalla judicial para obtener la custodia del niño o, en su defecto, el derecho de visita, por entender que la convivencia del menor con su madre biológica le producía al niño trastornos en la conducta.

El tribunal de Maryland concluyó que como “padre de facto” estaba legitimada a reclamar derechos de visita sin tener que demostrar que la madre biológica es incompetente para criarlo.

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

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

En nuestra opinión, si bien esta decisión marca un precedente y manifiesta que con esto se está regulando una situación fáctica que el Derecho no puede desconocer, de todas formas, inevitablemente, algunas de las partes en cuestión resultará perjudicada. En este caso, el niño. Intencionadamente o no; conscientemente o no, se le tiene, al menos en los hechos, como un simple objeto. Sólo para reflexionar: ¿Dónde queda el derecho del niño a ser oído?

Ahora, tampoco somos de la idea de conformarnos con meras medidas paliativas, o compensatorias. De hecho, en lugar de regular estos casos, con lo cual estaríamos legitimando algo con lo que no estamos de acuerdo, optamos por prohibir y desincentivar, preventivamente, la situación base (y causa) de todas las posibilidades que surgen. Nos referimos, respectivamente, a la inseminación artificial a la que se someten personas del mismo sexo, y a relaciones concubinarias homosexuales.

Frente a la conclusión que muchos obtendrán de este caso, relativa a que esta decisión reconoce que el concepto de familia está cambiando, pensamos que si bien la realidad fáctica puede alterar la regulación normativa, nunca podrá alterar la realidad jurídica de tal modo que se cree y avale un marco legal de adopción por homosexuales; ni mucho menos trastocar los conceptos de familia y matrimonio basados inmutablemente en la diversidad de género. Así, “no basta con argumentar que son situaciones que se dan en la realidad social, y que el Derecho debe seguir siempre el cambio social. Todos comprendemos que no todo lo que ocurre socialmente debe ser protegido, fomentado o reconocido por la ley civil. El legislador deberá tomar en cuenta la realidad social a los efectos de dictar una normativa, pero inevitablemente debe adoptar previamente un juicio de valor sobre ella. Si el juicio de valor es favorable tenderá a reconocerla y a protegerla; en cambio si la valoración es negativa debe adoptar otro tipo de decisiones regulativas o, en el peor de los casos, optará por abstenerse de regular, al entender que más vale tolerar que castigar un comportamiento social cuya represión causaría mayores males”¹⁰⁷. Además, y como señala Rafael NAVARRO-VALLS, el modelo matrimonial de Occidente “no pretende la protección de simples relaciones asistenciales, amicales o sexuales; lo que pretende es, además, un estilo de vida que asegura la estabilidad social y el recambio y educación de las generaciones. De ahí que si dos homosexuales desean cautelarse en sus relaciones, no sea el camino correcto el equipararlas al matrimonio, sino recurrir a otras vías; por ejemplo, diseñar una convención privada en la que se prevea el funcionamiento material de la unión y las reglas económicas en caso de ruptura; recurrir a la figura de la sociedad de hecho o, en caso de indefensión, al enriquecimiento sin causa”¹⁰⁸.

¹⁰⁷ CORRAL TALCIANI, H. *Regulación legal de las uniones homosexuales. Un contrasentido para el Derecho de Familia*. En *Estudios Jurídicos en homenaje a diversos profesores*. Ob Cit. p.253.

¹⁰⁸ NAVARRO-VALLS, R. *Matrimonio y Derecho*. Tecnos, Madrid, 1995, p. 106. Citado en CORRAL TALCIANI, H. *Regulación legal de las uniones homosexuales. Un contrasentido para el Derecho de Familia*. Ob. Cit. p. 254.

- The Matter of Visitation with C. B. L.

La Corte de Apelaciones de Illinois rechazó el pedido de visita de A. B., una mujer lesbiana. Si bien el tribunal reconoció que las estructuras sociales habían modificado las relaciones tradicionales, no era prudente conceder tal derecho. Hacerlo importaría violentar los derechos del verdadero padre y dejar el camino abierto para que cualquier persona relacionada con el menor reclamara también derechos.

Creemos que esta argumentación merece una lectura detenida, pues algunos preguntarán dónde queda el interés superior del niño, en el caso hipotético que quien solicite judicialmente el reconocimiento de un derecho respecto de su relación con el niño sea alguien que efectivamente ha contribuido benéficamente en su desarrollo.

Ahora bien, no podemos confundir las situaciones, pues sería improcedente, en aras del interés superior del niño, proporcionar derechos a estas personas por el sólo hecho de haber contribuido en su formación, y en todo caso, careciendo de vínculos de familia.

En el caso expuesto, A. B. apeló la decisión del Tribunal de Circuito del condado de Cook, que denegó su pedido de visita al menor C. B. L. por carecer de legitimación. La apelante recurrió argumentando que se encontraba legitimada en su carácter de “madre de facto” o como un individuo en *loco parentis*. A. B. y H. L. se habían conocido en 1984, y desde entonces mantuvieron una relación lesbiana. H. L. fue inseminada artificialmente en 1993 y en diciembre de ese mismo año dio a luz a C. B. I. En 1995 las dos mujeres pusieron fin a su relación. En 1996 H. L. se mudó a Chicago y se negó a permitirle a A. B. tener cualquier contacto con el menor. El tribunal de apelaciones confirmó la decisión del Inferior por entender que de acuerdo con el Acta de Matrimonio y de Disolución de Matrimonio de Illinois, A. B. carecía de legitimación para reclamar derecho de visita alguno respecto de C. B. L.

4. Jurisprudencia Internacional

3.1 Un caso representativo

Tribunal Administrativo de París, 25 de enero de 1995. Al solicitante, Philippe Fretté (P.F.), profesor de treinta y siete años, se le denegó la adopción sobre la base de la “ausencia de referencia materna constante”, así como las “dificultades de proyectar de un modo concreto los trastornos ocasionados por la llegada de un niño”. Se formuló una solicitud de anulación de tal decisión. Al no ocultar su homosexualidad, el solicitante, en cierto modo, obligaba al juez a tomar partido más claramente.

Según el tribunal, la administración sólo había empleado eufemismos para referirse a la doble condición de soltero y homosexual del solicitante. Así, para el juez, la “ausencia de referencia materna constante” es una perífrasis con la que la administración sólo podía invocar la soltería de P. F.”, algo que legalmente no puede constituir el único motivo de denegación. Y el redactor del fallo resaltaba que al “exigir la presencia en todo proyecto de adopción de una referencia materna (o paterna, según los casos) constante, el servicio de Ayuda Social deniega el derecho de adopción a las familias monoparentales y excluye por principio a los homosexuales. Ahora bien, este aspecto de la personalidad sólo podría justificar una denegación si se asociase a un comportamiento perjudicial para la educación de un niño, algo que no era el caso, pues los informes reconocían “las cualidades humanas y educativas incuestionables del candidato y, para el tribunal, ninguna prueba recogida en el expediente permite establecer ni autoriza siquiera a alegar que el modo de vida de P.F. se traduciría en una falta de rigor moral, una inestabilidad afectiva, la posibilidad de desviar la adopción de sus fines, o cualquier otro comportamiento que hiciese considerar su proyecto como peligroso para todo hijo adoptado. El juez observa también que el informe social cuestiona exclusivamente la compatibilidad de un proyecto de adopción con las particularidades constituidas por el hecho de ser un hombre soltero homosexual.

El tribunal anuló la decisión, pero el departamento de París recurrió y el Consejo de Estado le dio la razón y anuló la resolución del tribunal, aduciendo que de ciertas partes del dossier se desprende que P. F., en lo que respecta a sus condiciones de vida y a pesar de sus cualidades humanas y educativas innegables, no ofrecía garantía suficientes en el aspecto familiar, educativo y psicológico.

La homosexualidad en sí obstaculiza la aprobación, independientemente de las cualidades del interesado y su preocupación por dar al niño una referencia femenina o masculina. En el caso de P.F., se reconocía la importancia de una referencia materna, pues el solicitante declaraba que tenía muchas amigas en su entorno y que una de ellas estaba dispuesta a permanecer cerca del niño y aceptaba ser la madrina. El delegado de gobierno, en sus conclusiones, pasaba del caso excepcional a la cuestión de principios al afirmar: “Es importante que, a través de la aprobación de la solicitud de adopción, la sociedad exprese lo que deben ser para ella las aptitudes de los adoptantes...No nos parece que el cuerpo social esté dispuesto a admitir que se confíe un niño a ciertas personas”¹⁰⁹.

Este caso siguió su curso en el Tribunal Europeo de Derechos del Hombre, trayendo como consecuencia su resolución de fecha 26 de febrero de 2002, según la cual Francia no violaba el derecho de cada individuo al respeto de la vida privada y familiar (artículo 14) al denegar a P.F. la solicitud de adopción. Dicho Tribunal observó que los Estados Contratantes disfrutaban de un gran margen de apreciación al evaluar si, y bajo qué extensión, las diferencias justifican un tratamiento distinto de mano del Derecho. “En el caso consideró que la decisión denegatoria del Estado no había sido discriminatoria porque el Estado había mostrado fundamentos válidos para negar la adopción; ellos eran que existía un número muy superior de franceses que quieren adoptar a niños que el número de menores en condición de ser adoptados. En esta circunstancia, al elegir al adoptante el juez debe extremar su cuidado en su decisión privilegiando el interés del menor. La mayoría del Tribunal Europeo estimó que no estaba claro que fuera mejor o igual para el interés del menor ser adoptado por una persona homosexual que por una persona heterosexual porque no se contaban al momento de la decisión con informes unánimes sobre las ventajas para el niño de ser criado por un homosexual. La disidencia de los jueces Bratza, Fuhrmann y Tulkens, en cambio, consideró que, puesto que el artículo 343.1 del Código Civil francés admite la adopción por personas solteras, el rechazo por el solo motivo de la orientación sexual (homosexualidad) del solicitante constituía una discriminación violatoria del artículo 14 de la Convención”¹¹⁰.

Ahora bien, el hecho que se tratase de un hombre no parece haber influido, pues unos meses después el Consejo de Estado reiteraba su posición en un caso referido a una mujer

¹⁰⁹ MEDINA, G. *Adopción y derechos de los Homosexuales. Adopción. La caída del Prejuicio*. Comunidad Homosexual Argentina. Buenos Aires. 2004. p. 133.

¹¹⁰ IBIDEM.

homosexual, con fecha 12 de febrero de 1997¹¹¹. La denegación estaba motivada por el hecho que las opciones y condiciones de vida de la interesada podrían entrañar dificultades psicológicas para el niño adoptado. El Consejo de Estado reiteró la decisión al considerar que la señora P. no reunía garantías suficientes en lo tocante a sus condiciones de vida, pese a sus cualidades humanas y educativas incuestionables”. Estimaba que contrariamente a lo que sostenía la solicitante, la administración no basaba su denegación en una cuestión de principios relativos a la opción de vida de la interesada y que, por tanto, no se ignoraban los artículos 8 y 14 de la Convención de los Derechos del Hombre relativos al respeto de la vida privada y familiar. En realidad, se trata de una cuestión de principios, puesto que convendría evitar la creación de situaciones que presenten a priori riesgos para el niño y vayan contra su interés.

3.2 E.B. con Francia

Hemos apartado un acápite especial para referirnos a la decisión que en materia de adopción sostuvo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) con fecha 22 de enero de 2008, en Estrasburgo. Se trata del caso de E.B., ciudadana francesa que convive con otra mujer y solicita la autorización necesaria para poder realizar una adopción internacional (autorización equivalente a la declaración de idoneidad que se requiere en nuestro país). Las autoridades competentes deniegan la solicitud, fundándose en que esa adopción no sería beneficiosa para el menor, básicamente por dos razones: en primer lugar, por la ausencia de un referente paterno; y en segundo lugar, porque la mujer que convivía desde hacía más de nueve años con la solicitante no se había implicado en la solicitud de adopción, lo que se considera perjudicial para el menor. En ningún momento las autoridades francesas hicieron alusión a la orientación sexual de la solicitante. A partir de esta denegación, E.B. comenzó una carrera de sucesivos recursos que finalmente le condujo hasta el TEDH, ante el que denunció discriminación por su orientación sexual, así como violación del respeto a su vida privada.

¹¹¹ Caso citado en CADORET, ANNE. *Padres como los demás. Homosexualidad y Parentesco*. Ob. Cit. p. 100.

Circunstancias del caso:

- La requirente nació en 1961 y reside en Lons-le-Saunier, capital del departamento de Jura, Francia.
- Trabaja como educadora en un jardín infantil desde 1985, y mantiene desde 1990 una relación estable con una mujer, R., psicóloga de profesión.
- El 26 de febrero de 1998, la requirente presentó una solicitud de autorización en los servicios sociales del departamento del Jura para adoptar a un niño. Deseaba orientarse hacia la adopción internacional, en particular respecto de Asia, América del Sur y Madagascar. Señaló cual era su orientación sexual y su relación con R., su pareja.

En un informe evacuado el 11 de agosto de 1998 la asistente socio - educativa y la enfermera que estaban conociendo de la solicitud revelaron especialmente que “las señoritas E. B. y R. no se consideran como una pareja, y la señorita R., aun cuando se ve afectada por la solicitud de adopción de su amiga, no se siente comprometida por su trámite. La señorita E. B. estima que deberá asumir los roles de madre y de padre, y su amiga no estima tener ningún derecho sobre este niño, pero intervendrá si hay necesidad...La orientación hacia la adopción por la señorita E. B. es consecuencia de negarse a tener ella misma un hijo. Ella prefiere explicarle a un niño que tuvo un padre y una madre, y que lo quiere hacer feliz, en lugar de decirle que ella no tiene ganas de vivir con un hombre. Para la señorita E. B. un padre es alguien estable, tranquilizador, alguien con quien se puede contar. Y propone dar esta imagen de padre a un futuro hijo adoptado, en la persona de su propio padre y de su cuñado. Pero, dice que el niño podrá escoger un sustituto de padre en su medio de vida (padres de un amigo, profesor, o amigo)...Por su personalidad y su función profesional, la srta. E. B. presenta calidades de escucha, de apertura de mente, de cultura, y de disponibilidad. Hemos apreciado igualmente su clarividencia en el análisis de problemas, sus capacidades educativas y afectivas.

Sin embargo, dado el marco actual de vida en el que ella se sitúa (soltera, además de vivir con una amiga), no hemos podido evaluar su capacidad de darle a un niño una imagen familiar, de pareja parental susceptible de asegurarle un desarrollo estable y equilibrado. Opinión reservada para la autorización en vistas de adoptar un niño”¹¹².

El 28 de agosto de 1998, en su reseña de las entrevistas con la requirente, la psicóloga a cargo de la instrucción de la solicitud emitió una opinión desfavorable, expresándose como sigue: “Reina una cierta vaguedad sobre las posibilidades de identificación de la imagen del padre. No olvidemos que es con la imagen de los dos padres que se construye el niño. El niño necesita adultos que asuman su función parental: si un padre está solo, ¿qué efectos tendrá eso sobre su desarrollo?... No queremos en ningún caso disminuir la confianza en si misma de la señorita B., menos aun insinuar que ella sería dañina a un niño; lo que decimos es que todos los estudios sobre la parentalidad demuestran que un niño necesita de sus dos padres”¹¹³.

El 12 de octubre de 1998, el psicólogo del servicio de ayuda social a la infancia, miembro de la Comisión de autorización, emite una opinión desfavorable, considerando que “ubicar un niño junto a la requirente presentaría un cierto número de riesgos relativos a la estructuración de la personalidad del niño. Especialmente, hizo notar el hecho que compartiría su vida con una amiga, sin considerarse como una pareja, conllevando una vaguedad, que implicaba un cuestionamiento, así como el riesgo para el niño de no estar confrontado sino a una imagen maternal”¹¹⁴.

Por carta del 26 de noviembre de 1998, la decisión de rechazo de la autorización por parte del Presidente del Consejo general fue notificada a la requirente. “Ella estaba motivada, especialmente, como sigue: para el examen de cualquier demanda de autorización, me corresponde solamente considerar el interés del niño y rodearme de todas las garantías en la materia. Luego, su proyecto de adopción revela la ausencia de imagen o de referentes paternos susceptibles de favorecer el desarrollo armonioso de un niño adoptado.

¹¹² **ASUNTO E.B. c. FRANCE.** *Requerimiento N° 43546/02.* Publicación en línea. <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=adoption&sessionid=6585480&skin=hudoc-fr>. Traducción de Sebastián Ríos, Profesor de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la U. de Chile. Enero 2008.

¹¹³ **IBIDEM.**

¹¹⁴ **IBIDEM.**

Por lo demás, el lugar que ocuparía su amiga en la vida del niño no es suficientemente claro: incluso si ella parece no ser contraria a su proyecto, tampoco parece estar implicada, creando una situación perjudicial para la adquisición por el niño de una orientación. Así, el conjunto de estos elementos no parece poder garantizar a un niño adoptado el marco familiar suficientemente estructurado para permitir su pleno desarrollo”¹¹⁵.

El 17 de marzo de 1999, el Presidente del Consejo General del Jura confirmó el rechazo de la solicitud de autorización aludida.

Por sentencia de 24 de febrero de 2000 el Tribunal Administrativo anuló las decisiones de 26 de noviembre de 1998 y 19 de marzo de 1999, guiado por las siguientes consideraciones: “...el presidente del Consejo General del Jura se fundó, por una parte, en la ausencia de imagen o de referentes paternos susceptibles de favorecer el desarrollo armonioso de un niño adoptado y, por la otra, en el lugar que ocuparía (su) amiga en la vida del niño; que los motivos opuestos no son en si mismos aptos como para justificar legalmente la negación de la autorización; que surge de los antecedentes del expediente que la señorita B., cuyas cualidades humanas y educativas están fuera de discusión, que ejerce la profesión de institutriz y que está bien insertada en su medio social. Presenta garantías suficientes en los planos familiar, educativo y psicológico, para acoger un niño adoptado; que la señorita B. tiene fundamentos para demandar, en las circunstancias del caso, la anulación de las decisiones de rechazo de autorización tomadas en su contra”¹¹⁶.

Como ya adelantáramos, la requirente alega haber sufrido un trato discriminatorio en razón de su orientación sexual, trato que a su vez habría sido atentatorio contra su derecho al respeto de su vida privada. Ella invoca el artículo 14 del *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, en relación con su artículo 8, que se leen como sigue:

Artículo 8: “*Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública el bienestar económico del país, la defensa del orden y la*

¹¹⁵ IBIDEM.

prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

Artículo 14 : *“El goce de los derechos y libertades reconocidos en la presente Convención ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.*

En lo relativo estrictamente a la argumentación esgrimida por las partes, de una lectura del fallo se desprende que la requirente no reivindica ningún derecho a la adopción, derecho que no existe, independientemente de la orientación sexual de los candidatos a la adopción. No obstante, ella estima que el artículo 14 de la Convención, combinado con el artículo 8, es aplicable en el caso. Por una parte, la oportunidad de solicitar la autorización en vistas a adoptar se sitúa en el campo de aplicación del artículo 8, tanto en lo que concierne a la *vida privada*, puesto que se trata de crear una nueva relación con otra persona, como de la *vida familiar*, tratándose de una tentativa de crear una vida familiar con el niño que será adoptado. Por otra parte, la orientación sexual, que forma parte de la vida privada, se sitúa a este título en el campo de la aplicación del artículo 8.

El Gobierno francés estima que la petición es inadmisibile, pues el agravio no cae en el campo de aplicación del artículo 8 de la Convención y, tampoco del artículo 14. “En todo caso, a diferencia del asunto *Fretté (Fretté c. France, N° 36515/97, § 32, CEDH 2002-I)*, el rechazo de autorización no estaba motivado, explícita o implícitamente, por la orientación sexual de la requirente y no podía entonces ser constitutivo de una discriminación, directa o indirecta, fundada sobre su homosexualidad. El rechazo estaba motivado solamente por el interés del niño y fundado en dos motivos: la ausencia de referente paterno y la ambigüedad del involucramiento de la pareja de la requirente en la acogida del niño”¹¹⁷.

¹¹⁶ IBIDEM.

¹¹⁷ IBIDEM.

Sobre el primer motivo invocado recientemente, “el Gobierno recuerda que numerosos profesionales consideran que la alteridad sexual es un elemento importante de la identidad del niño y es perfectamente comprensible que los servicios sociales del departamento hayan tomado en consideración la ausencia de referencias identificatorias en relación con la imagen del padre...y que tal motivo habría sido opuesto a todo otro solicitante heterosexual viviendo sin personas cercanas del otro sexo”¹¹⁸.

En lo que concierne al segundo motivo, el Gobierno hace notar que la ausencia de implicación de R., pareja de la requirente, respecto del procedimiento de adopción, es un hecho cierto y asentado. “Independientemente de la ausencia de consecuencias jurídicas para la pareja, la llegada de un niño modifica el equilibrio de la pareja y de la familia de acogida, y la historia anterior del adoptado justifica aun más que sea evaluada la cohesión de la pareja frente al proyecto de adopción. Así, el desapego de R. pudiera ser interpretado como un elemento de poca seguridad para el niño, con un riesgo para él de encontrarse en concurrencia, en términos de afecto y de disponibilidad, con la pareja de la requirente, además del hecho que esta última estaría necesariamente implicada en lo cotidiano del niño. Para el Gobierno, este motivo no puede estar ligado con la orientación sexual de la requirente, como testimonia la jurisprudencia interna”¹¹⁹.

De lo anteriormente expuesto se puede concluir que las circunstancias del asunto ahora analizado son muy diferentes a las del asunto *Fretté* (precitado) y conviene presumir que las autoridades administrativas y judiciales francesas han actuado sólo en aras de la preocupación por el interés superior del menor. Este principio es central para numerosos instrumentos internacionales que ligan a Francia. Así, entonces no cabe hablar de un “derecho al niño” ni de un “derecho a la autorización en vistas de adoptar”. La adopción es una medida de protección del niño que apunta a ofrecerle una familia. El procedimiento de autorización tiene como única finalidad determinar si, entre los numerosos candidatos, una persona reúne las condiciones más favorables para el niño tomando en cuenta todos los planos de su vida. De hecho, el deseo respecto del niño no debe primar sobre el interés del niño.

A modo de conclusión somos de la opinión que las disposiciones de los artículos 8 y 14 del Convenio individualizado, “no garantizan ni el derecho de fundar una familia ni el derecho de adoptar (*Fretté*, precitado, § 32), en lo que ambas partes están de acuerdo.

¹¹⁸ IBIDEM.

¹¹⁹ IBIDEM.

El derecho al respeto de una *vida familiar* no protege el simple deseo de fundar una familia; presupone la existencia de una familia (*Marckx c. Bélgica*, sentencia del 13 de junio de 1979, serie A n° 31, § 31), o como mínimo la existencia de una relación potencial que habría podido desarrollarse, por ejemplo, entre un padre natural y un niño nacido fuera del matrimonio (*Nylund c. Finlande* (dec.), n° 27110/95, CEDH 1999-VI), o de una relación nacida de un matrimonio no ficticio, incluso si todavía no se encontraba plenamente establecida una vida familiar. Sin embargo, la Corte ya ha fallado que la noción de *vida privada*, en el sentido del artículo 8 de la Convención, es, por su parte, un concepto amplio que comprende, entre otros, el derecho de establecer y desarrollar relaciones con sus semejantes (*Niemietz c. Alemania*, fallo del 16 de diciembre de 1992, serie A n° 251-B, p. 33, § 29), el derecho al *desarrollo personal* (*Bensaïd c. Reino Unido*, n° 44599/98, § 47, CEDH 2001-I) o el derecho a la autodeterminación en tanto tal (*Pretty c. Reino Unido*, n° 2346/02, § 61, CEDH 2002-III). Ella engloba elementos como el nombre (*Burghartz c. Suiza* del 22 de febrero de 1994, serie A n° 280-B, p. 28, § 24), la identificación sexual, la orientación sexual y la vida sexual, que se encuentran en la esfera personal protegida por el artículo 8° (ver, por ejemplo, los fallos *Dudgeon c. Reino Unido* del 22 de octubre de 1981, serie A n° 45, pp. 18-19, § 41 ; *Laskey, Jaggard et Brown c. Reino Unido* del 19 de febrero de 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-I, p. 131, § 36), así como el derecho al respeto de la decisión de tener un hijo, o de no tener hijos (*Evans c. Reino Unido*[GC], n° 6339/05, § 71, CEDH 2007)”¹²⁰.

Conviene recordar que la requirente aduce haber sido víctima de una discriminación en razón de su homosexualidad declarada, para el ejercicio de sus derechos, lo que habría sido una violación de las disposiciones del artículo 14 de la Convención, combinado con su artículo 8. Afirma que son sus *condiciones de vida*, o sea, su homosexualidad, las que han motivado el rechazo de la autorización para adoptar. Sostiene que la diferencia de trato de la cual ella ha sido objeto no tiene justificación objetiva y razonable. Se necesitan razones particularmente graves para justificar una diferencia de trato fundada en la orientación sexual, razones que no aparecen en el caso, señala.

Tenemos la firme convicción que en la especie no se ha conculcado el libre desarrollo de la personalidad (incluido el derecho a la autodeterminación sexual) toda vez que en ningún momento se le pone en entredicho, cuanto más si se considera que se trata de un asunto netamente personal.

¹²⁰ IBIDEM.

Lo que sí se restringe es extender la decisión y estilo de vida de la requirente a la esfera de otro ser, como es el niño en proceso de adopción. No se está emitiendo un juicio de valor respecto de la orientación sexual de la requirente y su compañera; sólo se pretende salvaguardar el libre desarrollo del niño en orden a proporcionarle un ambiente completo en el que exista un padre y una madre, lo que precisamente no se configura en el caso en cuestión.

“La requirente discute la existencia de un objetivo legítimo, al no estar realmente en juego la salud de los niños, y al carecer de motivos el eventual peligro señalado por el Consejo de Estado. Ella estima que tres riesgos son invocados generalmente. Primero, el niño podría llegar a ser homosexual: se trata de un prejuicio, además del hecho de que ello no tiene nada de reprehensible, y que la mayor parte de los homosexuales tenían, de todas maneras, padres heterosexuales. Por otro lado, el niño estaría expuesto a riesgos de tener problemas psicológicos: este riesgo jamás ha sido demostrado, y recientes estudios establecen que el medio homoparental no provoca ninguna patología particular, aparte del hecho que el derecho a la adopción existe en países democráticos, lo que da cuenta además de la ausencia de riesgos para el niño. En fin, un riesgo de sufrimiento en razón de los prejuicios homófobos respecto de los padres no existe a largo plazo y, de todas maneras, los prejuicios de una mayoría sexual no constituyen una justificación suficiente”¹²¹.

En relación con los estudios elaborados respecto de niños criados en familias homoparentales, el Gobierno francés señala que la conclusión formulada por la Corte en el fallo Fretté, en cuanto a las diferencias entre los distintos sectores de la comunidad científica sigue vigente. “El gobierno justifica la ausencia de producción de estudios que pongan en evidencia los problemas o una diferencia en el desarrollo de niños criados por una pareja homosexual, por el hecho que el número de niños criados por tales parejas es desconocido, y las estimaciones muy variables. Además de la complejidad de las diferentes situaciones susceptibles de ser encontradas, estudios que reposan sobre muestras demasiado débiles, carentes de distancia y sin indicar el perfil de las familias monoparentales, no presentan un carácter suficientemente serio. En cuanto a los paidosiquiatras o psicoanalistas, ellos defienden teorías diferentes, pero la mayoría sostiene la necesidad de un doble referente materno y paterno en el hogar”¹²².

¹²¹ IBIDEM.

¹²² IBIDEM.

Además, en opinión de la Corte, nada permite dar por establecido que el motivo del trato diferente estaría fundado sobre la orientación sexual de la requirente. Por el contrario, la Corte estima que este motivo, ajeno a toda consideración sobre la orientación sexual de la interesada reposa sobre un simple estudio de la situación de hecho comprobada y de las consecuencias de ésta en cuanto a la acogida de un niño. Así las cosas, no podría haber discriminación fundada sobre la orientación sexual de la requirente.

Los dos motivos principales esgrimidos para negar la adopción (léase, la falta de referente paterno y la ambigüedad del involucramiento de cada miembro del hogar) se inscriben en el marco de una apreciación global de la situación de la requirente. Por esta razón, la Corte estima que no podrían ser considerados alternativamente, sino que deben, al contrario, ser apreciados acumulativamente. En consecuencia, el carácter ilegítimo de uno de los motivos tiene por efecto contaminar el conjunto de la decisión.

En efecto, tratándose de la fase administrativa, la Corte constata que el Presidente del Consejo General fundó su decisión no sobre el segundo motivo a título exclusivo, sino sobre el conjunto de los elementos, a saber, sobre los dos motivos, sin que sea posible considerar que uno de ellos haya sido, por si solo, suficiente para decretar su decisión de rechazo.

Tratándose de la fase jurisdiccional, la Corte Administrativa de Apelaciones de Nancy destacó que esta decisión se fundaba sobre los dos motivos recientemente señalados. Ella añadió que “surgía de los antecedentes del expediente y de las conclusiones del examen de la solicitud que las condiciones de vida de la requirente no presentaban garantías suficientes para acoger un niño adoptado, negando que el presidente del Consejo General hubiera fundado su rechazo en una posición de principio frente a su elección de vida, a saber, su homosexualidad”¹²³.

Pero, en la práctica, no todo se verificó conforme a las premisas anteriores. De hecho, a pesar de las precauciones de la Corte Administrativa de Apelaciones de Nancy - y luego del Consejo de Estado - para justificar la toma en cuenta de las *condiciones de vida* de la requirente, se puede afirmar que la orientación sexual de esta última ha permanecido férreamente en el centro del debate que la concierne y se ha manifestado omnipresente tanto en el procedimiento administrativo como jurisdiccional.

¹²³ IBIDEM.

“La Corte considera que la referencia a la homosexualidad de la requirente era, si no explícita, al menos implícita. La influencia de la homosexualidad declarada de la requirente sobre la apreciación de su demanda está demostrada y, teniendo en cuenta lo precedente, ha revestido un carácter determinante, llevando a la decisión del rechazo de la autorización en vistas a adoptar (ver, *mutatis mutandis*, *Salgueiro da Silva Mouta*, precitado, § 35). La requirente ha sido entonces objeto de una diferencia de trato de la cual conviene verificar su objetivo y, si este último fuese legítimo, si existía una justificación de tal diferencia. La Corte recuerda, en efecto, que una distinción es discriminatoria, en el sentido del artículo 14, si carece de justificación objetiva y razonable, o sea, si no persigue un objetivo legítimo o si no hay una «relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo propuesto» (ver, especialmente, *Karlheinz Schmidt*, precitado, § 24; *Petrovic*, precitado, § 30; *Salgueiro da Silva Mouta*, precitado, § 29). Cuando la orientación sexual está en juego, son necesarias razones particularmente graves y convincentes para justificar una diferencia de trato tratándose de derechos que caen en el imperio del artículo 8. (ver, *mutatis mutandis*, *Smith et Grady c. Reino Unido*, n^{os} 33985/96 y 33986/96, § 89, CEDH 1999-VI ; *Lustig-Prean y Beckett c. Reino Unido*, n^{os} 31417/96 y 32377/96, § 82, 27 de septiembre de 1999 ; *S.L. c. Austria*, n^o 45330/99, § 37, CEDH 2003-I)”¹²⁴.

Siguiendo este criterio, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no se dejaría esperar: “Teniendo en cuenta lo precedente, es forzoso constatar que las autoridades internas, para rechazar la solicitud de autorización en vistas de adoptar presentada por la requirente, han operado una distinción dictada por consideraciones relacionadas con su orientación sexual, discriminación que no puede tolerarse según la Convención (ver el fallo *Salgueiro da Silva Mouta*, precitado, § 36)”¹²⁵.

La Corte declaró que en la especie ha existido violación del artículo 14 del Convenio en relación con su artículo 8.

El TEDH estima que la requirente ha sufrido un daño moral cierto, y que la simple constatación de la violación del artículo 14 de la Convención, combinado con el artículo 8, no basta para repararlo. Por ende, fallando en equidad, la Corte le otorga 10.000 euros a título de reparación.

¹²⁴ IBIDEM.

¹²⁵ IBIDEM.

Dos comentarios que no podemos reservarnos respecto al caso analizado es que si bien en los hechos se verificó una diferencia en el trato brindado a la requirente en razón de su orientación sexual, primero, esa diferenciación no constituye discriminación si encuentra su razón en una situación distinta¹²⁶, y, segundo, se configure o no la discriminación alegada por la requirente, en ningún caso se desprende del fallo una base que justifique el otorgar un niño en adopción a una persona homosexual. En otras palabras, sólo se ataca una situación calificada como discriminatoria, pero no se sientan las bases para un hecho positivo como sería la conveniencia de la adopción de un niño por homosexuales. Así, la sentencia analizada implicaría un aporte además de marcar un precedente sólo en lo que respecta al principio de no discriminación, y no directamente en lo que respecta a nuestro tema de estudio. De esta manera, se ha sostenido que “hay en la decisión del TEDH un defecto de perspectiva que lastra toda la sentencia, y es plantearse la adopción como un problema de discriminación (es decir, de derecho a adoptar), y no como una institución de protección de menores (centrada, por tanto, en el interés del menor). Buena muestra de lo que es la adopción puede ser la acertada fórmula que emplea el artículo 176.1 del Código Civil español: la adopción tendrá siempre en cuenta el interés del adoptando y la idoneidad de los adoptantes para el ejercicio de la patria potestad (no, por tanto, sus deseos o sus aspiraciones). Lo que busca fundamentalmente la adopción es padres para niños que los necesitan, no niños para adultos que los desean. Esto permite concluir que no existe un derecho a adoptar. Plantear la cuestión como un problema de discriminación supone, inconscientemente, hacer pasar por delante del interés del menor las aspiraciones y deseos de quienes quieren adoptar. Una cuestión en la que es clave la idoneidad para adoptar se ve transformada así en un problema de discriminación por razón de la orientación sexual. En resumen, una sentencia relevante, pero no histórica. De eficacia real mucho más limitada que lo que han dado a entender las noticias de prensa. Pero sobre todo, una sentencia que yerra en su enfoque, haciendo pasar el interés de la solicitante de adopción por delante del interés del menor, y provocando así que en realidad se favorezca a los solicitantes homosexuales, a quienes se van a aplicar reglas menos exigentes que a los heterosexuales. Son, en este caso, las ventajas de ser lesbiana”¹²⁷.

¹²⁶ Esto es, al existir una situación diferente a la normada configurada por la presencia de una persona homosexual que intenta adoptar a un niño para vivir con su pareja, existirá también un trato diferente, sin incurrir en discriminación.

¹²⁷ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. *Las ventajas de ser lesbiana*. Publicación en línea. <http://www.aceprensa.com/articulos/2008/jan/30/las-ventajas-de-ser-lesbiana/> Última visita: 20-04-2008.

5. Derechos Sexuales¹²⁸

Para finalizar con este capítulo, y pese a que no tenga vinculación directa con el contenido jurídico dado a este acápite, debemos señalar que con fecha 26 de agosto de 1999, en el marco del 14º Congreso Mundial de Sexología, celebrado en Hong Kong, República Popular China, se revisó y aprobó por la Asamblea General de la Asociación Mundial de Sexología la Declaración de los derechos sexuales pronunciada anteriormente en 1997 en el XIIIº Congreso Mundial de Sexología, efectuado en la ciudad de Valencia, España. Estos derechos son los que a continuación se exponen:

1. El Derecho a la Libertad Sexual
2. El Derecho a la Autonomía Sexual, Integridad Sexual y Seguridad del Cuerpo Sexual
3. El Derecho a la Privacidad Sexual
4. El Derecho a la Equidad Sexual
5. El Derecho al Placer Sexual
6. El Derecho a la Expresión Sexual Emocional
7. El Derecho a la Libre Asociación Sexual
8. El Derecho a Tomar Decisiones Reproductivas, Libres y Responsables:
9. El Derecho a Información Basada en el Conocimiento Científico
10. El Derecho a la Educación Sexual Comprensiva
11. El Derecho a la Atención Clínica de la Salud Sexual

Capítulo IV
Concibiendo la posibilidad
Cuando lo posible se vuelve improbable

1. Supuestos que podrían concurrir

Este apartado lo abordaremos siguiendo una metodología de argumentación y contrargumentación, formulada esta última con la expresión “Nuestra Opinión”. Así, expondremos las posibilidades que en la práctica podrían suscitarse, a nivel universal, y no sólo nacional. Se advertirá, como lo pretende la doctrina especializada en esta materia, que los distintos supuestos producirán diferentes efectos que requieren disímiles soluciones.

1.5. Adopción por ambos convivientes conjuntamente

Este es uno de los supuestos que se puede presentar: la pareja homosexual, en forma conjunta, pretende adoptar a un niño y establecer frente al menor, relaciones de filiación.

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

¿Cuáles serían los efectos jurídicos de esta adopción conjunta?

- Los niños tendrán dos padres o dos madres según sea el caso.
- Los miembros de la pareja ejercerán conjuntamente los derechos y deberes derivados de la autoridad parental.
- Una vez disuelta la pareja de hecho homosexual se aplicarán las normas de régimen de visita (hoy llamado relación directa y regular), cuidado personal y alimentos comunes en disolución de parejas heterosexuales, y el fin de la pareja no pondrá fin al vínculo generado.

¹²⁸Ver DERECHOS SEXUALES. XIII Congreso Mundial de Sexología. <http://blogs.que.es/2156/2005/4/22/derechos-sexuales-xiii-congreso-mundial-sexologia>. Última Visita: 29-04-2008.

Nuestra Opinión: Consideramos que la adopción por dos personas homosexuales en forma conjunta desnaturaliza el sentido y espíritu de la adopción tal como se ha entendido universalmente, toda vez que, y como ya se ha advertido en esta exposición, es de su esencia crear un parentesco civil, más o menos extenso, y completo, entre adoptante y adoptado, similar al que surge de la filiación biológica. Y como de ésta y de la naturaleza no se concibe el hecho que un niño tenga dos padres o dos madres, es de toda lógica concluir que otorgar derecho de adopción a la pareja homosexual desnaturalizaría el tan preciado vínculo filiatorio. Sólo basta recordar el origen de la adopción, y su justificación: Proporcionar al niño adoptado una relación filial lo más cercana posible a aquella de que gozaría si no hubiera sido declarado susceptible de adoptar. Por tanto, si permitimos una adopción como la signada recientemente, estaríamos amparando una situación que ni la naturaleza ni la realidad jurídica conciben (esto último, por cierto, salvo en algunos países). Ni siquiera cabría hablar de filiación artificial, o ficción legal, como sucede cuando la ley estima que un niño es hijo de una persona con la cual originalmente no tiene vínculo alguno, considerándole como tal para todos los efectos legales. Recordemos que la adopción restituye al niño/a su derecho a tener una familia definitiva, otorgándole la calidad de hijo/a respecto de los adoptantes desde el punto de vista legal, con todos los derechos que ello implica y sin ningún tipo de diferencia respecto de los hijos biológicos. La ley crea esta realidad inexistente respecto de personas que, en su mayoría y por distintas razones, no pueden transformarse naturalmente en padres, cosa distinta a constituirse en la “omnipotente creadora” respecto de una unión de seres humanos (tan dignos como cualquiera) que se encuentran imposibilitados por la naturaleza misma de su vínculo. Si así fuera, se trataría en la especie de una filiación legal de índole **anti-natura**, expresión esta última que se restringe a lo explicado recientemente, esto es, al hecho que la **naturaleza** homosexual del vínculo constituye el impedimento para la reproducción independiente.

1.6. Adopción por sólo uno de los miembros de la unión

El segundo de los supuestos que se nos presenta es que uno de los miembros de la pareja homosexual adopte un niño, en aquellos países donde está permitida la adopción por personas solteras. Sería nuestro caso. En Chile, atendido lo dispuesto en el artículo 8 letra b) de la Ley N° 19.620, el que utiliza la expresión “uno de los adoptantes”, se franquea al ascendiente¹²⁹ del niño adoptarlo en forma conjunta con su pareja matrimonial que ha formado con el niño una comunidad de vida, pese a que esta última no tenga vínculo de parentesco con el mismo, dándosele a esta hipótesis el nombre técnico de regularización de situación de hecho. ¿Por qué hablamos de pareja matrimonial? Porque la única forma de adopción conjunta la constituye el matrimonio residente o no en Chile.

La otra posibilidad para algún consanguíneo¹³⁰ del niño sería adoptarlo como persona soltera, en forma individual, en virtud de lo contemplado en el artículo 21 de la ley N° 19.620.

Ahora bien, la ley individualizada, a través de los amplios términos del mismo artículo 8 letra c) faculta a una persona soltera a postular a la adopción de aquel niño con el cual ha formado un vínculo por bastante tiempo, sin ser su ascendiente, pretendiendo regularizar una situación de hecho. Sería el caso, por ejemplo, de un vecino de confianza a quien los padres del niño lo entregan en aras de protegerlo desde sus primeros días y sin haberlo reconocido, haciendo abandono de él (artículo 12 N° 3). Este vecino termina convirtiéndose en el formador del niño, y transcurridos varios años intenta formalizar legalmente su vínculo con el menor. Para iniciar un procedimiento que tenga por objeto declarar que un menor es susceptible de ser adoptado, el interesado deberá acompañar a la solicitud como documento fundante “*el respectivo informe de idoneidad a que se refiere el artículo 23*”, en los términos del artículo 13 inciso 3° de la Ley N° 19.620. Éste perfectamente podría ser el caso del soltero homosexual que, conviviendo con su pareja, inicia individualmente este procedimiento. Justamente éste es el supuesto que nos convoca.

Esto importaría:

- Que el niño establecería vínculo filiatorio con el adoptante y no con su pareja.

¹²⁹ Por ejemplo: padre, madre, abuelo, abuela, etc.

¹³⁰ La ley de adopción, en el artículo citado, utiliza esta expresión y no la de “ascendiente”. Pese a ello, creemos que un ascendiente podría adoptar individualmente por esta vía. Es más, de una concordancia de los artículos 8 c), 12, y 13 incisos 1° y 3° de la ley N° 19.620, perfectamente podría ser el ascendiente que tenga al niño bajo su cuidado quien solicite la declaración de susceptibilidad de adopción del mismo.

- Los derechos y deberes derivados de la autoridad paternal serán ejercidos exclusivamente por el adoptante y no por su conviviente.
- A la disolución de la unión gay el conviviente del adoptante perderá todos los “derechos” sobre el adoptado. Entendiéndose por derechos, la relación e influencia respecto del niño; el terreno en el cual tenía injerencia.
- El niño tendría un solo padre o madre y no dos como en el caso anterior.

Esta hipótesis permite que en los países donde la pareja homosexual no es reconocida, pero a su vez es admitida la adopción por personas solas, la pareja homosexual conviva con un niño adoptado por uno solo de los convivientes.

Nuestra Opinión: En el procedimiento judicial, incluyendo la etapa previa de evaluación de idoneidad, previa a la solicitud de declaración de susceptibilidad de adopción respecto del niño deducida por el interesado, la convivencia homosexual del adoptante tendrá que ser reconocida en aras de la transparencia del proceso, y deberá necesariamente ser evaluada a los fines del otorgamiento de la adopción. De hecho, en la práctica, el SENAME, y mayormente los organismos acreditados ante éste (a través de los cuales puede externalizar el proceso previo de evaluación de idoneidad) se constituyen en el hogar en que vive el niño con el objeto de cerciorarse que el ambiente es el propicio para que la situación que rodea la vida del niño pueda efectivamente regularizarse a través de la adopción. La pregunta ya se ha formulado: ¿Existe compatibilidad? ¿Resulta ser idónea para la adopción individual una persona que convive con su pareja homosexual?

A favor de esta posibilidad se podría argumentar que el niño ya se encuentra inserto en una realidad conformada por la presencia de dos hombres o dos mujeres que cuidan de él, y que justamente lo que se persigue es regularizar legalmente esta realidad otorgando así al adoptado mayor seguridad y beneficios emocionales, legales y sociales. Además, en el caso contrario, poner fin a una situación pre-existente significaría la ruptura de una relación que, por cierto, ha cobijado a un niño por un tiempo considerable.

Esta línea argumentativa que nos hace bastante sentido justamente encuentra su punto oscuro en el hecho de determinar si efectivamente existe tal cobertura y estabilidad en la relación de la pareja con el niño.

Lo anterior se basa simplemente en la duda razonable que surge al considerar la inestabilidad de las relaciones homosexuales, documentada estadísticamente, como se dejará en evidencia en el apartado N° 4 del capítulo V¹³¹. Ahora, no podemos negar la existencia de excepciones, pero son sólo eso.

Aquí, el meollo del asunto no radica en la opción sexual del postulante, sino más bien en la condición y calidad familiar que recibirá al adoptado. Utilizo esta expresión pues creo que, en este caso, el concepto preciso no es el de acogida, sino sólo el de recepción. Porque, ¿de qué tipo de acogida podríamos hablar tratándose de una unión de hecho homosexual, si atendemos a que la pareja de hecho no ofrece garantía suficiente de estabilidad para los fines perseguidos con la adopción? Lo anterior se explica por la falta de regulación legal respecto de estas relaciones informales y se confirma por la exigencia legal relativa al establecimiento del vínculo matrimonial, situándola en el primer lugar del orden de prelación contemplado en la ley N° 19.620.

Desde otro enfoque, el niño quedaría inserto en un marco de desprotección no sólo por la eventualidad de disolución, mucho más patente que en una relación conyugal, sino también por los problemas relacionales entre los integrantes de esta pareja si se considera que sólo uno de ellos vivirá como padre o madre, con todos los derechos y deberse que ello importa. A modo de ejemplo: eventuales luchas por el poder, conflictos de celos y competencias. En ese punto debemos realizar un ejercicio mental y comprender que en la pareja homosexual no todo es tan fácil como pareciera en el ideal, lejos de lo que los medios de comunicación se han ocupado de manifestar. Ello, no obstante el apego que puedan profesarse los miembros de la pareja.

Si bien lo anterior es perfectamente extrapolable a una pareja heterosexual, tratándose de un matrimonio claramente existe un firme vínculo, cuya ruptura representaría implicancias familiares, sociales, legales y económicas que la dificultan, o por lo menos, ayudan a su postergación.

La opinión vertida recientemente se ve potenciada por el simple hecho (que por cierto constituye el presupuesto básico de este caso) de haberse iniciado la adopción por sólo uno de los miembros, siendo que la realidad fáctica nos enseña algo distinto. No se trata sólo de una persona. En el fondo se trata de una pareja de hecho, misma que ha sido privada legalmente de adoptar en forma conjunta.

¹³¹ Momento en el que nos referiremos a lo expuesto por el profesor español Carlos MARTÍNEZ de AGUIRRE ALDAZ.

1.7. Adopción por parte del homosexual que no vive en pareja

El tercer supuesto que se puede presentar es el de la adopción por un homosexual solo. Para mayor claridad, el homosexual soltero y, además, solo.

La filiación adoptiva no es natural sino que depende o necesita de una sentencia judicial a instancia del adoptante, de tal modo que será el mismo tribunal el que analizará si el adoptante es idóneo para cumplir los vitales roles de padre o madre adoptivo.

Pero ¿qué entendemos por “idóneo”?

Idóneo es el “que tiene buena disposición o suficiencia para una cosa”. Extrapolando este concepto a la institución bajo estudio, tenemos que cuando faltan los progenitores, o no asumen el cuidado personal de sus hijos; cuando la influencia y autoridad de los padres falla, o es insuficiente, inhábil, etc. la adopción surge en su papel subsidiario no para avasallar ni castigar a los padres biológicos, sino para reemplazarlos en pleno beneficio del niño. Se le exige, por tanto, a la persona que desea prohijar, una madurez acorde con el rol de padre adoptivo que pretende, y si se trata de cónyuges, que hayan afianzado suficientemente sus propios vínculos para que, por otra parte y correlativamente, el menor pueda encontrar el ambiente más favorable para su incorporación y posterior desenvolvimiento en familia.

Y “es que la adopción procura la formación material y moral de seres humanos que sean útiles para sí y para los demás. De allí que el menor debe recibir una formación moral, y ésta no se enseña solamente con palabras, sino con el ejemplo vivo y constante; por tal razón, la eficacia de la institución dependerá del aseguramiento de los aspectos señalados...pues la ley debe tratar de preservar el normal desarrollo ulterior del grupo familiar”¹³².

En este caso, a diferencia de los anteriores, el problema no consiste en el reconocimiento de la pareja homosexual sino en la determinación de la influencia de la orientación sexual en relación con la capacidad del adoptante.

Para Graciela MEDINA este marco de adopción, en algunos casos, puede ser beneficioso para el adoptando. Pero resulta evidente que lo más conveniente es que la adopción sea otorgada a dos personas unidas por el vínculo conyugal, para que así el adoptado pueda cubrir la necesidad de padre y madre que naturalmente toda persona tiene¹³³.

¹³² MEDINA, G. *Las Uniones de Hecho Homosexuales frente al Derecho Argentino*. Revista de Derecho Comparado. Rubinzal-Culzoni Editores. 2002. pp. 119-120.

¹³³ MEDINA, G. *Las Uniones de Hecho Homosexuales frente al Derecho Argentino*. Ob. Cit. p. 115.

Nuestra Opinión: La gran pregunta que surge al concebir esta posibilidad de adopción es cuál será la motivación de este homosexual que, sin compartir su vida con un par, se interesa en la adopción de un niño. Y es que, consciente de su realidad y de lo que puede ofrecerle al adoptado, nuestro personaje imaginado, podrá responder aduciendo que con él y el niño basta para conformar una hermosa familia. Es más, añadirá que no podemos limitarnos al concepto tradicional de la misma. Y es lógico. Pero, esta respuesta ¿será suficiente para justificar el fin invocado y perseguido?

Frente a ello, debemos considerar que todavía existe un concepto tradicional de familia firmemente arraigado en muchas mentes y visiones de vida. El respeto por esta concepción, lejos de responder a una cosmovisión obsoleta y retrógrada, a la postre, ayuda bastante. Las nuevas personas que vienen al mundo “tienen el derecho” a que no se les prive de lo que ya ha funcionado bien (salvo excepciones, por supuesto) durante milenios. En el caso del niño adoptado, con mayor razón, toda vez que su derecho a ser criado en un ambiente armónico ya ha sido conculcado, y necesita ser reparado.

“Para la mayoría de nosotros, nuestra realidad ha sido tener un padre y una madre, y a pesar de que muchos hayan tenido la suerte de lograr salir adelante faltando uno de los dos o ambos, no parece prudente que la experiencia milenaria de construir de este modo con éxito la familia humana se eche abajo mediante nuevas leyes que no tienen en cuenta ni la experiencia pasada ni los datos científicos que corroboran su éxito”¹³⁴.

Ahora, en reacción a ello es frecuente toparnos con el argumento de las crisis y rupturas matrimoniales en sostenido aumento. Pero ello no puede constituir argumento suficiente para colocar en franco cuestionamiento la construcción tradicional de la familia, admitiendo, como ya se ha advertido, que ésta no se encuentra exenta de grandes vacíos y errores, fruto probablemente de conflictos personales (propios de cada persona) no resueltos al llegar a una relación con tantas implicancias como lo es el matrimonio, y de conflictos interpersonales que se suscitan en el mismo matrimonio.

Incluso más -se podrá sostener-, es un hecho público que existen parejas de heterosexuales que no son idóneas para ser padres adoptivos o que hay parejas de heterosexuales que abusan de sus hijos. “Sin embargo, estos hechos condenables no prueban de ninguna manera la idoneidad de las personas con sentimientos y actividad homosexual para las adopciones.

¹³⁴ DE IRALA, J., y LÓPEZ DEL BURGO, C. *Los estudios de adopción en parejas homosexuales: Mitos y Falacias*. Cuadernos de Bioética. XVII, 2006/3ª Edición. U. de Navarra. p.389.

Por el contrario, se debería examinar y contrastar la evidencia científica existente sobre la frecuencia de dichos problemas en un tipo u otro de parejas sin utilizar argumentos demagógicos”¹³⁵. Además, esta respuesta genera la sensación de una mirada egocéntrica de la institución que nos convoca.

1.4. Adopción del hijo del conviviente homosexual

He aquí el cuarto caso que se nos puede presentar. Lo interesante de este supuesto consiste en que, a diferencia de los anteriores, el adoptado es hijo biológico de uno de los miembros de la unión que convive con él y al pretende adoptarlo, lo que se persigue es la llamada adopción integrativa.

En Chile, este supuesto podría configurarse como un caso de reconocimiento del niño no reconocido por su padre por parte, por ejemplo, de la pareja lesbiana de la madre del menor. De esta forma, podríamos estar frente a un intento por eludir la normativa vigente sobre adopción, y un aprovechamiento del vacío legal existente respecto de esta materia. En palabras más simples: una adopción disfrazada.

La verdad es que no poseemos antecedentes que nos indiquen que tal ejemplo se haya suscitado. Pero, la normativa vigente restringiría tal posibilidad. Esto, en el caso de adopción, sólo si consideramos que pese a que el niño sea declarado susceptible de adopción al configurarse algunos de los presupuestos contemplados en el artículo 12 de la ley N° 19.620, el caso previsto en el artículo 8 letra b), esto es, que el niño sea descendiente de uno de los adoptantes, presupone que la adopción se realice en forma conjunta, lo cual es imposible legalmente para la pareja homosexual, por no estar reconocido en Chile el matrimonio entre personas del mismo sexo. En el caso del reconocimiento, tampoco es viable por el hecho de exigirse la diferencia de sexo de quienes reconocen la filiación al momento de inscribir en el Registro Civil.

¹³⁵ DE IRALA, J. *Comprendiendo la Homosexualidad*. Ediciones Universidad de Navarra. Navarra, 2006. Citado en DE IRALA, J. y LÓPEZ DEL BURGO, C. *Los estudios de adopción en parejas homosexuales: Mitos y Falacias*. Ob. Cit. p. 388.

El argumento que se aduce radica en que la realidad indica que la convivencia del niño con la pareja de su progenitor genera entre ellos relaciones de hecho de carácter afectivo y solidario que el Derecho no puede desconocer, y que en algunos casos las legislaciones que originalmente prohibían la adopción por parejas homosexuales, lo han permitido en el supuesto de tratarse del hijo del conviviente, para dar un marco jurídico a la realidad de hecho existencial.

Nuestra Opinión: En este supuesto, al igual que en el primero, estimamos que la esencia misma de la adopción, cual es crear un vínculo similar al de la filiación biológica, no se podría consumir ya que no es natural el tener dos padres o dos madres.

La adopción está diseñada para que supla a lo natural.

Incluso, si comparamos la unión homosexual con la situación del concubinato heterosexual, cuyos miembros tampoco están habilitados para la adopción conjunta, existe una gran diferencia en cuanto a los fines de esta institución, ya que en la primera el adoptado tendrá dos padres o dos madres, a diferencia del segundo, en que se crea un vínculo paterno y materno con el niño, pudiendo cubrirse de esta forma la necesidad de padre y madre que naturalmente toda persona tiene. Con ello no estamos legitimando la adopción por parte de parejas de hecho. Simplemente, utilizamos esta estrategia de comparación para señalar que con la ventaja que representan estas relaciones respecto de las parejas homosexuales, ni aún así están legalmente facultadas para adoptar.

Desde otro enfoque, en el marco chileno, pese a los casos extremos de inhabilidad física y moral para ejercer el cuidado personal del niño, o abandono de éste, no se configuraría ninguno de los supuestos legales para la procedencia de la adopción conjunta, concordando los artículos 8 y 12 de la Ley N° 19.620.

Si con todo lo expuesto, de todas formas e hipotéticamente se concediera la adopción al conviviente homosexual (del padre o madre del niño), se estaría privando al otro de los progenitores de su derecho y deber esencial consistente en ejercer su paternidad(o maternidad) respecto del niño. Perfectamente se podría contrargumentar que este progenitor, por mucho tiempo, se ha desligado de sus responsabilidades, y que en nada le afectaría el concederle a la pareja del otro progenitor, la adopción del menor. Pero la situación, junto con sus consecuencias jurídicas, sociales y emocionales, no es tan sencilla. De este modo, se estaría negando al otro progenitor (entiéndase, el que no convive con su hijo) la posibilidad de rehabilitarse en su paternidad: rehacer su vida y, consecuentemente, su relación filial.

Creemos que en ese entendido la ley citada contempla un procedimiento que considera como etapa indispensable la notificación personal a los padres del niño cuya declaración de susceptibilidad se solicita (artículo 14, Ley N° 19.620). La única excepción insalvable estaría dada por el caso en que el abandono del progenitor fuera definitivo. Pero aún ello es muy difícil de determinar.

2. Argumentos a favor:

2. 1. Los homosexuales y sus derechos

Lo que resalta por sobre todas las cosas es la nueva actitud asumida por la comunidad homosexual, la cual consiste básicamente en un firme propósito por “normalizarse”, aspirando a ingresar al orden familiar tradicionalmente establecido, solicitando impetuosamente un lugar en el mismo, tanto así que pretende se le reconozca a los homosexuales su “derecho” al matrimonio, a la adopción y a la procreación asistida.

En este sentido el psicólogo clínico argentino Jorge GARAVENTA señala: “Hasta pasados los mediados de los 90, la conflictiva predominante estaba fundamentalmente centrada más en la repercusión intrafamiliar de la orientación sexual, que en las perspectivas sociales en las que lentamente se iba legalizando una identidad diferente a la bendecida por el consenso. Una actitud militante, de un sector importante, afirmó una plataforma que rápidamente fue ocupada por nuevas camadas, que ya no sólo no desarrollan su conflictiva principal en la legitimación familiar, sino que al sentirse plenos en su nueva subjetividad, avanzan en la lucha por la conquista de derechos como la Unión Civil, el casamiento y finalmente la adopción, tanto monoparental como por parte de parejas del mismo sexo”¹³⁶.

En otras palabras, esta pretensión de integración de la comunidad homosexual al orden familiar comporta al mismo tiempo su rechazo a plegarse a las reglas básicas de la procreación natural, y con él, pone en entredicho el hecho que la unión entre un hombre y una mujer siga siendo el único medio para la propagación de la descendencia.

“En síntesis, quien forma pareja con alguien de su mismo sexo anatómico no está dispuesto a conceder como tributo punitivo su derecho a gozar de los beneficios del matrimonio, la unión civil o la paternidad/maternidad”¹³⁷.

¹³⁶ GARAVENTA, J. *Adopción, la orientación, el deseo*. En *Adopción, la caída del prejuicio*. Comunidad Homosexual Argentina. Buenos Aires. 2004. p. 58.

¹³⁷ GARAVENTA, J. *Adopción, la orientación, el deseo*. En *Adopción, la caída del prejuicio*. Ob. Cit. p. 59.

Siguiendo esta tendencia, y en aras de encontrar en la adopción un derecho de los homosexuales se arguye que no debe excluirse su vocación de paternidad por el mero hecho de su orientación sexual, al no ser (según se dice) comportamientos incompatibles.

“Se alega, inclusive, que no es dicha orientación la que influye sobre la situación de los menores acogidos en los hogares de gays y lesbianas, sino, más bien, los procesos familiares (como los conflictos familiares) los que ejercen influencia en el desarrollo psicológico del niño. Se señala, en idéntico sentido, que lo esencial no radica en las preferencias sexuales sino en las actitudes educativas y en la capacidad de los padres para hacer frente adecuada y establemente a las necesidades de quienes son adoptados, para lo cual serían aptos los homosexuales”¹³⁸.

Así, y sólo a modo de ejemplo, la *Asociación Americana de Pediatría* dispone de un grupo de trabajo dedicado a este tema, encabezado por *Ellen Perrin*. Cuando se le preguntó en noviembre de 2004 acerca de sus informes que afirman que las parejas del mismo sexo son idóneas para la adopción, tuvo que reconocer que las muestras no eran lo suficientemente grandes, pero -dijo- que si se sumaban todos los estudios pequeños, se podía confiar en ellos. También afirmó que los niños criados por lesbianas tenían “menos agresividad y eran más tolerantes con la diversidad”, pero que sufrían “más estrés” que los criados por heterosexuales. Cuando se le preguntó por la posible orientación sexual de estos niños criados por homosexuales afirmó que era una pregunta “homófoba” y no dio respuesta.¹³⁹

En este orden de ideas, es menester plantear la siguiente pregunta: la familia heterosexual, ¿debe seguir siendo considerada la única?

Claro es para todos que, según las modernas definiciones de familia, la unión homosexual podría considerarse una “familia”, dado que ésta no se limita a la netamente matrimonial heterosexual, sino que incluye otras formas de relaciones humanas en las cuales sus miembros se encuentran unidos en forma permanente por lazos de solidaridad, convivencia, respeto y afecto. Así, surge la llamada familia “homoparental”, en atención a que lo familiar no puede conceptualizarse sólo por la capacidad para la crianza y socialización de la descendencia. A esta conclusión se ha llegado, porque la familia es principalmente convivencia orientada por el principio de solidaridad en función de afectividades y lazos emocionales conjuntos.

¹³⁸ PALACIOS, J. en *El País*, Madrid, edición del 24 de septiembre de 2000, p.17. Citado en VEGA YURI, M. *La eclosión de las legislaciones protectivas de las uniones homosexuales*. Revista Jurídica del Perú. Trujillo, 2002. p. 265.

¹³⁹ www.hazteoir.org. Cita recogida de FONTANA, M.-MARTÍNEZ, P.-ROMEU, P. en *No es Igual*. Informe sobre el desarrollo infantil en parejas del mismo sexo. Mayo 2005. p.8.

En ese entendido se sostuvo judicialmente que “si la mutua ayuda material y afectiva, en el seno de la convivencia..., es lo que caracteriza la vida familiar, funcionalmente no puede haber por ello diferencia alguna entre la unión matrimonial, o la unión de hecho heterosexual y homosexual”¹⁴⁰.

No obstante las interesantes reflexiones de la sentencia recién aludida, el asunto no parece ser tan lineal. Por el contrario, reviste una trascendencia superlativa al estar en juego nada menos que la propia subsistencia de esta suerte de plataforma humana, que es la bipartición sexual. Así las cosas, no podemos ignorar la voz de alerta de un gran jurista y psicoanalista, quien manifestó que “instituir la homosexualidad con un estatus familiar es poner el principio democrático al servicio del fantasma. Es funesto, ya que el derecho, fundado en el principio genealógico, deja lugar a una lógica hedonista, heredera del nazismo”¹⁴¹.

En ese mismo orden de ideas, se ha dicho desde el psicoanálisis que es una salida “vergonzante y perpleja la pretensión de imponer esta suerte de familia que se traduce en instaurar una filiación que expulsa la diferencia de los sexos y transmite la vieja androginia travestida de novedad pop”¹⁴². Es una verdad insoslayable que existen valores que resulta necesario preservar (toda vez que éstos encuentran su razón de ser en la protección y el desarrollo de la vida personal y familiar) y que no es posible que todo sea éter y siga el principio de obsolescencia.

De esta forma, la diferencia sexual representa el sustento de la célula familiar en cuanto a organización social. Para arribar a tan lógica conclusión sólo basta imaginar qué ocurriría en una sociedad donde sólo existieran homosexuales, o, para mayor precisión, menester en este tipo de temas, parejas homosexuales. La pregunta cae por su propio peso: ¿Cómo se generaría la descendencia? Si bien esta hipótesis es extrema, son muchos los planteamientos similares en casos análogos.

Así, si creemos que la naturaleza ha asignado al varón y a la mujer caracteres sexuales que se complementan en lo físico y en lo genético para la perpetuación de la especie. No puede negarse que las uniones heterosexuales se constituyen en gran parte con un fin e interés procreativos.

¹⁴⁰ JuzgCivCom y Minas N° 10 Mendoza, 1ª circunscripción judicial, firme, 20/10/98, ED, 180-248. Citado en MIZRAHI, M. *Homosexualidad y Transexualismo*. Ob. Cit. p. 28.

¹⁴¹ LEGENDRE, entrevista con Antoine Spire, “Le Monde”, 23 de octubre de 2001, citado por Mauricio Mizrahi en su obra *Homosexualidad y Transexualismo*. Ob. Cit. p. 28.

Ahora, ello no excluye ni desconoce a las parejas que se encuentran unidas sin el anhelo o capacidad procreativos. Pero “la familia, quiérase o no, es un concepto y una realidad que, de sólo, implica la presencia de padres e hijos. Es lo natural; lo normal; lo que se espera de quienes forman parte de un grupo familiar; un objetivo innegable”¹⁴³. “No basta, para eludir esta aseveración, señalar que los problemas derivados de la infertilidad se pueden resolver mediante el uso de las técnicas de reproducción humana asistida, dado que los términos bajo los cuales se permitiría el recurso a ellas concluye en situaciones de extrema complejidad y desconcierto. Así, es claro que las lesbianas recurrirán a la inseminación con semen de dador anónimo¹⁴⁴, es decir, de un padre que tarde o temprano podrá ser conocido por el hijo si se acentúa con mayor fuerza el proclamado derecho de toda persona a conocer su origen biológico. Mientras tanto, al menor se le dirá que una de sus madres es su padre o que no tiene padre sino dos madres, o que fue concebido por medio de tales procedimientos porque su madre rechaza toda relación íntima con hombres. Ni qué decir de la descendencia en el caso de los homosexuales varones: ellos recurrirán a un vientre de alquiler. ¿Con el óvulo de quién? ¿De la hospedera? ¿De una tercera? ¿Se convertirá en realidad el pretendido experimento para que dos hombres unan su material genético en un mismo óvulo cambiando el ADN de éste por el de uno de los hombres y fecundándolo con el semen del otro, avance científico que los gays esperan con ansias? ¿Es legítimo manipular la naturaleza de esa manera?”¹⁴⁵

2.2. ¿Por qué es importante para los homosexuales la adopción?

Analicemos ahora el que, precisamente, es nuestro tema en estudio.

En algunos países, la adopción surge como la gran y única oportunidad de crear una familia y cobijar la idea del hijo propio. Esto, debido a que es bastante más factible, social y económicamente hablando, que acceder a la variada gama de técnicas de reproducción asistida, alquiler de vientres o a la maternidad por sustitución (conceptos que, por motivos de concentración en el tema central, no serán desarrollados en este trabajo).

¹⁴² RITVO, J. *Del Padre*, p.11 y 12. Citado en MIZRAHI, M. *Homosexualidad y Transexualismo*. Ob. Cit. p. 28.

¹⁴³ MEDINA, G. *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*. pp. 264 y ss. Citado en VEGA MERE, Y. *La eclosión de las legislaciones protectivas de las uniones homosexuales*. Revista Jurídica del Perú. Trujillo, julio 2002. p.262.

¹⁴⁴ Según información de “El Mundo” (España), edición del 8 de octubre de 2002, cerca del 80% de mujeres solteras que se hacen inseminar con esperma de dador anónimo son lesbianas.

LESLIE ANN MINOT explica que las lesbianas, gays, bisexuales y transexuales (grupo LGBT) se las ingenian para transformarse en padres de variadas formas. “Pueden tener niños a través de relaciones heterosexuales. A menudo las lesbianas inician relaciones heterosexuales con el solo propósito de resultar embarazadas”¹⁴⁶. Una lesbiana y un gay pueden tener y criar a un niño en forma conjunta, ya sea por medio de relaciones sexuales heterosexuales, inseminación artificial, o vía tecnologías reproductivas legales como una pareja común. De hecho, en el caso de las mujeres, se mencionan cuatro formas de acceso a la maternidad: el hombre de paso, la procreación asistida, la co-parentalidad y la adopción. Son objeto de un marcado, pero realista, análisis basado en las contradicciones que provocan en quienes optan por una de ellas. Pensamos que ello se debe a la confrontación que se experimenta respecto a esta “verdad de uno mismo”, esto es, la propia homosexualidad y a la aceptación del hecho que un niño “nazca” generalmente de la unión entre un hombre y una mujer, lo cual, en la realidad homosexual no puede darse por su imposibilidad física.

Otra alternativa para los homosexuales está constituida por el acceso a niños a través de adopciones “extraoficiales”, entendidas como programas de cuidado y mera tenencia de ciertos niños. Pero, para ellos, la adopción es lo que vale. Ahí está puesta su mirada. Sólo la adopción les brinda los derechos propios de la paternidad. A su vez, sólo ésta reviste a los niños de beneficios tales como el derecho de heredar a sus padres.

2. 3. Algunos casos reales

Nathalie y su compañera, luego de una profunda inspección de todas las posibilidades mencionadas, se decidieron por la adopción. “La solución que elegimos fue la adopción. El niño no nace de mi pareja homosexual, sino de otras personas. Yo le diré que es hijo de un hombre y una mujer que tuvieron una relación de amor, o al menos una relación de deseo, y que no pudieron criarlo por razones económicas o familiares, qué más da; y que yo soy la madre sustituta o adoptiva. Esto sí es algo que puedo asumir.

¹⁴⁵ YURI VEGA, M. *La eclosión de las legislaciones protectivas de las uniones homosexuales*. Ob. Cit. p. 262.

¹⁴⁶ MINOT, L. A., *Conceiving parenthood: Parenting and the rights of lesbian, gay, bisexual and transgender people and their children*. International Gay and Lesbian Human Rights Commission, Estados Unidos, 2000, p.7.

Además, la única situación que no incomoda a mi novia es la adopción. Es la fórmula en la que se siente menos rechazada y en la que participa, aunque sea sólo relativamente, porque quien tramita la adopción soy yo...Para mí ha sido necesario comprender hasta qué punto me hace feliz estar soltera y hasta qué punto no me ha resultado fácil, porque es una situación falsa, y a mí no me gusta la mentira...En las entrevistas para la adopción te piden que seas muy sincera, muy abierta, que hables de ti, de tu intimidad, de tu vida y, al mismo tiempo, que omitas toda una parte. Es un verdadero suplicio encontrarte ante personas que intentan formarse una idea de ti, así que intentas mostrar lo que eres y tu capacidad de ser madre. Al consultarte con el psiquiatra, el psicólogo, etc, llegas a tener con ellos una relación de confianza, pero al mismo tiempo mientes mucho en algo que es sumamente importante en tu vida. Es intelectual y psicológicamente difícil. Logré llegar hasta el final porque...lo que pretendes conseguir es al menos tan importante como lo que te molesta”¹⁴⁷.

La aceptación del hecho de que dos mujeres no puedan tener un hijo no es un asunto banal; es un trabajo en sí. Muchas tendrán que decir (y algunas ya lo han hecho): “Mi hijo no tendrá padre, tendrá madre; y su madre tendrá una novia que no será su padre. Mantendré una relación amorosa con una mujer”.

Siguiendo en esta línea argumentativa, se ha sostenido que el hijo no ha nacido del amor de dos mujeres. Pero el concepto de **filiación** es el que, para estos efectos, reemplazaría al de **nacimiento**. Esta argumentación parte del supuesto que el hijo comprenderá que ha sido adoptado por una mujer y que de hecho, en la realidad, hay dos mujeres que se ocupan de él; cuenta con su madre adoptiva y con otra mujer que también está presente.

Y justamente aquí nos topamos de frente con serias dificultades, porque:

- Primero, la carga de la adaptación se traslada hacia el adoptado, lo cual atenta contra el proceso que el niño debe vivir paulatinamente y más aún considerando la ayuda que debe recibir de sus nuevos padres, ocurriendo en la especie precisamente lo contrario: se le exige llevar una carga que no le corresponde, ni tampoco puede soportar.
- Segundo, se deja en el olvido que el niño adoptado no es un instrumento para satisfacer la legítima necesidad de los padres que no lo pueden ser en forma natural, ni menos un objeto de su deseo de paternidad o maternidad.

¹⁴⁷ CADORET, A. *Padres como los demás. Homosexualidad y parentesco*. Editorial Gedisa. 2003. pp. 106-107.

- Además, al hablar de filiación, y no de nacimiento, si bien se utiliza el término con precisión, se trata de una filiación incompleta, irreal, y que trata de soslayar la naturaleza misma. Sí, es cierto que la adopción genera una filiación no biológica, pero una que la imita, y no una que la supera, o incluso conculca, ignorando la diferenciación del sexo como elemento básico de su constitución.

¿Se puede hablar de filiación cuando existe una madre, su novia, y un hijo?

Sobre este último punto, debemos advertir que los adoptantes homosexuales, al no tener otra opción de engendramiento como la que detentan los adoptantes heterosexuales, fundamentan la validez de la construcción de su parentesco, precisamente, en la distinción entre engendramiento y filiación. En otros términos, aunque ellos no engendren al niño, si puede generarse entre ellos y éste una verdadera relación filial. El niño, pese a no haber sido dado a luz por ninguno de los dos padres, podría serles confiado a ambos; a partir del momento en que se derrumbara la ficción del nacimiento -fundamentan- a partir del momento en que nacimiento y filiación ya no se confundieran, sino que fueran ambos reconocidos, se desmoronaría también la aberración acusada por los grupos homosexuales con la que muchos miran la circunstancia de que un niño “nazca” de dos madres, o de dos padres.¹⁴⁸

¹⁴⁸ Otro caso real extraído del libro citado de CADORET es el que sigue: Hace mucho tiempo que siento el deseo de tener un hijo, supongo que como muchas mujeres. Cobra mayor resonancia, mayor importancia, cuando estoy en pareja, no cuando estoy soltera. Es la pareja, y el hecho de encontrarme bien en mi vida amorosa y sentimental, de sentirme respaldada y equilibrada, lo que suscita en mí el deseo de tener un hijo. Sin embargo, para saber que este deseo estaba siempre presente he tenido que hacer un trabajo personal importante, con una mujer que me aporta mucho en el aspecto sentimental y en el de mi construcción; en el de la vida. Pero, aunque para mi no plantea problemas pensar que el niño tenga sólo una madre (y no un padre), las cosas no son tan simples para el niño. Habrá dos personas del mismo sexo que se ocuparán de él y constituirán su familia; pero el hecho de que el niño tenga dos linajes no es lo que asemeja la pareja homosexual a la heterosexual. No se puede negar que la familia homosexual construye sistemas familiares un poco especiales. A partir del momento en que uno reconoce que la situación no es tan clara, comienza a ver los problemas. La posición del otro no es evidente. Conviene reflexionar sobre el hecho de formar parte de una pareja homosexual, y no sólo sobre la ausencia de padre, que se puede dar también en situaciones distintas de la de la familia homosexual... Que una relación amorosa quiera producir un hijo y no pueda es algo excesivamente injusto, frustrante, excesivamente insostenible para una pareja, importando poco que la pareja sea homosexual o heterosexual. Y en el caso de la pareja homosexual, es verdad que sabe que no puede producir hijos, aunque el hecho de saberlo no contribuye a que sea más aceptable; hay algo que resulta inaceptable...el dolor por la ausencia del niño.

Creo firmemente que estas expresiones del alma representan a algunos homosexuales. Pero, ¿por qué sólo algunos? Porque no conforman un gran número quienes anhelan y luchan por formar una familia estable. Esta realidad se debe, en gran parte, a los propios conflictos no superados que les conduce lamentablemente a un estilo de vida de egocentrismo y ensimismamiento. Ahora, si bien existen en varios homosexuales intenciones familiares muy sinceras, creemos que no son suficientes para acceder a sus demandas.

Nuestra Opinión: La adopción se construye sobre la relación que existe entre paternidad-maternidad, por un lado, y filiación (que se produce vía procreación biológica o técnicas de reproducción asistida), por otro.

Resulta ser el establecimiento legal de un vínculo similar, análogo o sustancialmente idéntico al que existe entre un padre o madre y su hijo biológico. En otras palabras, se mantiene el objetivo de imitar la naturaleza, como hablaban los romanos y luego Bonaparte, a través de la constitución de un vínculo jurídico que ligue a adoptante y adoptado como si fueran padre-madre e hijo.

La adopción se constituye como adopción pero deviene en filiación. De esta forma se explica el concepto de filiación adoptiva. Como dice CARBONNIER, “la filiación adoptiva es una filiación puramente jurídica, que reposa sobre la presunción de una realidad no biológica, sino afectiva: a petición de una persona, el derecho establece artificialmente entre ella y otra persona una relación de padre (o madre) e hijo”¹⁴⁹.

Así como la realidad esencial y predominante de la filiación es la que se produce a través de la procreación natural, la filiación adoptiva es una filiación análoga, en cierta medida artificial, que viene a funcionar cuando el vínculo filiativo biológico no genera el ámbito adecuado para la crianza y desarrollo del hijo.

Si aceptamos la tesis que sustenta la filiación en la voluntad de acogida o de auto-responsabilidad del padre o madre, menospreciando a su vez la realidad biológica, esto significaría privatizar el concepto de filiación, y contractualizar los deberes y derechos de la paternidad. Constituye en el fondo una cosificación del hijo.

“La filiación propiamente tal es aquella a que da lugar la generación. Es el vínculo entre generante y generado. La ley positiva no crea el vínculo; lo descubre y reconoce”¹⁵⁰.

Realizando un breve análisis de la confesión anterior, advertimos que de las mismas frases utilizadas se desprende claramente la realidad que vive un(a) homosexual que postulará a la adopción:

- Las luchas y cuestionamientos con los que se enfrenta no son menores.
- La soledad, y el trabajo por superarla, son bastante fuertes.
- La sensación de extrañeza al criar conjuntamente con su pareja a un niño nos dice algo que no podemos soslayar.
- Las complicaciones a las que se vería enfrentado parecieran superarle.

Por último, el móvil de su solicitud dice relación con una necesidad de trascendencia que le urge suplir, por sobre cualquier otra cosa que diga relación con el supremo interés del niño.

¹⁴⁹ CARBONNIER, J., *Droit Civil II. La famille*, Puf, 18ª edición, 1997, p. 479. Citado en CORRAL TALCIANI, H. *Adopción y Filiación Adoptiva*. Ob. Cit. p. 76.

¹⁵⁰ CORRAL TALCIANI, H. *Adopción y Filiación Adoptiva* Ob. Cit. p. 61.

Distinto es que sobre el modelo esencial de la filiación, la ley, en caso de necesidad, pueda edificar una filiación análoga, que nunca es completamente idéntica a la biológica o natural. De allí la excepcionalidad de la adopción llamada “plena” o “filiativa”, esto es, la que reporta un mayor grado de similitud con la filiación propiamente tal. En este sentido, la adopción surge siempre como un remedio que pretende arreglar un mal previo: el abandono o desamparo de un niño que no puede solucionarse por la vía de los vínculos familiares naturales.

Además, creo que el argumento no es satisfactorio. Se restringe únicamente a un tema semántico. Hay una cuestión que sigue en pie, y es la formación del niño. Se requiere una familia que lo eduque, lo críe y lo transforme en un adulto maduro y pleno. Una familia completa. No se trata de un niño que fue criado en una familia heterosexual en la que padre y madre cumplen su rol, y que luego, por distintos motivos, se disolvió, quedando sólo con uno de sus padres. Se trata de un niño que, literalmente, será entregado en adopción a una nueva familia, la cual debe estar revestida del carácter que le califica como tal, y que la coloca a la altura de esta gran institución.

En el mismo sentido, pero extrapolando el tema analizado al caso de personas homosexuales que se someten a técnicas de reproducción asistida, específicamente parejas lesbianas, éstas “deben afrontar la diferencia entre maternidad biológica y social. Deben decidir cuál de las dos intentará quedarse embarazada, y controlar los sentimientos de celos y de maternidad invisible que pueden surgir más fácilmente entre dos mujeres de una pareja homosexual, que entre una madre y un padre biológicos que forman una pareja heterosexual de posición materna invisible”¹⁵¹.

Creemos que la pareja homosexual en que uno de sus miembros postula al proceso de adopción (que es precisamente el supuesto fáctico sobre el que se desarrolla este trabajo) no está exenta de estas dificultades. De hecho, muchas comienzan una relación dentro de este marco. En algunos casos se ha dado que la “mujer homosexual busca un matrimonio de conveniencia”, tal como se ha publicado en periódicos, para que luego de someterse a la técnica de reproducción asistida ella pueda criar al niño con su propia pareja. Así, esta compañera de la madre quiere compartir plenamente el estatus de madre, y buscará verse favorecida por la realización de las actividades de crianza del niño. Por ejemplo: Clarisse, que va a inscribir al hijo de su compañera a un jardín infantil, primero solicita información sobre la inscripción. Y dice: “vengo a inscribir

¹⁵¹ STACEY, J. *Gay and lesbian families: queer like us*, en M.A. Mason. *All our families, new policies for a new century*, Oxford University Press, 1998, p.136.

a mi hijo”. Al día siguiente regresa al mismo lugar, acompañada por el niño y por la madre biológica, y los presenta: “Bueno, le presento a la mamá biológica del niño; lo criamos entre las dos”. Prestemos atención: no usó la expresión “mamá”, sino “madre biológica”. Es como si diera un grito de alerta, diciendo: “Cuidado, yo también soy su mamá”. En otras palabras, al especificar “madre biológica”, Clarisse sólo concede un valor limitado a la palabra “biológica”: el de traer al mundo un niño, que sólo constituye un paso en el establecimiento de la maternidad.

De esta forma, las parejas homosexuales que recurren a estas técnicas o, en su defecto, a la adopción individual por uno de sus miembros, se reafirman como pareja, como cualquier pareja heterosexual. La lógica es la siguiente: Por el hecho de tener un hijo, se sienten más próximos a la pareja heterosexual. E incluso perciben que la pareja heterosexual se siente más próxima a ellos. La gente les decía: “Tenían el oro y el moro; formaban una pareja, pero les faltaban los hijos; en cierto modo eran unos vividores entre comillas”¹⁵².

El hecho que estas parejas experimenten satisfacción de su deseo, y necesidad legítima, ¿justifica la entrega en adopción de estos niños?

Insistimos en la negativa rotunda.

El real interés del niño está y debe estar siempre por sobre el de quienes quieren adoptar. Y es que no existe tal cosa como un derecho a la adopción.

Todo esto a modo de prevención. Claro, pues hace algún tiempo, la comunidad homosexual viene proclamando que no está dispuesta a reprimir su deseo de procrear y de educar hijos. (Dicho sea de paso, que este deseo individual es legítimo en toda persona; cosa distinta es exigir su reconocimiento a nivel social cuando se tiene como adversario a la naturaleza misma).

“Si esta aspiración se hace efectiva, parece inocultable que nos encaminamos a alterar todo el ámbito de la procreación natural, pues habida consideración del rechazo homosexual a plegarse a tales reglas de la naturaleza, lo que sin duda acontecerá es el reemplazo de las relaciones sexuales por la intervención médica”.¹⁵³

Esto implicaría algo así como la certificación consumada de la ya emergente disociación entre sexo y procreación.

¹⁵² Ejemplo tomado del texto de CADORET, A. *Padres como los demás. Homosexualidad y Parentesco*. Ob. Cit. p. 123.

¹⁵³ ROUDINESCO, E. *La familia en desorden*, p.174, 176, 183, 196 y 197, citado en MIZRAHI, M. *Homosexualismo y Transexualismo*. Ob. Cit. p. 29.

Ahora, sabemos que la intervención médica en la inseminación artificial no es la única alternativa para los homosexuales. Precisamente el asunto que nos ocupa en esta memoria, la adopción, aparece en todo su esplendor como la salida perfecta a los escollos que traen consigo las técnicas de reproducción asistida. Escollos sociales, económicos, relacionales, etc.

Al revisar estas conclusiones nos surge inmediatamente una pregunta: ¿Necesariamente debemos exponer a un niño a esta realidad para desarrollar en él tolerancia, sensaciones de agrado y aprecio por la diversidad? Claro que no. Además, ¿no implicaría, acaso, demandar en exceso a quien sólo es un niño? Estas apreciaciones e internaciones exigen un arduo trabajo a nivel mental y social. Y por sobre todo, hay necesidades urgentes que suplir en el adoptado que prevalecen sobre estas apreciaciones, que un niño, por ejemplo, de 4 años, no puede efectuar.

Por otro lado, se ha argumentado a favor de la existencia de un derecho del homosexual- como todo ser humano- a la progenitura, a la paternidad, o maternidad, a la descendencia, para que “no muera de amor propio”¹⁵⁴. Así, la presencia del hijo(a) es lo que le permitirá el traslado del amor que sienten por sí mismos hacia otro ser. Le brindaría el consuelo respecto de la angustia generada por la muerte (o ausencia de hijos), y le allanaría el camino para resolver el deseo de trascendencia que se halla en todo sujeto.

Pero, sin desmerecer este enfoque dado desde la óptica homosexual, y sin la intención de herir susceptibilidad alguna, el debate debe centrarse y proyectarse necesariamente desde el interés del niño, tal como lo exige nuestro Derecho positivo. De esta forma, se reafirma el hecho que el problema radical se produce cuando la cuestión trasciende a la pareja y afecta a terceros. En concreto, lo que interesa es determinar si es posible el cumplimiento de los roles paterno y materno y, consecuentemente, la crianza, la educación y el desarrollo armonioso del niño en el ámbito de una pareja integrada por dos hombres o por dos mujeres.

Respondiendo a esta interrogante fundamental, se ha dicho que la función de madre y padre equivalen a lugares psíquicos y abstractos que no necesariamente deben estar ocupados por una mujer y un hombre, respectivamente. Sin embargo, dicha afirmación parece discutible, pues, entre otras cosas, los homosexuales no se sienten integrantes del sexo opuesto al que naturalmente pertenecen. Así las cosas, en estas relaciones estará descartada la triangulación edípica, producida entre el hijo y sus dos progenitores, necesariamente, de sexo opuesto.

¹⁵⁴ Expresión utilizada por Jorge GARAVENTA en su texto *Adopción, la orientación, el deseo*, contenido en *Adopción, la caída del prejuicio*. Comunidad Homosexual Argentina. Buenos Aires. 2004. p. 58.

Consecuencialmente, se advertirá la confusión que padecería el niño en la adquisición de su identidad sexual, la que partirá en primer lugar del uso diverso y atípico de las denominaciones empleadas en la comunicación con sus guardadores: “difícilmente usaría el vocablo *mamá*, si el vínculo fuese entre dos hombres para llamar a uno de ellos, como tampoco sería corriente el uso de la expresión *papá*, si el nexo tuviera lugar entre dos mujeres”¹⁵⁵.

3. Argumentos en contra

El planteo de la adopción por homosexuales abre diversas puertas que deben ser inspeccionadas. Hay una consideración que vale la pena mencionar aunque no sea específicamente tratada en esta exposición. Si la pregunta surge del posible conflicto de identidad sexual de un niño por las vías que la identificación puede producir en él, se está dejando sentado que la sexualidad no es natural a la especie sino que la sexualidad se conforma. Y es que a partir de la observación que Freud teorizó sobre la bisexualidad del sujeto humano fue que la identificación cobró valor. La masculinidad o femineidad quedan establecidas por la capacidad de identificación de ese sujeto respecto del otro sujeto del mismo sexo. Lo que este tema deja abierto es que la configuración sexual humana no es natural¹⁵⁶. Es decir, no es natural que un niño varón sea propiamente masculino ni que una niña sea propiamente femenina; el niño/a no nace con una identidad ya formada, y es a través de las identificaciones como adopta una identidad sexual definida. Si esto no fuera así no habría razón para abordar este tema.

Cuando hablamos de adopción, necesariamente hablamos de desarrollo integral del niño, y éste incluye el desarrollo de la identidad sexual. Por tanto, la pregunta que cabe hacerse es la siguiente: una persona con inclinaciones homosexuales., ¿puede brindar al niño lo que necesita a nivel afectivo, familiar, y psicológico, para así formarse? No olvidemos que la expresión adecuada del afecto es parte primordial en el desarrollo de una identidad sexual, vía identificación.

¹⁵⁵ GIBERTI, citada por WAGMAISTER-BEKERMAN, *Niños criados por parejas homosexuales: caracterización socio-jurídica de ese contexto*, ponencia presentada en el X Congreso Internacional de Derecho de Familia (Mendoza, Argentina), en Comisión N° 4, *Diversas Formas Familiares*, p.167.

¹⁵⁶ En el sentido de originario, propio, o que venga incorporado desde su origen.

Se trata simplemente de una realidad insuperable para dos personas del mismo sexo en relación con un “nuevo hijo”. El acento no se coloca en la incapacidad del homosexual, sino en que el niño necesita de un PADRE y una MADRE, y esto no puede ser suplido por una pareja homosexual.

3.1. ¿Por qué hombre y mujer son diferentes?

Obviamente, hombre y mujer no son lo mismo. Ergo, tampoco se configura la identidad entre una unión heterosexual y una homosexual. Entonces, de inmediato surge la siguiente pregunta que vincula este aspecto con el tema en estudio: Las imprescindibles funciones de padre y madre, ¿pueden de igual manera cumplirse en el seno de una pareja de dos hombres o de dos mujeres?

Estas afirmaciones y preguntas, por muy obvias que parezcan, requieren respectivamente de fundamentación y respuestas concretas, para poder afirmar y concluir que la diversidad existente entre un hombre y una mujer constituye un hecho cierto e incontestable. “Esta diversidad está vinculada, desde su origen, al hecho diferencial que les distingue: estar configurados como mujer o varón. Esas diferencias comienzan a las pocas semanas de la fecundación y no se limitan a sólo ciertos detalles de su morfología y desarrollo, sino que atraviesan todas sus funciones y facultades...a lo largo de toda la vida de las personas. La diversidad entre ellos no afecta para nada a su identidad como personas: mujeres y hombres son igualmente personas (identidad), al mismo tiempo que personas configuradas de forma diversa (diversidad). Su identidad en tanto que personas convive con su diversidad en la forma en que han sido configuradas”¹⁵⁷. De esta forma se entiende la necesidad de complementariedad presente en una relación entre un hombre y una mujer. Complementariedad necesaria, como se analizará más adelante, para el sustento y socialización de la descendencia. Así, por ejemplo, “la complementariedad matrimonial se fundamenta en la dualidad objetiva construida por la unión de los genotipos y fenotipos masculino y femenino. El genotipo constituye la caracterización genética de cada ser, su base material necesaria y específica, lo que le confiere su naturaleza propia y su individualización. Esta individualización atiende a una inicial y básica división entre el sexo masculino y femenino, porque la sociedad está dividida biológicamente entre ambos

¹⁵⁷ POLAINO LORENTE, A. *El rol masculino ante los nuevos cambios sociales*. Publicación en línea. <http://www.esposibleelcambio.org>

sexos, no entre homosexuales y heterosexuales”¹⁵⁸. Luego, en el proceso mismo de la socialización que la paternidad y maternidad desarrollan sobre la descendencia, opera la segunda dimensión de la complementariedad: la fenotípica. “El fenotipo empieza a configurarse ya durante la formación del óvulo fecundado, el cigoto, y continúa de manera interrumpida durante el resto de la vida del ser. El fenotipo es el resultado de la interacción del genotipo con el medio natural y social. Existe, por tanto, un fenotipo masculino y otro femenino; esta diferenciación se expresa mediante la condición genética inicial y tiene como resultado una diferente interacción con la realidad...La dualidad se expresa de manera indiscutible. Así, la neurobiología nos ha revelado que el cerebro de la mujer procesa la información de forma distinta al del hombre. El psicólogo Turhan Canli¹⁵⁹, en un estudio realizado mediante escáneres funcionales sobre 12 hombres y 12 mujeres, ha demostrado que existen incluso diferencias en la forma de pensar y codificar los recuerdos, dado que en ambos géneros funcionan diferentes trayectorias neuronales. Canli comprobó que las mujeres eran capaces de recordar emociones de forma más detallada porque las codificaron de una forma diferente. Como hemos dicho, el proceso de diferenciación sexual se inicia en el útero y afecta al cerebro desde el primero momento. Otra de las manifestaciones diferenciales entre los sexos no se dará hasta los 11-12 años o en torno a los 50 kilos de peso en los varones. Existe una estrecha relación entre la forma de procesar la información por parte del cerebro y el sistema hormonal. Así, por ejemplo, la testosterona propia del varón incide sobre el desarrollo cerebral. Ello determina un funcionamiento cerebral diferente a partir de realidades exteriores idénticas. (Sobre este aspecto, la revista *Nature Neuroscience*¹⁶⁰ publicaba los datos de una investigación mediante resonancia magnética sobre la repercusión de fotografías que ilustraban una actividad sexual variada y explícita. Las diferencias eran muy evidentes. En los hombres, las amígdalas se activan intensamente, pero esto no ocurría en el caso de las mujeres. La excitación de los varones ante imágenes sexuales explícita era instintiva, sin intervención del córtex cerebral. También el hipotálamo de los hombres reacciona con más intensidad que el de las mujeres ante este tipo de imágenes. Las

¹⁵⁸ *Homosexualidad, Matrimonio y Adopción. Un enfoque desde el capital social*. Universitat Abat Oliba CEU. Centros de Estudio de la Realidad Social (CERS), p. 23.

¹⁵⁹ CANLI, T. Noticias y opiniones: *Imágenes de las diferencias de género en la excitación sexual*. En *Revista Nature Neuroscience*, 7, p.325-326.

¹⁶⁰ *Nature Neuroscience* 2000; marzo. pp. 211-216.

amígdalas tienen una relación directa con el hipotálamo, que gobierna funciones básicas como la conducta sexual)”¹⁶¹.

Pero, la diferente identidad de hombre y mujer no proviene sólo de lo biológico y psíquico, sino que alcanza el nivel espiritual. Al respecto es muy sugestiva la posición de la filósofa Maria Luckac de Stier, quien señala que “se es hombre o mujer también y sobre todo porque se tiene un alma femenina o un alma masculina”¹⁶². “Esta afirmación exige una fundamentación ontológica. ¿Cuál es la estructura y la dinámica del ser-mujer y del ser-varón ontológicamente hablando? Maria Luckac de Stier señala que nos encontramos aquí frente al problema de si todas las almas humanas son sustancialmente iguales. No se trata de que las almas de los distintos individuos humanos, hombres o mujeres, difieran de modo esencial y específico, pues esto sería inadmisibile. Efectivamente, todos pertenecemos a la especie humana y hay entre todos, hombres y mujeres, una igualdad esencial...Pero tampoco la diferencia es algo intrascendente o meramente una construcción cultural, como pretenderían las feministas extremas. Sin argüir diversidad de naturaleza (de especie) afirma Stier, no obstante, una distinción individual que permite considerar a las almas humanas dotadas de perfecciones sustancialmente diversas. Señala Stier que no son los cuerpos la causa eficiente de la masculinidad y la feminidad, sino las almas de este hombre y de esta mujer concretos. El alma masculina y el alma femenina no son, sin embargo, dos especies de alma humana, sino dos modos de la misma esencia del alma espiritual en la realidad, que no se diferencian en el orden específico”¹⁶³.

“Esta capacidad de procrear y reaccionar de manera distinta es la generadora de la complementariedad propicia para la educación de la descendencia. Por tanto, ésta es, en su fundamento una condición innata, no adquirida, que no puede justificarse desde presuntos roles culturales, ya que dicha condición viene fijada por la función de dos hormonas: la oxitocina y la testosterona. La oxitocina es una hormona relacionada con patrones sexuales y con las conductas paterna y materna. Se asocia con la afectividad, la ternura y el acto de tocar.

¹⁶¹ *Homosexualidad, Matrimonio y Adopción. Un enfoque desde el capital social*. Universitat Abat Oliba CEU. Centros de Estudio de la Realidad Social (CERS). p. 24.

¹⁶² Cita recogida en PITHAUD, A. *La mujer. Una nueva pedagogía*. Mendoza. 2003. Ediciones Dike, pp. 152 y ss.

¹⁶³ SCHNAKE SILVA, C. *El Rol del Pediatra en la Promoción del Desarrollo de la Identidad Sexual del Niño. Fundamentos Bioéticos de su Intervención*. Tesis para optar al Grado de Magíster en Bioética. Facultad de Medicina. Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago. 2008. p. 20.

Algunos la denominan la *molécula de la monogamia*; otros del *amor* y de la *maternidad*. En términos objetivos influye en funciones tan básicas como el enamoramiento, el orgasmo, el parto y el amamantamiento. Desempeña tanto el papel de hormona como el de neurotransmisor y es sintetizada en el núcleo paraventricular del hipotálamo, de donde es transportada por los axones de las neuronas hipotalámicas hasta las terminaciones de la hipófisis, donde se almacena y es segregada al torrente sanguíneo. La liberación de oxitocina puede ser estimulada con la succión de los pezones, la estimulación genital y la distensión del cuello uterino (reflejo de Ferguson). Si bien incide sobre los dos sexos, es en la mujer donde repercute más intensamente, también porque el sistema hormonal registra la interacción de distintas hormonas con efectos que tienden a potenciar o limitar el papel de algunas de ellas... Estudios más recientes señalan que el efecto afiliativo (producido en los mamíferos) también se produce en el infante o la cría a través de la lactancia materna, aumentando la vinculación entre madre y cría. La oxitocina tiene un papel esencial en las actitudes y aptitudes que se asocian a la maternidad de las mujeres. Este tipo de proceso y aptitud no puede ser reproducido por el hombre.

Por su parte, la testosterona es una hormona androgénica como lo manifiesta su concentración plasmática, que en adulto normal es de 437 a 707 ng/dl (nanogramos por decilitro) en los hombres y de 24 a 47 ng/dl en las mujeres. Antes de la pubertad la concentración es menor de 20 ng/dl, lo que determina una cierta indeterminación sexual desde el punto de vista hormonal, pero no cerebral. La ulterior inadecuación de uno y otro aspecto es generadora de conflictos en el desarrollo del sujeto. La gran diferencia entre hombre y mujer marca funciones y aptitudes muy diferenciadas entre ambos sexos en cuanto a esta hormona. En el hombre, la testosterona es necesaria para el normal desarrollo de los genitales externos, incluso durante el primer trimestre de la vida fetal. Si la síntesis fetal de andrógenos es insuficiente, por un error enzimático congénito o por defectos del receptor, el fenotipo genital puede ser femenino o ambiguo, generándose así los llamados pseudohermafroditas (síndrome de Morrison), los verdaderos hermafroditas tienen ovario y testículo.

El funcionamiento de la oxitocina y la testosterona, como hemos visto en esta sintética exposición de las diferencias generadoras de complementariedad entre el hombre y la mujer, ilustra con claridad el mecanismo compensatorio y el valor social resultante de la pareja heterosexual y de sus distintos roles y aptitudes no adquiridas¹⁶⁴.

Luego de esta breve descripción biológica y psicológica constatamos que el meollo del asunto se traslada a otra sede: la intersubjetiva. ¿Considera la sociedad que es posible, y más preciso aún, pertinente, la crianza, la educación y el desarrollo equilibrado de niños, hijos (sean biológicos o no) en el marco de una familia homosexual?

“No puede constituir una verdadera familia la unión de dos hombres o de dos mujeres, y menos aún se puede atribuir a tal unión el derecho a la adopción de hijos privados de familia. A estos hijos se les ocasiona un grave daño, porque en esta familia suplente ellos no encuentran el padre y la madre, sino dos padres o dos madres”¹⁶⁵.

“Una pareja de personas del mismo sexo no puede aportar nada parecido precisamente por su misma naturaleza. La pareja homosexual no puede ejercer una función equivalente, simplemente porque no posee las condiciones biológicas necesarias. Esta situación no es comparable con las parejas heterosexuales que no pueden tener hijos, porque el potencial de la complementariedad sigue ahí para educar en la adopción y para procrear en la reproducción asistida. Dos homosexuales no pueden adoptar nada de todo esto. Se podrán amar o desear, pero su genotipo y fenotipo no les permite ser complementarios”¹⁶⁶.

Sin embargo, al hacer caso omiso a las advertencias anteriores, de alguna manera, lo que se estaría proyectando es nada más y nada menos que una familia monoparental, equiparándola con la familia tradicional completa, y prescindiendo del padre, o de la madre, según sea el caso.

¹⁶⁴ *Homosexualidad, Matrimonio y Adopción. Un enfoque desde el capital social.* Universitat Abat Oliba CEU. Centros de Estudio de la Realidad Social (CERS). pp. 25-26.

¹⁶⁵ FERRARI DA PASSANO, *Homosexualidad y Derecho. ED, 163-1010*, con cita de Juan Pablo II en el Ángelus del 22/2/1994. Citado en MIZRAHI, M. *Homosexualidad y Transexualismo.* Ob. Cit. p. 12.

¹⁶⁶ *Homosexualidad, Matrimonio y Adopción. Un enfoque desde el capital social.* Universitat Abat Oliba CEU. Centros de Estudio de la Realidad Social (CERS). p. 27.

3.2. ¿Discriminación o diferenciación?

El tema del que nos haremos cargo a continuación aporta un fundamento esencial a la hora de responder frente a la interrogante de posibilidad de adopción por homosexuales.

Y es que precisamente el “trato discriminatorio” que se ha otorgado a los homosexuales se ha invocado como un fuerte argumento para que de una vez y para siempre se les equipare en derechos con los heterosexuales, por ejemplo, permitiéndoles adoptar.

Acusamos el mal manejo que de esta situación se ha llevado por algunos grupos de la sociedad, movidos más por una sensación y actitud homofóbicas que por un real interés en brindar solución al problema existente. Otros, se sustentan en la “creencia de que prohibir la discriminación de la orientación sexual es un dominó peligroso que conllevará a la destrucción de la llamada familia tradicional y abrirá una caja de Pandora con respecto a las consecuencias. Por ejemplo, que las relaciones homosexuales, de alguna manera, contagien a los heterosexuales y desvíen la orientación sexual de los niños que cuiden”¹⁶⁷.

Debemos ser realistas. Notoriamente se requiere aclarar muchas cuestiones relativas a la homosexualidad y, una vez hecho, legislar al respecto. Pero, desde ya advertimos que independientemente de las posturas exacerbadas e, incluso, discriminatorias que se adopten, existe una realidad innegable (acerca de la homosexualidad) frente a la cual se requiere perentoriamente fijar políticas restrictivas, sin por ello incurrir en discriminación.

Así, se justifica la pregunta planteada en el título, toda vez que menester es determinar cuál de las dos figuras es la que se nos presenta: discriminación o diferenciación.

En este contexto, complementando y perfilando la interrogante base, se podría preguntar si la redacción del artículo 102 del Código Civil Chileno, así como el de sus análogos en nuestro continente, respecto a la diferencia de sexo exigida para contraer matrimonio, importa actualmente una discriminación arbitraria.

Desde ya advertimos que la respuesta debería ser negativa por el sólo hecho de recordar que hombre y mujer no son sujetos idénticos. Se vislumbra entre ambos diferencias esenciales, desde el ángulo morfológico o anatómico, y las consecuencias psíquicas que surgen de estas diferencias, como ya fuera advertido en el apartado N° 3.1 de este capítulo.

¹⁶⁷ MEDINA, G. *Uniones de Hecho. Homosexuales*. Ob. Cit. p.261.

Probablemente por este motivo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina sentenció que la garantía de igualdad no impide que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considera diferentes.¹⁶⁸

En este mismo sentido, la Corte Constitucional de Colombia¹⁶⁹, en el caso del ciudadano colombiano Luis Eduardo Montoya, quien planteara la inconstitucionalidad de la norma contenida en el Código del Menor que impide la adopción a parejas homosexuales, señaló que no se da la identidad de hipótesis que impone al legislador dispensar un idéntico tratamiento jurídico, si se tiene en cuenta que la adopción es ante todo una manera de satisfacer el derecho prevalente de un menor a tener una familia, y que la familia que el constituyente protege es la heterosexual y monogámica. Desde este punto de vista, al legislador no le resulta indiferente el tipo de familia dentro del cual autoriza insertar al menor, teniendo la obligación de proveerle aquélla que responde al concepto acogido por las normas superiores. Así, entendemos no haber discriminación alguna.

Por su parte, en Francia se presentó una situación muy interesante en la que ante la resolución del Consejo de Estado, en abril de 1997 el solicitante de adopción llevó su reclamo a la Comisión Europea de Derechos Humanos, quien en noviembre de 1998 dio intervención a la Corte Europea de Derechos Humanos. La Corte, en un fallo dividido de 4 votos contra 3, denegó el pedido de Fretté, señalando que el rechazo de la pretensión de adopción no afectaba el derecho del requirente al libre desarrollo de su personalidad ni a la manera de llevar su vida, especialmente su vida sexual.¹⁷⁰

En todos estos casos, y para aquellos que de seguro se presentarán, debe determinarse si se justifica o no un tratamiento diferenciado, concluyéndose que las diferencias claramente permiten que el Derecho practique un tratamiento también diferente, sin incurrir por ello en discriminación. En el caso francés, la Corte consideró que la decisión denegatoria del Estado no había sido discriminatoria porque el Estado había mostrado fundamentos válidos para negar tal adopción. Ellos eran que existía un número muy superior de franceses que quieren adoptar a niños que el número de menores en condición de ser adoptados. En esta circunstancia, al elegir al adoptante el juez debe extremar su cuidado en su decisión, privilegiando el interés del menor.

¹⁶⁸ CSJN, 30/7/69, “De Feo, Rodolfo G.”, LL, 137-288. Citado en MIZRAHI, M. *Homosexualidad y Transsexualismo*. Ob. Cit. p.31. Ello en relación con la exigencia que contiene el artículo 172 del Código Civil de ese país respecto a que el matrimonio existe si el consentimiento es prestado por *hombre y mujer*.

¹⁶⁹ 2 de agosto de 2001.

La postura contraria ha sido recogida a través del fallo pronunciado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativo a la negativa francesa de conceder la adopción a una mujer lesbiana, y que fuera analizado en el capítulo anterior, específicamente en el apartado 3.2.¹⁷¹

Ahora bien, yendo un poco más allá, ¿podemos entender que la prohibición de discriminar en razón del sexo, contemplada en los instrumentos internacionales de derechos humanos, pueda extenderse a la orientación sexual? El artículo 2º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos señala que “*toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión...o cualquier otra condición social*” y el 7º prescribe que “*todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación*”. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reitera estas afirmaciones en sus artículos 2.1 y 26.

Se ha pretendido que en estas disposiciones, que prohíben la discriminación en razón del sexo, se pueda incluir la discriminación por la orientación sexual. En consecuencia, la palabra sexo también comprendería la orientación sexual. Al respecto se consultó a la Comisión creada por el Pacto, quien en una Declaración señaló que el término sexo abarca también la orientación sexual. Pero las Declaraciones de las Comisiones no son vinculantes; es la opinión de personas encargadas de interpretar la Convención, que no obliga¹⁷².

A mayor abundamiento, y explorando en nuevos argumentos para fundar la inexistencia de discriminación, podemos sostener que la persona homosexual no constituye otro sexo, en la clasificación masculino-femenino que del género se hace. Sólo es un asunto de nomenclatura hablar de EL O LA homosexual. No podríamos utilizar la expresión “tercer sexo”. Éste simplemente no existe, y por ello, podemos afirmar, como consecuencia necesaria y directa, que no se configuraría la llamada discriminación en razón del sexo. Ésta se contempló en razón de la, por todos conocida, histórica discriminación realizada entre hombres y mujeres con ocasión del reconocimiento de ciertos derechos, acceso a determinadas actividades, etc.

¹⁷⁰ Caso citado en *Adopción y derechos de los Homosexuales*, MEDINA, G. Revista de la Comunidad Homosexual Argentina. Ob. Cit. p. 131.

¹⁷¹ Caso E.B. con Francia.

¹⁷² Ver GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, MARICRUZ. *Parejas Homosexuales. Su tratamiento en el Derecho Chileno*. Revista de Derecho Comparado. Rubinzal –Culzoni Editores. pp.28-29.

Pero no procede su extrapolación al asunto que nos convoca. Sólo basta con atender a la nomenclatura utilizada. Corrobora esta línea argumentativa el doctor Cristian SCHNAKE, al señalar lo que sigue: “Considerando que la persona humana sólo se encarna sexuada, vale decir, según lo masculino o lo femenino, la persona con tendencia homosexual es necesariamente hombre o mujer y esto se debe a que la identidad sexual está íntimamente unida a la identidad personal, biológicamente expresada, y que es masculina o femenina; no existe una tercera alternativa. De aquí se desprende que la homosexualidad no es en sí misma una condición del cuerpo, sino que guarda más bien relación con la personalidad, con el modo como la persona vive su condición de varón o mujer”¹⁷³.

Por tanto, y como concluye la profesora Maricruz GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, “los instrumentos internacionales de derechos humanos no otorgan una protección contra la discriminación por la orientación sexual, porque la prohibición en razón del sexo no puede extenderse a la orientación sexual”¹⁷⁴.

Ahora, ¿qué sucede con la expresión “*cualquier otra condición social*” recogida en los artículos citados del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos?

Creemos que ella no es aplicable a la materia en estudio pues si bien la homosexualidad posee una dimensión social, ello no basta para incluirla en esta categoría. Cuando este instrumento internacional utiliza la expresión “*cualquier otra condición social*” alude al status que una persona tiene para la sociedad y en el cual se desenvuelve, diciendo relación más con aspectos socio-económicos que con algo tan personal como lo es la alternativa sexual escogida. A mayor abundamiento, son muchas las personas que nunca llegan a exteriorizar socialmente su orientación homosexual, sencillamente porque ocultan su postura sexual o la mantienen en el anonimato. No podemos negar que estamos frente a una condición particular que es consecuencia de la libre opción sexual de una persona. En el caso de conceder la adopción a un(a) homosexual, supuesto que constituye precisamente nuestro objeto de conocimiento y discusión, estaríamos haciendo “pasar el deseo del solicitante por encima del interés del menor, que es la piedra angular de la adopción, como se ocupa de recordar la propia sentencia”¹⁷⁵.

¹⁷³ SCHNAKE, C. *El Rol del Pediatra en la Promoción del Desarrollo de la Identidad Sexual del Niño. Fundamentos Bioéticos de su Intervención*. Ob. Cit. p. 26.

¹⁷⁴ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, MARICRUZ. *Parejas Homosexuales. Su tratamiento en el Derecho Chileno*. Ob. Cit. pp. 28-29.

¹⁷⁵ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. *Las ventajas de ser lesbiana*. Publicación en línea. <http://www.aceprensa.com/articulos/2008/jan/30/las-ventajas-de-ser-lesbiana/> Ob. Cit. Al comentar Sentencia del TEDH de 22 de enero de 2008, caso E.B. con Francia.

Así las cosas, muchos de los argumentos que se han esgrimido por la comunidad homosexual mundial caerían al estar cimentados en un error conceptual, o simplemente lingüístico. Además, lo que se alega es una discriminación arbitraria, y “en el cimiento de la arbitrariedad se encuentra, como dato insoslayable, el trato diferente de una situación igual”.¹⁷⁶ En la especie, no existe una situación igual. No es igual una pareja de hecho a una conyugal. Más aún, y en estrecha relación con el objeto de nuestro estudio, no es lo mismo una pareja heterosexual a una homosexual. ¿Por qué? Debido, simplemente, a que la unión entre un hombre y una mujer presenta características tanto estructurales como funcionales que la diferencian de la unión entre dos hombres o dos mujeres. La relevancia de estas diferencias constituye la causa justificadora para utilizar denominaciones distintas que permitan su identificación y un tratamiento jurídico diferenciado, no suponiendo ambas cosas una consideración peyorativa de las uniones homosexuales. Referente a este aspecto, el profesor español Carlos MARTÍNEZ de AGUIRRE ALDAZ¹⁷⁷ señala cuáles son estas diferencias.

“1. La primera, y más elemental, deriva de la propia estructura de las uniones respectivas: hombre-mujer en un caso, y hombre-hombre o mujer-mujer en otro. Esto, que raya en lo obvio, revela su importancia cuando se relaciona con las consecuencias (biológicas y sociales) de la complementariedad de los sexos y de la existencia de relaciones sexuales entre los componentes de la pareja. En el caso de las uniones heterosexuales, la complementariedad de los sexos permite que las relaciones sexuales entre hombre y mujer desemboquen en el nacimiento de nuevos seres humanos, de nuevos ciudadanos, lo que dota a las uniones que tienen esa eficacia característica de un peculiar e intenso valor social, frente a las uniones que, estructuralmente (no, por tanto, coyuntural o patológicamente) no pueden dar lugar al nacimiento de nuevos ciudadanos, la relevancia social de estas últimas es, por ello, mucho más limitada...Esto es así aunque, como ocurre en nuestro Derecho, la procreación ya ha dejado de ser finalidad institucional del matrimonio civil, porque sociológicamente la eficacia procreadora de las uniones heterosexuales (y más en concreto, de los matrimonios) sigue siendo evidente, mientras que esa eficacia(derivada sin más de la unión sexual entre un hombre y una mujer) está ausente por completo de las uniones entre personas del mismo sexo”¹⁷⁸.

¹⁷⁶ MIZRAHI, M. *Homosexualismo y Transexualismo*. Ob. Cit. p. 29.

¹⁷⁷

¹⁷⁸ MARTÍNEZ de AGUIRRE ALDAZ, C. *Constitución, Derecho al Matrimonio y Uniones entre personas del mismo sexo*. Instituto de Ciencias para la Familia. U. de Navarra. Rialp. 2007. pp. 45-46.

Este profesor continúa su exposición advirtiendo que “hay aún otras diferencias relevantes entre las uniones heterosexuales y las homosexuales. En efecto, los datos de que disponemos demuestran, de forma más que suficiente: en primer lugar, que las uniones entre personas del mismo sexo son muchísimo más inestables que los matrimonios: así, en España, la primera encuesta nacional sobre hábitos sexuales del colectivo gay, publicada en 2002, y patrocinada por la Federación Estatal de Lesbianas y Gays, señala, entre sus conclusiones más relevantes, que un varón homosexual tiene relaciones con 39 personas distintas, como media, a lo largo de su vida; que el 58% de las parejas de gays españoles lleva más de un año de relación, pero que sólo el 27% lleva más de cinco años, y que únicamente el 20% vive en pareja. En el mismo sentido, estudios realizados en Holanda concluyen que la duración media de una relación estable homosexual es de un año y medio; a su vez, investigaciones desarrolladas en Suecia y Noruega muestran que el riesgo de ruptura es significativamente mayor en las parejas homosexuales registradas (cuyos efectos en los ordenamientos sueco y noruego son los mismos que los del matrimonio) que en los matrimonios: la probabilidad de ruptura en parejas de gays es un 35% más alta que la de los matrimonios, y en las lesbianas es el triple¹⁷⁹. Por su parte, en los Estados Unidos, mientras que más del 65% de los matrimonios alcanzan una duración de 10 años, sólo el 15 % de las uniones homosexuales llegan a superar los 11 años de duración. Este altísimo grado de inestabilidad puede ser especialmente relevante, por ejemplo, a efectos de decidir acerca de la adopción conjunta por parejas homosexuales, y permite también explicar la resistencia a institucionalizar su relación, ya sea como pareja de hecho, ya como matrimonio, a la que me he referido más arriba.

En segundo lugar demuestra que, de acuerdo con datos provenientes de USA, los índices de fidelidad a su pareja son muy superiores entre los cónyuges heterosexuales (en torno al 80%) que entre los varones homosexuales (en torno al 5%).

¹⁷⁹ ANDERSON, NOACK, SEIERSTAD y WEEDON-FEKJAER, *Divorce-risk Patterns in same-Sex marriages in Norway and Sweden*. Información disponible en <http://paa2004.princeton.edu/abstractViewer.asp?submissionId=40208>. Citado en MARTÍNEZ de AGUIRRE ALDAZ, C. *Constitución, Derecho al Matrimonio y Uniones entre personas del mismo sexo*. Ob. Cit. p. 48.

Con estos datos no se trata de introducir juicios de valor acerca de las uniones homosexuales, ni de calificarlas como mejores o peores, sino simplemente de describir cómo es el modelo de relaciones al que responden, y de justificar que ese modelo de relaciones es muy diferente al de las uniones formadas por personas de distinto sexo, y más concretamente al del matrimonio heterosexual. La relevancia de estos datos a efectos del juicio de constitucionalidad deriva exclusivamente del hecho de que permiten justificar la existencia de diferencias socialmente relevantes entre las uniones entre personas del mismo sexo, y los matrimonios heterosexuales, y demuestran por tanto que las diferencias de denominación y de régimen jurídico no son arbitrarias, sino que responden al hecho de que se trata de dos fenómenos bien distintos, en su estructura, en sus consecuencias, y en la dinámica a que responde su relación”¹⁸⁰.

Ahora bien, ¿Por qué no habría discriminación? Porque la ley N° 19.620, en sus artículos 20 y 21 señala quiénes pueden adoptar, distinguiendo, a grandes rasgos, entre personas casadas y solteras, estableciendo una especie de prelación, priorizando naturalmente a los cónyuges. En este sentido, no se permite adoptar a parejas de hecho. Y precisamente este es un argumento sólido para negar la existencia de discriminación arbitraria, tratándose por lo menos de parejas homosexuales. Claro, pues se les prohíbe adoptar no por un capricho, sino porque la ley exige el vínculo matrimonial, el que no se contempla en nuestro ordenamiento jurídico. Y así como no se les permite adoptar a la parejas de hecho, por más que estén consolidadas en su relación afectiva, tampoco se les permite a las parejas del mismo sexo. Ergo, al existir una situación diferente, existirá también un trato diferente, sin incurrir en discriminación.

Ahora, si en virtud de una reforma legal se permitiera la adopción conjunta a parejas de hecho, ¿debería entenderse que pueden hacerlo los homosexuales? No necesariamente-respondemos-pero debemos reconocer que ya no podría utilizarse el argumento edificado sobre la inexistencia de norma.

Colocándonos en el caso de la persona homosexual que pretende adoptar en forma individual, no es menor el hecho que ésta trae consigo todo un mundo que la rodea. En ese mundo, que es su mundo, probablemente encontremos a su pareja homosexual conviviente. No tenemos cómo comprobarlo. Pero coloquémonos en el supuesto que en el procedimiento de adopción una mujer manifiesta abiertamente que vive y comparte muchas experiencias con su pareja lesbiana, desde hace 3 años.

¹⁸⁰ MARTÍNEZ de AGUIRRE ALDAZ, C. *Constitución, Derecho al Matrimonio y Uniones entre personas del mismo sexo*. Instituto de Ciencias para la Familia. U. de Navarra. Rialp. 2007. pp. 48-50.

Al ser evaluada física, mental, psicológica, y moralmente, resulta ser idónea para la adopción. Es incorporada al Registro de Adoptantes que maneja el SENAME, o alguno de los organismos acreditados ante éste. Si bien a simple vista todo parece concordante y favorable a sus pretensiones, muy legítimas por cierto, esta persona ¿podría adoptar sin infringir la ley N° 19.620? o, ¿estaríamos frente a una contravención legal evidente?

Para dar respuesta coherente a estas interrogantes debemos examinar el espíritu de la ley. ¿Qué es lo que persiguió el legislador al construir una ley de adopción?

Examinando la Ley N° 19.620, nos encontramos con principios como el consagrado en el artículo 1° que prescribe categóricamente que “*la adopción tiene por objeto velar por el interés superior del adoptado*”. Se trata del analizado Interés Superior del Niño. Siguiendo con la misma disposición legal, leemos que la adopción también tiene por objeto “*amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde el afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales*”. Estamos frente a una clara concreción y especificación del mencionado Interés Superior del Niño.

Por su parte, el artículo 7° nos revela el carácter de la familia que el legislador tenía en mente al momento de edificar este cuerpo legal, y en la cual se instalaría la vida de un niño. El calificativo con que la reviste es responsable. Entendemos por tal, en el marco de la adopción, a aquella comunidad de personas plenamente conscientes de su rol, y de la trascendencia del mismo en la vida de otras personas, esmerándose fielmente en cumplirlo, así como en procurar y mantener relaciones armoniosas de comunicación y afecto entre todos los miembros del núcleo, contribuyendo así a la formación de individuos sanos y equilibrados.

Así, nuestro cuestionamiento se encausa de la siguiente manera: ¿Constituye una comunidad integrada por un padre o madre homosexual¹⁸¹, y su respectiva pareja de hecho, una familia responsable? ¿Se puede dibujar en ella el seno que servirá de soporte a las necesidades emocionales y espirituales de un niño?

Y es que este ejercicio va un poco más allá de concluir tajantemente que el legislador se limitó, lisa y llanamente, al concepto tradicional de familia, conformado por padre y madre. Estas interrogantes se condicen con la intención de esta memoria, cual es, desentrañar el modelo de familia necesario para el pleno desarrollo de un menor adoptado, y en particular, verificar si una persona (y su respectiva pareja) homosexual califica en tal sentido.

¹⁸¹ El (la) mismo(a) que en el supuesto base de este trabajo postulará individualmente a la adopción.

Extendiéndonos un poco más, “el esfuerzo de probar que la homosexualidad tiene un origen biológico es un intento asociado a derivar de lo que es natural (homosexualidad genética) una conclusión normativa. Si la homosexualidad tiene un origen biológico, no depende de la voluntad de la persona homosexual y por lo tanto no puede castigársela o discriminársela por ello. Es como la raza o como la ilegitimidad en la filiación. En este argumento la idea de lo natural como lo innato se mezcla con la noción de lo natural como algo que no puede cambiarse y también con lo natural como algo que el derecho debe reconocer. Si se discrimina al homosexual se estaría haciendo una discriminación basada en el status de una persona, del cual no es responsable”¹⁸².

Pero, ¿qué entendemos por discriminación?

Sólo basta recordar lo que ya se ha dicho. Trato distinto frente a una situación idéntica. Habría discriminación cuando se conculcan los legítimos derechos del homosexual (por el hecho de ser persona).

Cosa distinta ocurre al no permitírsele a una persona contraer matrimonio con otra del mismo sexo, o acceder a la adopción de niños. Somos de la idea de que en estas circunstancias no se les discrimina pues en el primer caso se les restringe esa posibilidad por el hecho de no cumplirse con la exigencia legal y, por cierto, requisito de existencia del matrimonio, cual es, la diferencia de sexo de quienes lo contraen, y que, a su vez, obedece a toda una concepción de la institución matrimonial. En el segundo caso, y que constituye el objeto medular de esta memoria, no existiría discriminación por no configurarse el presupuesto básico recientemente mencionado, cual es, condición igual-trato diferente. En este apartado nos remitimos a lo expuesto al explicar por qué estamos ante una situación disímil¹⁸³.

“Una diferenciación es discriminatoria si carece de justificación objetiva y razonable, es decir, si no persigue un fin legítimo o si carece de una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido”¹⁸⁴. En la especie, el fin que se persigue es demasiado sublime, considerando el significado de la institución adopción. Se trata del derecho de un niño a ser adoptado, esto es, ser insertado e integrado en un hogar que cubrirá sus necesidades materiales y espirituales que su familia de origen no pudo satisfacer.

¹⁸² UNDURRAGA VALDÉS, V. *Cultura y Diversidad de Formas de Vida: La Homosexualidad*. Ob. Cit. p.5.

¹⁸³ Apartado N° 3.2. de este mismo capítulo.

Se trata del derecho del niño a tener (incluso adquirir) un estado civil, cual es el de hijo. Se trata en definitiva, del derecho de un niño a que su filiación quede determinada. Por tanto, las personas que participarán en la nueva vida del adoptado deben ser aquellas que con sus características, historias y estilos de vida, sepan responder a la altura del privilegio y la responsabilidad a los que se enfrentan.

Debemos recordar que una de las características naturales (mas no “esenciales”) de la discriminación es que ésta es irracional, porque carece de fundamentos objetivos. “En cambio, la diferenciación tiene como base, precisamente, las diversidades fácticas que los propios homosexuales conocen e invocan”¹⁸⁵.

Ahora bien, el asunto que nos compete es un poco más difícil, pues el (la) postulante homosexual del supuesto fáctico de este trabajo y que concurre de manera individual, aparentemente estaría también incluida en esta especie de prelación legal ya mencionada. La dificultad aparece al concebir la posibilidad que esta persona postule en representación de sí, y de su pareja. Más allá de la intención que le sirve de móvil, puede ser que acuda a esta forma individual de postulación porque claramente conoce las disposiciones legales que le impiden acceder conjuntamente con su pareja (de hecho, en Chile no se admite el matrimonio entre personas del mismo sexo). Pero tampoco omite su relación homosexual. Es más, consciente de un tan común vacío legal, cual es, la falta de regulación específica de esta posibilidad de adopción, invoca su derecho a adoptar, ya que la ley no se lo prohíbe.

Insistimos: para resolver una situación así, que probablemente se presente en la práctica, es menester escudriñar el espíritu de la legislación.

Como ha señalado la profesora Astrid SCHUDECK¹⁸⁶, en esa línea se vuelve indispensable determinar en concreto el interés superior del niño. Para ello se requiere efectuar un doble análisis:

1. Precisar lo que significa “decidir” en función del interés del niño, intentando fijar al máximo los límites de este concepto jurídico indeterminado.

¹⁸⁴ CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, Case of Willis v. The United Kingdom, Judgement, June 11, 2002, p.39. En GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, MARICRUZ. *El Sistema Filiativo Chileno*. Ob. Cit. p. 36.

¹⁸⁵ VEGA MERE, Y. *La eclosión de las legislaciones protectoras de las uniones homosexuales*. Ob. Cit. p.265.

¹⁸⁶ SCHUDECK, A. *El Interés Superior del Niño*. Ob. Cit. p. 17.

Esto supone el respeto de sus derechos fundamentales (en un sentido activo y pasivo), con un valor agregado, cual es, garantizar el libre desarrollo de su personalidad, lo que conduce, a su vez, al deber de respetar su autonomía actual y futura.

2. Comprobar lo que más conviene al niño involucrado en el conflicto, es decir, determinar de qué manera se satisface plenamente su derecho. Para ello no existe una fórmula universal con la que se determine lo que más conviene a un niño en particular, si consideramos que su personalidad es única. De esta manera se advierte nítidamente que, en muchos casos, el interés del menor debe determinarse en concreto, tomándose en cuenta la situación específica en la que nos encontremos y, en especial, la particularidad del niño.

Pero este razonamiento no puede oponerse a las conclusiones extraídas de los ya analizados antecedentes psicológicos y psiquiátricos relativos a la homosexualidad en sí, y, como se verá prontamente, a los efectos que genera en un niño adoptado el ser criado en un ambiente homosexual. Si bien el interés superior del niño se determina caso a caso, existen criterios que necesariamente deben ser atendidos para esta determinación *in concreto*, con lo cual se evitará el riesgo de entregar una decisión tan trascendental sólo a la opinión que el caso particular merezca al juzgador.

En la práctica el o la magistrado, en el supuesto específico que le toque decidir, deberá valorar si esta persona se encuentra apta y en condiciones de satisfacer los requerimientos que apunten a garantizar el pleno e integral desarrollo del niño; es decir, la labor consistirá en seleccionar a quien pueda ofrecer mayores garantías para el cumplimiento de las funciones que al adulto adoptante se le han de asignar. En ese análisis tan serio no se pueden soslayar los estudios que respecto a la materia existen. Sólo basta recordar que uno de los componentes de la sana crítica, por la que debe regirse el Tribunal de Familia competente al tramitarse una solicitud de adopción, está constituido justamente por los conocimientos científicamente afianzados.

Algunos sostienen que esta decisión no puede basarse únicamente en la orientación sexual de la persona en cuestión, sino que debe asumirse en conjunción con importantes estándares elaborados por la doctrina y jurisprudencia. Así, en cada asunto el juez debe detenerse para analizar la “conveniencia concreta”, efectuando una consideración específica del caso. Claramente todo esto apunta hacia un no rechazo a la idea que los homosexuales, por ese sólo hecho, puedan adoptar, o tener el cuidado personal de sus hijos. Estas apreciaciones pueden tener una aprobación general.

Pero, al considerar como estándar relevante el principio de estabilidad o de continuidad, vinculado necesariamente a las relaciones que se generan entre homosexuales, las cuales en un alto porcentaje carecen de las mismas, y por lo tanto, afectan la relación con el niño, ya no parece ser tan descabellado o discriminatorio el colocar cortapisas a quienes presentan una inclinación homosexual. Algunos preguntarán qué pasaría si una relación entre personas homosexuales en concreto es estable. Frente a eso, nuestra respuesta no se deja esperar: ¿Cómo saberlo? Más aún, ¿cómo asegurarlo? ¿A través del respectivo examen de idoneidad practicado por el SENAME? La cuestión es compleja y presenta muchas aristas. No olvidemos que estamos frente a un asunto cuya incorporación a la legislación se discute y que, en su caso, será de aplicación general.

A modo ejemplar, en el caso de un niño que conviva con una pareja homosexual, jugará un papel primordial, a manera de extensión de los principios mencionados, la aplicación oportuna de éstos por parte del tribunal para evitar un quiebre traumático. Esto halla su explicación en que si bien no comulgamos con la compatibilidad entre adopción y homosexualidad, si en la práctica, ya sea una pareja o un individuo homosexuales que participan en la crianza de un niño, postulan como adoptante(s), en el caso que se les niegue el cuidado del mismo, y por el bien del niño, el proceso de estabilización y readecuación debe ser gradual. Así se preservará la necesaria continuidad afectiva, espacial y social del niño.

Nos parece pertinente recoger aquí lo que ocurre en el Derecho Inglés. La Law Comision, que participó en la preparación de la Children Act de 1989, elaboró una lista de criterios que apuntan a lo que debe considerar el juez al momento de pronunciarse sobre la conveniencia de un niño, sin referirse a situaciones concretas y sin dar una solución única. Sólo se pretende guiar a jueces y abogados, y fijar criterios que impidan una absoluta discrecionalidad. Tales son:

- a) Los deseos y sentimientos del niño (considerados a la luz de su edad y discernimiento).
- b) Sus necesidades físicas, educativas y emocionales.
- c) El efecto probable de cualquier cambio de situación.
- d) Su edad, sexo, ambiente y cualquier otra característica suya que el tribunal considere relevante.
- e) Algún daño sufrido o riesgo de sufrirlo.

- f) Capacidad de cada progenitor, o de la persona tomada en consideración, para satisfacer sus necesidades¹⁸⁷.

Buscando aún más profundo entre los argumentos utilizados, y aunque dejáramos de lado todas las elaboraciones precedentes, llegamos al siguiente planteamiento: ¿Tiene la sociedad el derecho de privar al niño de su vivencia en la heterosexualidad? Muy útil resultará recordar los casos hipotéticos planteados en el curso de este trabajo¹⁸⁸. No obstante la diversidad de hipótesis a configurarse, la pregunta los considera a todos. ¿Es lícito introducir al niño a un modelo parental “discriminatorio” al estar excluyendo al otro, esto es, aquél que presenta como elemento sustancial la diferencia de sexos? Percatémonos de la traslación respecto de la figura “discriminación”, la que siempre se ha utilizado por los homosexuales en la defensa de sus derechos. Hoy se le cita para cuestionar, y derechamente negar una eventual prerrogativa de los mismos en relación con la posibilidad de adoptar niños. Rotundamente estimamos que importa una decisión de marcada responsabilidad el insertar a un niño en una situación desigual, imponiéndole sin remedio la pesada carga de tener que confrontarse con un mundo que, por más disimetrías observables, está aún hoy caracterizado por un protagonismo indiscutible de la pareja heterosexual.

Entonces, se podría afirmar que de existir discriminación, se trataría de una arbitraria con respecto al niño adoptado, ya que de ser adoptado por homosexuales, se le obligaría y condicionaría a una situación tremendamente compleja. Esto, pues todos sabemos que los niños que suelen estar en situación de ser adoptados, en su mayoría, son los que han sido abandonados por sus padres, lo que ya es una situación dramática y dolorosa. Exponerlos a una confusión aún mayor, entregándolos, por ejemplo, a parejas homosexuales, que por mucho amor que puedan darles, imposibilitan su desarrollo psicológico normal al constituirse en figuras parentales, sería una gran equivocación. El Estado, a través de los distintos mecanismos con los que está revestido, es el llamado a suplir las falencias de estos niños, acercándolos a una situación lo más parecida posible a la familia en la que estarían insertos si no fueran considerados susceptibles de adopción.

¹⁸⁷ Citados y comentados por RIVERO HERNÁNDEZ, F. Citado en SCHUDECK, A. *El Interés Superior del Niño*. Ob. cit., pp.65-67.

¹⁸⁸ Apartado N° 1 del capítulo IV.

Ahora, que quede claro a todas luces: no basamos esta argumentación en un temor a que el niño, por ejemplo, sea molestado por sus compañeros de colegio por vivir con dos papás o dos mamás, ya que las decisiones jurídicas no pueden tomarse sobre la base de prejuicios, ni temores infundados. Éste no puede ser el sustento sobre el cual se levante una construcción judicial. En esta línea, una sentencia de la Corte de Apelaciones de Ohio, Estados Unidos de América, afirmó que un Tribunal debe descartar el impacto adverso sobre el niño que deriva de la reprobación social de la orientación sexual de los padres¹⁸⁹. De hecho, “probablemente nunca antes los homosexuales habían sido tan aceptados y respetados como en la actualidad. Hoy en día reconocer la homosexualidad se ha convertido en un acto sin connotaciones de estigmatización que anteriormente sí determinaba el etiquetaje negativo del individuo y su aislamiento del grupo social. Se acepta la homosexualidad o al menos no está bien visto criticar a los homosexuales por su propia condición”¹⁹⁰.

3.3. ¿Se está creando, a priori, un riesgo para el niño?

Justamente la respuesta a esta interrogante servirá de sustento a la postura que adoptaremos. Y es que la valoración de las condiciones de acogida en el plano familiar, educativo y psicológico concede a la justicia un margen de maniobra idóneo para realizar una selección de los candidatos a adopción fundamentada, no a priori en su orientación sexual, sino en las consecuencias que en el niño podría generar el estilo de vida y comportamiento de los adoptantes, conservando el supremo interés del mismo. Entonces, la pregunta debe enfocarse correctamente. Y es lo que precisamente intentamos. La cuestión no radica en si la homosexualidad es a priori un riesgo para una familia, y, en general, para la sociedad, sino en el riesgo que implica específicamente para un niño (adoptado) ser criado por una persona o una pareja homosexual.

¹⁸⁹ Ohio Court of Appeals for the Fourth Appellate, 16/6/97, “Inscoc v. Inscoc”, citado por WAGMAISTER-BEKERMAN, *Homosexualidad y tenencia de hijos: criterios de decisión*, LL, 2004-B-419.

¹⁹⁰ FRÍAS NAVARRO, M.D.; PASCUAL LLOBELL, J.; MONTERDE i BORT, H. *Familia y Diversidad: Hijos de padres Homosexuales*. IV Congreso Virtual de Psiquiatría. Universidad de Valencia. Publicación en línea. http://www.felgt.org/_felgt/archivos/140_es_familia . Última Visita:20-07-2008.

En esta sede cobra plena aplicación el aforismo “ante la duda, abstente”. Si se ha logrado acreditar fehacientemente (y no sobre la base de meros prejuicios) que la homosexualidad no es una condición innata, ni mucho menos normal, sino el resultado consumado de una serie de factores, como los ya analizados, con ello también surge el temor fundado al riesgo que significaría para una persona carente de modelos paternal y maternal continuar su formación (deteriorada, por cierto) en medio de un ambiente que sigue sin ofrecerle justamente lo que el niño requiere, y que ha sido el motivo para declararlo susceptible de adopción. Lógicamente, si la legislación y la sociedad misma han establecido un orden de prelación en lo que a postulantes respecta, y en la práctica son muchas las parejas conyugales que se encuentran actualmente en “listas de espera”, sería contra todo sentido y criterio admitir a una persona homosexual individualmente en el registro de adoptantes, desplazando en un peldaño a otra familia. Todo esto, por cierto, considerando además la poca factibilidad de este supuesto.

Debemos aclarar que este interés del niño es uno valorado o apreciado *in abstracto*; nunca *in concreto*, caso a caso. Ahora, lo que se efectúa *in concreto* es la determinación, según se ha planteado, y como se mencionará al analizar el principio del interés superior del niño, con lo cual se debería elaborar un estudio caso a caso, ya que existen homosexuales que cumplirían con los requisitos de atención y cuidado que la crianza les demanda. Pero pese a esta posibilidad, frente a la cual no podemos cegarnos, el principio trascendente se conserva intacto: no puede ser de interés para el niño su adopción por una persona que se declara homosexual. En otros términos: una decisión así no tiene como prioridad el interés del niño.

Esto encuentra su razón de ser en el principio del biparentesco y la dimensión simbólica de la filiación basada en la diferencia de sexo, lo cual impone límites al ejercicio del “derecho a la adopción”. Principios a los cuales, valga el recordatorio, adhieren nuestra legislación y judicatura.

Desde otra perspectiva, la reserva del matrimonio, de la adopción e incluso de la procreación asistida a la pareja heterosexual, está dirigida a prevenir el riesgo de que se produzca una gran “desimbolización” del orden social, al operarse la eliminación de la diferencia sexual.

Nos unimos a LEGENDERE cuando afirma que “el Estado democrático moderno debe imponer a sus miembros un orden simbólico, cuya función consistiría en salvaguardar las referencias diferenciadas del hombre y la mujer, respectivamente. Tal cometido parece atinado mientras el padre y la madre continúen siendo las imágenes fundantes de la sociedad”¹⁹¹.

Las contestaciones no se dejan esperar, sobre todo las que encuentran su argumentación en el hecho que la referencia al orden mencionado puede ser discutida, y que el psicoanálisis no debe segarse con los vapores de lo simbólico.

Por su lado, llegan las réplicas, que, recurriendo a elementos más de índole sensible que otra cosa, sostienen que el matrimonio homosexual (y las consecuentes implicancias que esto lleva aparejado) convierte a la familia en parodia y que su postulación comporta una suerte de revolución cultural destinada a disolver lo poco que resta de los valores establecidos, desacreditándolos. Algunos, incluso, han dicho que esto es consecuencia, lisa y llanamente, del progresismo, únicamente preocupado por atender a las minorías que en definitiva conculcan el orden cultural establecido.

En definitiva, la resolución del tema no puede soslayar los intereses de la “humanidad en ascenso”, como se podría llamar a los niños de hoy. Y son precisamente estos intereses los que trazarán los límites a los derechos de autonomía, realización personal e intimidad de los adultos.

Se abre entonces un gran debate en la sociedad marcado por elementos propios y conclusiones de la psicología, el psicoanálisis, la psiquiatría, la sociología, la antropología, etc. En este contexto señala CARBONNIER que “el enigma que nos plantea la homosexualidad es más cultural -en el amplio sentido de la expresión- que estrictamente jurídico; tendrá que ser decidido, en primer lugar, en otras disciplinas; en el *no derecho*”¹⁹².

Cabe formularnos este interrogante: ¿Está habilitada la pareja compuesta por personas homosexuales para dar nacimiento a una familia? Y utilizamos la voz “familia”, pues justamente es la invocada por el mundo homosexual al reclamar se les reconozca que sus uniones y descendencia sean considerados como tal.

La Declaración Universal de Derechos Humanos prescribe en su artículo 16 inciso 1º, que “*los hombres y las mujeres... tienen derecho... a casarse y fundar una familia*”.

¹⁹¹ LEGENDRE, P. *L'inevitable objet de la transmission*, citado por ROUDINESCO, *La Familia en desorden*, p.209. Citado en MIZRAHI, M. *Homosexualidad y Transexualismo*. Ob. Cit. p. 39.

¹⁹² Citado por MALAURIE, P. *Cours de droit civil. La famille*, nº 21, p. 28. Citado en MIZRAHI, M. *Homosexualidad y Transexualismo*. Ob. Cit. p. 42.

Por otra parte, el artículo 17, inciso 2º del Pacto de San José de Costa Rica consagra el reconocimiento del derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia.

Luego de mencionar algunas de las razones que justifican la improcedencia de la adopción por parte de parejas del mismo sexo, será interesante complementar brevemente esta lista con los fundamentos presentados por alguna JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA NACIONAL E INTERNACIONAL.

Advertimos que los la mayoría de los ordenamientos jurídicos manifiesta su rechazo a la idea de que un homosexual adopte a un niño de diversas formas. En algunas circunstancias la legislación expresamente lo prohíbe; en otras existen políticas públicas que lo desalientan y, en la mayor parte, son los jueces a quienes se les ha encomendado resolver la petición los que manifiestan su negativa. La razón principal del rechazo radica en la presunción respecto a que el niño no gozará de un ambiente normal; que el homosexual podrá pervertirlo o, simplemente, contaminarlo con sus inclinaciones.

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

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

El mejor interés del niño guía la concesión de una adopción. Los tribunales evalúan varios factores cuando deben decidir qué es lo mejor para el menor, y la orientación sexual del solicitante es uno de esos factores determinantes, que también toman en cuenta los legisladores¹⁹³.

Así, la Jurisprudencia Francesa considera que no es beneficiosa para el niño, por los riesgos importantes para el florecimiento o la vida en plenitud de ese niño. Se ha dicho que a pesar de las cualidades humanas y educativas seguras, el interesado no presenta las garantías suficientes en el plano familiar, educativo y psicológico para albergar un hijo adoptivo¹⁹⁴.

¹⁹³ MEDINA, G. *Uniones de Hecho. Homosexuales*. Ob. Cit. p. 272.

¹⁹⁴ Consejo de Estado, 9 de octubre de 1996. Citado en CADORET, A. *Padres como los demás. Homosexualidad y Parentesco*. Ob. Cit. p. 100.

Luego, parte de la doctrina brasileña también se ha pronunciado. La gran duda siempre suscitada como fundamento para no aceptarse la adopción, ora individualmente, ora por una pareja homosexual, está centrada en preocupaciones relativas al sano desarrollo del niño. Se cuestiona si la ausencia de diferenciación sexual podría eventualmente confundir la propia identidad de género del menor, con el riesgo de devenir homosexual. También produce aprensión la posibilidad de que sea objeto de repudio en el medio que frecuenta, o víctima de escarnio por parte de compañeros y vecinos lo que, de manera general, le podría acarrear perturbaciones de orden psíquico.¹⁹⁵

La ya citada profesora argentina Graciela Medina comenta: “el objeto de la adopción es brindarle al adoptado la posibilidad de crecer en un ámbito familiar que sustituya al biológico...Obviamente, la mejor forma de lograrlo es a partir de la inserción del menor en una familia basada en la unión estable de dos personas que representen las figuras materno-paterna que todo niño necesita para un buen desarrollo. Entendemos que un hogar conformado por un padre y una madre con el viso de continuidad temporal que cabe presumir de un matrimonio legalmente constituido constituye el mejor ámbito de contención y afecto para que el niño pueda desarrollarse plenamente. Es que la adopción procura la formación material y moral de seres humanos que sean útiles para sí y para los demás, de allí que el menor debe recibir una formación moral y la moral no se enseña sólo con palabras, sino con el ejemplo vivo y constante; por tal razón, la eficacia de la institución dependerá del aseguramiento de los aspectos señalados... pues la ley debe tratar de preservar el normal desarrollo ulterior del grupo familiar”¹⁹⁶.

Para finalizar, CORRAL TALCIANI afirma que “parece incuestionable que, ya no sólo por su inestabilidad jurídica, sino por la confusión de las figuras paterna y materna, la unión de personas del mismo sexo no puede ser considerada un hogar idóneo para la crianza y educación de un menor. Por otro lado, la unión homosexual se aparta radicalmente del concepto de familia de raíz cristiana, y que es el recogido en nuestro ordenamiento constitucional. Tampoco se aviene con la noción de familia de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. No puede alegarse que al no aceptar la pareja homosexual como posibles adoptantes se incurriría en una discriminación arbitraria”.¹⁹⁷

¹⁹⁵ DIAS, M.B. *Uniones Homoafectivas, Informe de Brasil*. Ob Cit. p. 18.

¹⁹⁶ MEDINA, G. *Las Uniones de Hecho Homosexuales frente al Derecho Argentino*. Ob. Cit. p.115, 120.

¹⁹⁷ CORRAL TALCIANI, H. *Adopción y Filiación Adoptiva*. Ob. Cit. p. 209.

Así, y a modo de ejemplo, la Convención sobre los Derechos del niño nos señala en sus artículos 7 y 8, respectivamente, que *“El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”* y que *“Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”*. Además, su artículo 9 prescribe que *“Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos...”* ello con ciertas y determinadas salvedades expresadas en la misma norma. Con estas alusiones se pretende recalcar la importancia que este instrumento internacional otorga a la familia que contempla a ambos padres, cuyo supuesto básico es la relación heterosexual entre dos personas, contando con su presencia al referirse a ella.

Y aquí aparece con mucha fuerza el español MARTÍNEZ DE AGUIRRE, al apuntar que no es cuestión de igualdad sino de idoneidad para adoptar considerando el interés primordial del menor y no las aspiraciones o deseos de autosatisfacción de los adoptantes. La pregunta a formular no debe ser por qué se niega a una pareja homosexual el derecho a tener hijos comunes (lo cual, por cierto, se lo niega la naturaleza, a todas las parejas homosexuales), sino la de si es lo mejor para un niño ser adoptado por una pareja homosexual, o aun, si es bueno ser adoptado por una pareja homosexual.¹⁹⁸

3.4. Manifestaciones Concretas del Interés Superior del Niño

Sin lugar a duda alguna, he aquí la razón más contundente para negar lugar a la petición de un homosexual que postula individualmente a la adopción de niños.

Sin embargo no todo parece ser tan unívoco en la doctrina jurídica y social. De hecho, algunos autores han tratado de desnudar la idea de que el interés del niño sea el primer motivo para negarle el “derecho a la adopción” a los homosexuales. Para ellos la homofobia es la gran causante de muchas de las creaciones legislativas y de las decisiones judiciales que les prohíben a los homosexuales acceder a un niño mediante la adopción.

No comulgamos con esta percepción e interpretación de la realidad.

¹⁹⁸ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. “La Adopción, entre los derechos del adoptado y los deseos de los adoptantes”, en Polaino, A.; Sobrino Morrás, AA; Rodríguez Sedano (edits.), *Adopción. Aspectos psicopedagógicos y marco jurídico*, Ariel, Barcelona, 2001, pp.177-193.

A continuación incorporamos como manifestaciones fácticas y concretas del ya tratado principio “supremo interés del niño”, ciertas realidades que han sido verificadas por los estudios psicológicos.

Con ello se intenta respaldar firmemente, desde una perspectiva positiva, las razones para la negativa recientemente aducida.

3.4.1. Un niño requiere de padre y madre

Comenzamos este acápite recordando todo lo señalado en el apartado N° 2 de este capítulo respecto a las diferencias claras entre hombre y mujer, y cómo ellas son determinantes en el rol que ambos ocupan en la formación del niño, además de lo expuesto en el apartado N° 4 referente a las diferencias existentes entre una pareja heterosexual y una homosexual.

Pero como advirtiéramos recientemente no todo es unidad de visiones. Así, “la perspectiva de género que promueve Naciones Unidas es un nuevo modo de ver al ser humano reelaborando los conceptos de hombre y mujer, sus respectivas vocaciones en las familias y la sociedad, y la relación entre ambos. De este modo, sexualidad, matrimonio, vida y familia, no serán nunca más los mismos; las diferencias entre hombre y mujer responden a una estructura cultural, social, y no a condiciones biológicas. La sociedad inventa las diferencias entre los sexos; éstas no tienen un origen natural, y cada persona puede elegir ser heterosexual, homosexual, bisexual, o transexual”¹⁹⁹.

En este mismo sentido, el sociólogo italiano PIERPAOLO DONATI señala que “en el imaginario colectivo moderno, *masculino* y *femenino* se convierten en cuestión de gustos y preferencias subjetivas y, en consecuencia, la familia ya no necesita una diferenciación predefinida y estable entre hombre y mujer, sino podría existir una familia uni- gender, ya que el género, a diferencia del sexo biológico, es pensado como constructo social”²⁰⁰.

“Pero sabemos que en la realidad no es así, ya que es en la familia donde la distinción de género (en todo el sentido profundo del término) masculino y femenino ha encontrado su sentido simbólico y funcional primario; es ahí donde formamos nuestra identidad a partir de dinámicas simbólicas que no son meras representaciones artificiales y superficiales de lo masculino y

¹⁹⁹ AGUIRRE V., M. E. *Mujer, historia y feminismo, Femenidad y humanización de la cultura*, Instituto de Ciencias de la Familia, Universidad de los Andes, 2003.

²⁰⁰ DONATI, P. *Manual de Sociología de la Familia, Capítulo La familia como relación de género*. Editorial Eunsa. España, 2003.

femenino, sino por el contrario, no se puede ser ni hacer, ni estar en familia desde un género indiferenciado”²⁰¹.

Vale la pena insistir en que existe una distinción natural entre lo femenino y lo masculino, una diversidad biológica, psíquica, espiritual y *ontológica* entre hombre y mujer. Siguiendo esta línea de pensamiento, las dos funciones de maternidad y paternidad, que se fundan en (y provienen de) la femineidad y la masculinidad, tienen también un fundamento ontológico precisamente en los dos modos existenciales del ser humano, el ser mujer y el ser hombre.

El fundamento de esta sección se halla en argumentar positiva y favorablemente por una crianza compartida. Creemos que las razones que siguen tienen suficiente peso por sí solas para resolver certeramente el asunto que nos convoca. Y no sólo cuando estamos frente a un proceso de adopción, sino desde mucho antes.

En esta parte, nos apoyaremos en el trabajo realizado por el doctor GLENN T. STANTON²⁰², extrayendo algunas citas que éste registra.

La pregunta clave: ¿Por qué los niños necesitan el amor del padre y de la madre?

El interés en proveer un desarrollo infantil apropiado implica creer firmemente en la importancia de asegurar que los niños tengan un acceso diario a las maneras diferentes y complementarias en que los padres y las madres crían a sus hijos. Y es que las influencias sin igual que se encuentran en los diferentes estilos de crianza que utilizan el padre y la madre importan beneficios mayúsculos para el niño. De hecho, la mayor parte de la estima y aprecio que las madres y los padres transmiten a sus hijos radica en el hecho de que ellos son diferentes. Y al cooperar en conjunto, complementándose uno al otro en sus diferencias, ellos proveen aquellas cosas buenas que las parejas de un mismo sexo no pueden proveer.

La forma en que el padre cría a los hijos es explicada por el erudito en la crianza de los hijos, el doctor KYLE PRUETT de la Facultad de Medicina de Yale. El doctor Pruett dice que los padres son importantes simplemente porque ellos no hacen el trabajo de las madres.

“Los padres constituyen el mayor recurso no explotado en la vida de los estadounidenses”²⁰³. Justamente en esta diferencia radica la importancia del rol paterno.

²⁰¹ RODRÍGUEZ BARRIOS, L. *Identidad Sexual, lenguaje del cuerpo*. Instituto de Ciencias de la Familia, Universidad de los Andes. p. 3.

²⁰² STANTON, G. T. Publicación en línea. *¿Por qué los niños necesitan el amor del padre y de la madre? Enfoque a la Familia*. 2003. <http://psicoedu.wordpress.com>. Última visita: 14/4/2008.

De conocimiento público resulta ser que la paternidad es un fenómeno complicado y único, con consecuencias enormes para el desarrollo emocional e intelectual de los niños. Por un lado, el padre, como hombre, contribuye de forma única a la tarea de criar a los hijos, utilizando una forma propia, y distinta a la de una madre.

De la misma manera, la madre, como influencia femenina en la crianza de los hijos, tiene un impacto sin igual en la vida y el desarrollo de su hijo, tal como lo explica la doctor BRENDA HUNTER en su libro titulado: *The Power of Mother Love: Transforming Both Mother and Child (El poder del amor de una madre: transformando tanto a la madre como al hijo)*. “Erik Erikson explica que el amor del padre y de la madre son dos tipos de amor cualitativamente diferentes. El padre *ama más peligrosamente* porque su amor es más expectante, más instrumental que el amor de la madre”²⁰⁴.

“Desde el punto de vista del niño, la madre y el padre no son objetos sociales intercambiables, en cuanto a que las experiencias que la aportan una y otro son diferentes. Es muy probable que cuando una madre coge al niño sea para aportarle algún cuidado físico, mientras que en el caso del padre, un gran porcentaje del tiempo que pasa con su hijo lo invierte en actividades de juego”²⁰⁵.

Los siguientes ejemplos son algunas de las maneras más convincentes de cómo la participación de un padre y una madre marca una diferencia positiva en la vida de un niño. El primer beneficio es la diferencia en sí.

Veamos cómo se materializan estas diferencias:

3.4.2. Las madres y los padres crían de manera diferente

De esta forma, el niño es nutrido con una diversidad de experiencias importantes. Comenzamos señalando que los padres tienen un estilo distinto de comunicación e interacción con los niños.

²⁰³ PRUETT, K. En *Fatherhood: Why Father Care is as Essential as Mother Care for Your Child (La necesidad del padre: Por qué el cuidado del padre es tan esencial como el cuidado de la madre para su niño)*. Publicación en línea. <http://www.headstartinfo.org/pdf/buildingblockssp1.pdf>. Última visita: 14/4/2008.

²⁰⁴ HUNTER, B. Citada en *The Nurturing Father*, Kyle D. Pruett. New York: Warner Books, 1987. Publicación en línea. <http://psicoedu.wordpress.com>. Última visita: 14/4/2008.

²⁰⁵ MORENO RODRÍGUEZ, M. C. y CUBERO, R., *Desarrollo psicológico y Educación*. Compilación de Jesús Palacios, Álvaro Marchesi y César Coll. Alianza Editorial. p. 220.

Éstos pueden percibir la diferencia existente entre la interacción con un hombre y con una mujer. Las madres son más propensas a proporcionar un cuidado afectuoso y de nutrición a un bebé que está llorando. Esta diversidad en sí provee a los niños de una experiencia más amplia y más rica para contrastar interacciones de parentesco, algo que no adquieren los niños criados por parejas del mismo sexo. Los niños, aunque no se den cuenta, están aprendiendo a temprana edad y por pura experiencia, que los hombres y las mujeres son diferentes y que tienen diferentes maneras de enfrentar la vida, y de relacionarse con otros adultos y con sus propios hijos.

Ahora, insoslayable se torna comprender que así como existen efectos directos de la actuación de los padres respecto del niño, también los hay indirectos o de segundo orden. En otras palabras, estamos hablando de procesos a través de los cuales una persona influye sobre otra por mediación de una tercera. Por ejemplo, el padre puede afectar positiva o negativamente a la interacción que la madre tiene con su hijo, y como consecuencia, al desarrollo de éste, en función de la relación emocional que mantiene con su madre. Así, “se ha observado que cuando el padre cumple con su labor de proveedor económico (que constituye una de sus funciones) y cuando comparte con la mujer las responsabilidades de la casa, deja a ésta más tiempo disponible para sus hijos, permitiéndole mejorar la calidad de su relación. Además, la actitud y conducta del padre con el niño puede afectar la actitud y conducta de la madre, fortaleciéndole o debilitándola”²⁰⁶. Explicación de lo anterior resulta ser el concepto de familia como sistema, es decir, “estructura que engloba una red de influencias recíprocas entre los distintos elementos que la componen”²⁰⁷.

Mucho de lo que se sabe del impacto directo de los padres proviene de estudios de padres ausentes, cuyos efectos parecen centrarse más que todo en el aprendizaje del rol sexual por parte de sus hijos. En este sentido los estudios permiten concluir que el impacto de un padre ausente es mayor en el niño que en la niña. Efectivamente, en el niño se produciría una suerte de feminización caracterizada por un comportamiento menos agresivo²⁰⁸. El impacto es crucial cuando ocurre antes de los cinco años, que es el período en que se adquiere la imagen del rol sexual.

²⁰⁶ ELSNER, P., MONTERO M., REYES, C., ZEGERS, B. *La Familia: una aventura*. Ediciones Universidad Católica de Chile. p. 64.

²⁰⁷ MORENO RODRÍGUEZ, M. C. y CUBERO, R. *Desarrollo psicológico y Educación*. Ob.Cit. p.221.

²⁰⁸ Entendida esta idea como un “carácter menos firme”.

Parece ser que el padre influye más en la identificación sexual de sus hijos-al menos de los varones- a través de una interacción cálida y cercana con ellos que por su propia masculinidad o sus esfuerzos por enseñarles conductas típicas del sexo. Pero, ¿qué ocurre cuando sólo existe padre en la casa? La verdad es que al no existir datos suficientes en este sentido, por ser tan pocos los casos observados en la práctica, escasas también son las conclusiones a las que podremos arribar. Eso sí, en la mayoría de estas circunstancias una pariente femenina se hace cargo de los niños.

Ahora bien, la regla general sigue estando determinada por una madre que, ante la ausencia física del padre en el hogar, asume la crianza de sus hijos. En ese sentido, “se ha observado que cuando alguno de los miembros de la pareja toma el rol dual de padre y madre, instrumental y expresivo, los hijos y las hijas tienen una visión menos estereotipada de los roles masculinos y femeninos”²⁰⁹. He aquí la llamada teoría cognitiva sobre la diferenciación sexual: los niños y las niñas se comportan de manera sexualmente estereotipada en parte porque ello les ayuda a tener más clara su identidad en este aspecto, fortaleciendo así sus esquemas cognitivos relativos a la identidad sexual. Recordemos: su identidad se está formando.

Siguiendo con lo anterior, podría contrargumentarse que hoy en día, y por variadas razones, los padres pasan muy poco tiempo con sus hijos, por lo tanto, la diferencia entre ser criado en un ambiente marcado por la presencia de “dos mamás”, y uno en que el padre ni siquiera se sienta en casa un momento con su familia, no sería mayor. Sin embargo, desde algún tiempo, los cambios sociales han llevado al hombre a incorporarse cada vez más al hogar, exigiéndole a veces compartir tareas. El hombre ha ido descubriendo que el cuidado de sus hijos no amenaza su masculinidad y que él también puede gozar de la paternidad, dejando aflorar sentimientos de ternura y una actitud de disponibilidad frente a los niños. Así, “Concretamente la ternura del padre frente al hijo, no es el fruto de desvirtuar la masculinidad con el ánimo de acceder a una cualidad que se da por hecho, ha sido típicamente femenina. Justamente la ternura del padre es una específica respuesta sensible de éste, suscitada por la persona del hijo y no solamente en forma aislada y sólo para su beneficio; antes bien, el hijo es la más eficaz estimulación y suscitación de la ternura del varón, que a partir de esta vivencia se hará sensible a

²⁰⁹ ELSNER V., P.; MONTERO, M.; REYES, C.; ZEGERS, B. *La Familia: una aventura*. Ob.Cit. p. 65.

todo lo bello, frágil y desvalido que en el mundo encuentre frente a sus ojos y que de alguna forma le evoque la realidad del hijo previamente contemplada”²¹⁰.

3.4.3. Las madres y los padres juegan de manera diferente

Los padres tienden a jugar con sus hijos(as) y las madres tienden a cuidar de ellos(as). Un estudio descubrió que el 70% de los juegos entre el padre y el niño estaban más orientados a lo físico y a la acción, mientras que sólo el 4% del jugueteo entre la madre y el niño presentaba dicho contenido. Los padres fomentan la competencia; y las madres fomentan la equidad. Un estilo fomenta la independencia mientras que el otro fomenta la seguridad.²¹¹

Tanto los niños como las niñas aprenden a tener un equilibrio saludable entre la timidez y la agresión. Ambos necesitan tanto la ternura de la madre como la rudeza del padre. En el caso de esta última, el varón la requiere para reafirmar su identidad masculina, y la mujer, para sentirse validada a la vez que protegida por quien hasta ese momento es el gran hombre presente en su vida.

Los dos, padre y madre, proveen seguridad y confianza, cada uno a su manera, al comunicar amor e intimidad física a sus hijos.

3.4.4. Los padres se van hasta los extremos; las madres fomentan la seguridad

Esta diferencia es muy esencial para los niños. No es saludable que se utilice únicamente uno de estos estilos de crianza para formar a un niño. Un estilo puede tener la tendencia a fomentar el riesgo sin considerar las consecuencias. Y el otro tiende a evitar el riesgo, el cual no ayuda al desarrollo de la independencia, la confianza y el progreso. Si se utilizan los dos estilos de crianza al mismo tiempo, ellos mismos se ayudan uno al otro a mantener el equilibrio y ayudan a los niños a permanecer seguros mientras que expanden sus experiencias y su confianza.

²¹⁰ SCHNAKE SILVA, C. *El Rol del Pediatra en la Promoción del Desarrollo de la Identidad Sexual del Niño. Fundamentos Bioéticos de su Intervención*. Ob Cit. p. 22.

²¹¹ MACCOBY, E. *The Two Sexes: Growing Up Apart; Coming Together*, (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999), p. 266. Citado en STANTON, G. T. Publicación en línea. *¿Por qué los niños necesitan el amor del padre y de la madre?* Ob. Cit. p. 4.

3.4.5. Las madres y los padres se comunican de manera diferente

El mismo estudio de MACCOBY, recientemente citado, demostró que las madres y los padres les hablan a sus hijos de manera diferente. Las madres simplifican sus palabras y cuando hablan con el niño se ponen a su nivel. Los hombres no son tan propensos a modificar su lenguaje para hablar con el niño.

3.4.6. Las madres y los padres disciplinan de manera diferente

Los padres tienden a cumplir y exigir las reglas de manera sistemática y firme, lo cual enseña a los niños la objetividad y las consecuencias de lo que es bueno y lo que es malo. Las madres se inclinan hacia la gracia y la compasión en medio de la desobediencia, lo cual provee un sentido de esperanza en medio de la disciplina.

3.4.7. Los padres y las madres preparan a los hijos de manera diferente para enfrentar la vida

Los padres tienden a ver a su hijo en relación con el resto del mundo. Las madres tienden a ver al resto del mundo en relación con su hijo. Sólo es cosa de detenerse un instante y observarlo.

3.4.8. Los padres proveen un mirada al mundo de los hombres; las madres, al mundo de las mujeres.

Tanto las madres como los padres ayudan a las niñas y a los niños pequeños a llegar a ser mujeres y hombres, respectivamente. La antropóloga SUZANNE FRAYSER explica que esto es constante en todas las sociedades humanas: “Cada proceso complementa al otro. El niño puede observar a su padre y puede ver qué debe hacer para ser un hombre; él puede observar a su madre y puede ver lo que no debe hacer para ser un hombre...La importancia que tienen los contrastes entre los papeles del sexo y la especificación de la identidad del sexo pueden ser pistas para la importancia psicológica que tiene la diferenciación sexual en todas las sociedades”²¹².

²¹² FRAYSER, S. *Varieties of Sexual Experience: Anthropological Perspective on Human Sexuality*, (New York: Human Relations Area File Press, 1985), p. 86. Citado en STANTON, G.T. Publicación en línea. *¿Por qué los niños necesitan el amor del padre y de la madre?* Ob. Cit. p. 6.

Los niños que crecen teniendo un padre son mucho menos propensos a la violencia. Ellos tienen su masculinidad confirmada, y aprenden de su padre cómo canalizar su masculinidad y su fuerza en maneras positivas²¹³. Además, los padres ayudan a sus hijos varones a entender la sexualidad propia de un hombre, la higiene, y el comportamiento apropiado. Las madres les enseñan a sus hijos varones a entender el mundo de las mujeres y a desarrollar una sensibilidad hacia las mismas, y los ayudan a saber cómo relacionarse y comunicarse con las mismas.

3.4.9. Los padres y las madres les enseñan a sus hijos a respetar al sexo opuesto

Sólo a modo de ejemplo. “La Revista Americana de Sociología descubrió que las sociedades con patrones de socialización del niño, en donde se cuenta con la presencia del padre, producen hombres que tienen menos tendencia a excluir a las mujeres de las actividades públicas, que las sociedades en donde el padre está ausente”²¹⁴.

A modo de conclusión, podemos sostener que no es bueno que se utilice únicamente uno de estos estilos de crianza, sino que al contrario, si se utilizan los dos estilos simultáneamente, éstos crearán en los niños un equilibrio saludable y apropiado. Obviamente, esto sólo se puede cumplir en un marco diseñado por la presencia de papá y mamá.

No podemos olvidar que la auto-estima se basa principalmente en la aceptación de un modelo de conducta en la primera infancia: el niño, el de su padre; la niña, el de su madre. Todo niño pequeño anhela profundamente ser aceptado, apoyado y animado por su padre, y si así sucede, establecerá un sentido positivo y un grado de bienestar consigo mismo. Aunque el amor de una madre es esencial para los niños (varones), no es tan importante como el amor y la afirmación paterna a la hora de formar una sana identidad masculina. La falta de reacciones positivas de un padre produce una seria debilidad en la imagen masculina y una falta de auto-aceptación. Muchos de los que hoy experimentan atracciones homosexuales crecieron de niños pensando que nunca podrían agradar a sus padres.

²¹³ A diferencia de los varones, las mujeres, por su propia naturaleza, presentan menores niveles de violencia, por lo que no es una necesidad fundamental en ellas el control y canalización de la misma.

²¹⁴ COLTRANE, S. *Father-Child Relationships and the Status of Women: A Cross-Cultural Study*. American Journal of Sociology, (1988) 93: 1088. Citado en STANTON, G.T. Publicación en línea. *¿Por qué los niños necesitan el amor del padre y de la madre?* Ob. Cit. p. 6.

Equivocadamente, interpretaron en su calidad de niños, que si el padre no estaba, física o psicológicamente, o si no era capaz de expresarle afecto se debía a que, como hijo, no era digno de aquello. Muchos hombres nunca alcanzan una identificación satisfactoria con su padre. Ello puede deberse, entre otras cosas, a su ausencia, incumplimiento, incapacidad de manifestar afecto, rechazo manifiesto, falta de rol y de autoridad, abuso (físico, psíquico, o sexual). Probablemente terminan anulando al hombre que llevan dentro, y lo buscan desesperadamente en un otro.

Y tal como lo advierte el Doctor DAVID POPENOE²¹⁵, debemos negarnos a aceptar tanto la noción de que “las mamás también pueden ser buenos papás”, como la noción popular que tienen los grupos feministas radicales de que “los papás también pueden ser buenas mamás”. Los dos sexos son diferentes hasta la médula, y cada uno de ellos es necesario, cultural y biológicamente, para el desarrollo óptimo del ser humano.

Con esto no pretendemos cegarnos a la realidad de la ausencia de uno de los padres que muchos hogares viven en nuestra era post moderna, sino que sencillamente exaltamos, poniendo en su lugar, el rol diferenciado que cada uno de éstos cumple en la formación del niño. Además, nos negamos a construir, con la adopción por parte de homosexuales, una nueva realidad marcada de antemano por la carencia de esta distinción tan necesaria, y, por cierto, latamente explicada y justificada.

Volviendo a la “necesidad de padre y madre”, y a modo de conclusión, advertiremos que un problema central es el de la co-paternidad. Cuando dos gays o lesbianas solicitan la adopción de un menor, lo hacen con la clara intención de transformarse en padres o madres. Lo mismo sucede cuando un homosexual quiere adoptar al hijo biológico de su pareja, a quien ayudó a criar. Mientras muchas personas lo consideran un despropósito, otras intentan verle la cara positiva: el menor tendrá una mayor seguridad económica, afectiva, derechos hereditarios sobre los bienes de ambos padres o madres, los beneficios de la seguridad social y de los seguros médicos. Además, y como ya se ha sostenido, permite que ante una ruptura de la pareja, el homosexual padre no biológico pueda tener derecho de visita respecto del niño que considera su hijo.

²¹⁵ POPENOE, D. *Life Without Father: Compelling New Evidence That Fatherhood and Marriage are Indispensable of the Good of Children and Society*, (New York: The Free Press, 1996), p. 197. Citado en STANTON, G.T. Publicación en línea. *¿Por qué los niños necesitan el amor del padre y de la madre?* Ob. Cit. p. 8.

En este momento encuentra plena aplicación y explicación la expresión utilizada “concibiendo la posibilidad”. Se trata de lo que ocurriría en caso de aceptar la compatibilidad entre adopción y homosexualidad. Y es aquí donde brotan reacciones naturales: por ejemplo, en el caso de la adopción del hijo de la madre lesbiana por parte de su conviviente, es cierto que surgiría una relación afectiva entre el niño y la compañera de su madre, pero también es cierto que se produciría una enorme confusión en el niño respecto del otro progenitor ausente, cuando efectivamente lo hay. Porque, ¿dónde quedaría su padre? Cuando el niño pregunte, ¿qué y cómo se le responderá?²¹⁶ Más delicado aún es que, al concretarse la adopción, el progenitor que no convive con su hijo perderá su natural vínculo de filiación. Sencillamente, no podría ejercer su paternidad. ¿Dónde queda la posibilidad de restauración de una relación que, si bien está rota, sigue siendo relación filial al fin?

Ahora, este caso es excepcional, e imposible de materializarse en la legislación chilena, si consideramos las explicaciones vertidas en el apartado anterior en relación con la necesidad de vínculo matrimonial, contenida en el artículo 8 letra b) de la ley de adopción.

Pero lo que en la práctica chilena sería perfectamente factible es el caso de quien individualmente persigue la adopción de un niño. En este caso, aunque las circunstancias fácticas son distintas, los principios y personas a proteger son los mismos.

3.5. Estudios psicológicos relativos a hijos criados por homosexuales:

“Algunas investigaciones muestran que los niños criados por padres/madres gay o lesbianas no se diferencian de los niños criados por padres heterosexuales y son similares en términos de inteligencia, relaciones con pares y desarrollo de la identidad sexual. Tampoco tienen problemas con la asunción de roles masculino y femenino ni tienen mayor tendencia a ser homosexuales”²¹⁷.

En un folleto titulado “Con referencia a nuestros hijos” de 1978 de Parents & Friends of Lesbians and Gays, se informa:

²¹⁶ Podría darse también el supuesto que, dada la intervención de técnicas de reproducción asistida, no exista otro(a) progenitor(a). Pero aún en este caso no sería sencillo, pues de todas formas la posibilidad que el niño conozca y mantenga comunicación a quien aportó para la reproducción sin intervenir en su gestación y crianza es incierta, y la respuesta a las obvias preguntas del niño no constituye un tema menor.

- “El niño homosexual descubre su orientación sexual a temprana edad.
- Ninguno de los niños (refiriéndose a diálogos con cientos de familias con hijos gay) fue influenciado o se le enseñó a ser gay.
- En los hogares donde los niños gay tratan de ser heterosexuales, todos los intentos fracasan.
- Los temores de las familias de *contraer* homosexualidad, o de ser *reclutado* en la escuela o en cualquier otra parte son irracionales y enteramente sin justificación científica”²¹⁸.

WAGMAISTER y BEKERMAN agregan: “Los psicólogos Jorge Raíces Montero e Isabel Monzón sostienen que la homosexualidad de los padres/madres no tiene por qué definir la misma tendencia en los hijos. Para ellos, las causales por las que una persona se siente atraída por otra del mismo sexo son múltiples y superan la tradicional identificación freudiana según la cual una madre omnipresente y un padre desdibujado configuran la situación ideal para que un varón sea homosexual. En apoyo a sus ideas se puede citar bibliografía extranjera; por ejemplo, un artículo publicado por R. Green en 1978 en el *American Journal of Psychiatry* en el que estudia el comportamiento de niños y jóvenes (entre 3 y 20 años) educados por padres/madres homosexuales o transexuales. Según esa investigación no había diferencias entre los juegos, ropas, gustos y fantasías sexuales de esos chicos con los considerados *corrientes*. En 1986, el mismo Green, junto a otros cuatro especialistas, realizó otro estudio comparativo entre 56 niños que vivían con madres lesbianas y 48 educados por sus madres heterosexuales. En este trabajo no se encontraron cuadros psicopatológicos en los niños, relacionados con el lesbianismo de sus madres; tampoco observaron diferencias en la orientación sexual entre uno y otro grupo. Sí, en cambio, identificaron que las *nenas* educadas por madres lesbianas preferían roles tradicionalmente masculinos más a menudo que las otras *nenas* y que eran menos femeninas en su forma de vestir. Sin embargo, señalaban que estas conductas no excedían los parámetros de lo considerado “normal”. En los varones, no se encontraron diferencias: 95% de uno y otro grupo adoptaban roles tradicionalmente masculinos”²¹⁹.

²¹⁷ WAGMAISTER, A - BEKERMAN, J. *Uniones de hecho y Adopción*. XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Rosario, Argentina. Ponencia: Régimen de tenencia y visitas con relación a uniones de hecho de personas del mismo sexo. 2003. p. 3.

²¹⁸ WEINGERG, J. Presidente de la Asociación Americana de Psiquiatría (Declaración, 6 de octubre de 1977). Citado en WAGMAISTER, A. - BEKERMAN, J. *Uniones de hecho y Adopción*. Ob. Cit. p.3.

²¹⁹ WAGMAISTER, A. - BEKERMAN, J. *Uniones de hecho y Adopción*. Ob. Cit. pp. 3-4.

Incluso, en un informe presentado por la Comunidad Homosexual Argentina (CHA), los psicólogos recién mencionados Jorge Raíces Montero e Isabel Monzón aseguran que la familia homosexual, incluso, puede favorecer a los niños en la medida que les permite:

- Adquirir un mayor aprecio por la diversidad humana.
- Tener una visión más amplia de los roles del género.
- Adquirir una mayor sensación de ser queridos, por las barreras que sus padres debieron superar.
- Apreciar la división igualitaria del trabajo entre padres/madres, ya que las parejas gays/lesbianas no dividen el cuidado de los niños y tareas del hogar sobre la base de roles de género.²²⁰

En esta misma línea se ha planteado que la realidad científica en relación con la adopción por parte de parejas homosexuales es clara y goza de una unanimidad que no debe ser puesta gratuitamente en duda. Así, “desde hace más de 20 años se han realizado, especialmente en Estados Unidos, más de un centenar de estudios, entre investigaciones directas y revisiones, que han abordado las actitudes, comportamiento, personalidad y ajuste de los padres gays y lesbianas; el desarrollo psicosexual de los hijos en relación con la orientación sexual de los padres; y el desarrollo intelectual, emocional y social de los niños. En distintas revisiones de estudios como la realizada por la Asociación Americana de Psicología (Charlotte J. Patterson, Lesbian And Gay Parenting,) se concluye que “no hay evidencias como para sugerir que lesbianas y hombres gays sean inadecuados como padres o que el desarrollo psicosocial de los hijos de gays y lesbianas esté en peligro...Ni un solo estudio ha encontrado que los hijos de padres gays o lesbianas estén en desventaja en ningún aspecto significativo. Es más, la evidencia proporcionada por los datos sugiere que el ambiente hogareño que proporcionan los padres gays y lesbianas es similar al proporcionado por los padres heterosexuales para permitir y apoyar el desarrollo psicosocial de sus hijos”²²¹.

²²⁰ En MEDINA, G. *Uniones de Hecho. Homosexuales*. Ob. cit. p.264.

²²¹ CASAUBÓN, A. - SAN MARTÍN, C. En *Postura Oficial de la Federación Española de Sociedades de Sexología sobre el Matrimonio y la Adopción por parejas homosexuales*. Publicación en línea.

Otro importante informe, que sirvió para que la Academia Americana de Pediatría se manifestara en 2002 a favor de la paternidad/maternidad homosexual (Ellen C. Perrin, Technical Report: Coparent or Second-Parent Adoption by Same-Sex Parents), afirma que “el peso de la evidencia recogida durante varias décadas utilizando muestras y metodologías diversas es convincente al demostrar que no hay ninguna diferencia sistemática entre padres homosexuales y no homosexuales en salud emocional, habilidades como padres y actitudes hacia la crianza de niños. No hay datos que indiquen ningún problema para los niños como resultado de crecer en una familia de uno o más padres gay y todo ello porque el desarrollo óptimo de los niños parece ser influido más por la naturaleza de las relaciones e interacciones dentro de la unidad familiar que por la forma estructural particular que toma”²²².

Resulta cuestionable que se afirme que hay un consenso entre los investigadores sobre la inocuidad de la adopción por parejas homosexuales, cuando muchos de los más influyentes eruditos no están de acuerdo con esa afirmación. Así lo ha manifestado Juan José López-Ibor, Presidente de la *Asociación Mundial de Psiquiatría*, y la propia *Asociación Española de Pediatría*, que ha declarado que **“un núcleo familiar con dos padres o dos madres es claramente perjudicial para el armónico desarrollo de la personalidad y adaptación social del niño**. Incluso el American College of Pediatricians, en su informe *Parenting Issue: Homosexual Parenting: Is It Time For Change* se muestra claramente en contra de esta posibilidad”²²³.

Además, la práctica totalidad de los estudios realizados sobre la evolución de los niños criados por parejas de homosexuales no demuestra nada. Casi todos ellos (incluyendo los realizados en España, donde se ha equiparado a las parejas homosexuales con las heterosexuales para los efectos de, por ejemplo, postular a la adopción) carecen del mínimo rigor científico necesario para poder alcanzar conclusiones con un grado aceptable de validez.

<http://www.sexoafectivo.com/index.php?name=News&file=article&sid=183&theme=Printer>. Última visita: 20/04/2008.

²²² IBIDEM.

²²³ FONTANA, M.-MARTÍNEZ, P.-ROMEU, P. *No es Igual*. Informe sobre el desarrollo infantil en parejas del mismo sexo. Mayo 2005. Publicación en línea. p. 10. www.hazteoir.org. Ob. Cit. p. 7.

¿Por qué? ¿Cuáles son los fallos más habituales de estos estudios? Sin duda, el principal es el tamaño de la muestra. La mayoría de estos estudios dispone de pocos sujetos. Otro de ellos suele ser el grupo de control inadecuado —parejas heterosexuales— así como la falta de aleatoriedad de la muestra que se usa, ya que a las parejas homosexuales no se las selecciona aleatoriamente, sino que en ocasiones incluso son reclutadas por otros seleccionados o por asociaciones declaradas homosexuales. Otro de los errores habituales es comparar madres lesbianas solas, con madres heterosexuales divorciadas o separadas, siendo que en estos últimos casos los hijos de las madres heterosexuales tienen una desventaja debido al trauma del divorcio o separación.

“Hasta la fecha, no ha habido ni un solo estudio suficientemente amplio y bien realizado del que sacar conclusiones, por lo que no puede afirmarse en ningún caso, tal y como se ha hecho estos días, que los estudios científicos avalan la adopción por personas del mismo sexo”²²⁴.

Como se podrá comprobar, los autores aportan información y documentación muy relevante sobre los riesgos que plantea la adopción por uniones de homosexuales para los niños, únicos y exclusivos titulares del derecho de adopción en el orden jurídico internacional.

Y es que frecuentemente se olvida que son los adoptados, y no los adoptantes, quienes ostentan el derecho de adopción. La adopción existe, se justifica y se proyecta a favor del adoptado, y quienes influyen en su concesión deben ser especialmente cuidadosos con su bienestar, independientemente de las aspiraciones de los adoptantes.

No podemos olvidar lo antes dicho, en el sentido que la Convención de los Derechos del Niño, en su artículo 21, nos indica que “*los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial*”, y, a su turno, la propia Declaración de los Derechos del Niño sostiene en su principio N° 7 que “*el interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación*”. En cualquier caso, según todas las interpretaciones tanto legales, éticas y científicas, se debe preservar el bien del menor.

Una vez sentado este principio, cabe preguntarse si existe evidencia científica o no sobre la idoneidad de las parejas del mismo sexo para adoptar niños.

“La correcta interpretación de los estudios científicos se convierte en un asunto primordial porque no es infrecuente que se quiera desinformar demagógicamente al público afirmando, por ejemplo, que es mejor que un niño sea adoptado por una pareja de homosexuales en vez de vivir en un hogar de heterosexuales donde hay violencia doméstica o cualquier otro problema que le perjudique, como si tuviéramos que elegir entre estas dos situaciones.

Es verdad que, al igual que cualquier cuestión biomédica, los estudios sobre las adopciones suelen arrojar resultados contradictorios y se hace por ello especialmente necesaria su revisión crítica con criterios de medicina basada en evidencias para evitar que sean utilizados con fines partidistas”²²⁵.

Algunas cuestiones y preguntas que surgen necesariamente al tocar estos aspectos son las del siguiente tenor:

1. ¿Existen evidencias científicas que demuestren que el mejor entorno para un niño es crecer en el seno de una pareja heterosexual establemente comprometida, por ejemplo, a través del vínculo matrimonial? Esta pregunta debe responderse en las mismas condiciones que se hace respecto de otras circunstancias como pueden ser el nivel de instrucción de los padres, su nivel socio económico, su estado civil, la edad, etc. Es decir, se debe ajustar a las mismas variables y criterios.

2. ¿Existen características en personas con actividad homosexual que pudieran considerarse más bien específicas o inherentes a la homosexualidad y que fueran a su vez criterios de falta de idoneidad para que estas personas fueran adoptantes? Ello debido a que, por ejemplo, pueden existir parejas de personas de 17 años de edad tan maduras que serían capaces de adoptar a un niño en buenas condiciones. Sin embargo, la corta edad es en principio un criterio de exclusión para ser adoptante, ya que la ley debe garantizar que los postulantes y futuros adoptantes sean lo suficientemente maduros para esta tarea, basándose en el hecho general de que es más probable encontrar la madurez y la estabilidad cuando se es mayor de edad.

Parte de la literatura científica, corroborada por las revisiones que examinaremos, coincide en señalar que “el matrimonio heterosexual estable es el entorno educativo más idóneo en comparación con cualquier alternativa existente en la actualidad (hogares monoparentales; con pareja de heterosexuales en cohabitación; o con parejas del mismo sexo). Estos resultados se confirman para una variedad de indicadores: indicadores escolares y académicos como los niveles adquiridos de lenguaje, matemáticas o el menor fracaso académico; mayor integración social y sociabilidad; menor abuso de sustancias; menor delincuencia o problemas con la ley; menor frecuencia de trastornos del comportamiento alimentario como la anorexia o la bulimia; mejor salud mental y autoestima; mejor proceso del desarrollo de la identidad sexual y menos conductas sexuales arriesgadas (sexualidad precoz, bajo el efecto de sustancias como el alcohol o drogas, de tipo promiscua y, en consecuencia, con mayor riesgo de infectarse por enfermedades de transmisión sexual, o de embarazos imprevistos). Sin embargo, lo expuesto anteriormente no

²²⁴ FONTANA, M.-MARTÍNEZ, P.-ROMEU, P. en *No es Igual*. Ob. Cit. p.3.

quiere decir, de ninguna manera, que otros modelos de familia, como las familias monoparentales, son necesariamente malos. Se trata simplemente de constatar...que el lugar más idóneo para que crezca un niño, en términos generales, es en el seno de una familia estable, constituida por un varón y una mujer casados, con los que comparten un sentimiento y lazo profundo de pertenencia. Aunque sea obvio que otras alternativas de entornos educativos logren su objetivo, sería una irresponsabilidad perder de vista cuál es, de hecho, el entorno educativo realmente más apropiado, ya que éste debe ser especial y prioritariamente protegido y alentado por encima de cualquier otra opción²²⁶.

Pero, ¿qué sabemos realmente sobre el desarrollo de los niños criados por parejas del mismo sexo?

3.5.1. Trabajo de George A. Rekers²²⁷

Haciendo un resumen de esta revisión científica exhaustiva (que incluye unos 270 estudios y textos) podemos obtener las siguientes conclusiones²²⁸:

1. “Los niños y niñas adoptados o en custodia en hogares de acogida presentan una mayor frecuencia de problemas psicológicos y de conducta que los niños y niñas de la población general (por ejemplo, ansiedad y depresión por el proceso de separación de sus seres queridos, fallecimiento de padres, problemas emocionales por el abandono o los abusos, etc.). Padecen, además, las tensiones propias de las necesarias intervenciones oficiales (contacto con cuidadores y agencias de adopciones, adaptación a nueva familia y entorno, etc.). Por ello, las autoridades tienen la obligación de eliminar cualquier riesgo adicional de factores estresantes, de fuentes de inestabilidad familiar o de privaciones evitables”.

²²⁵ DE IRALA, J. y LÓPEZ DEL BURGO, C. *Los estudios de adopción en parejas homosexuales: Mitos y Falacias*. Ob. Cit. p. 379.

²²⁶ IBIDEM. pp. 382-383.

²²⁷ Profesor de Neuropsiquiatría y Ciencias del Comportamiento de la Facultad de Medicina de la Universidad de Carolina del Sur.

²²⁸ REKERS, G. A. (Publicación en línea) *Review of research on homosexual parenting, adoption and foster parenting*. 1- 80. 2004. <http://www.narth.com/docs/rekers.html>. Citado en DE IRALA, J. y LÓPEZ DEL BURGO, C. *Los estudios de adopción en parejas homosexuales: Mitos y Falacias*. Ob. Cit. pp. 383-384.

2. “Investigaciones empíricas y experiencias clínicas demuestran que los hogares con adultos que tienen relaciones sexuales de tipo homosexual introducen inherentemente más factores estresantes a los niños y niñas adoptados porque estos adultos presentan más problemas psicológicos, como la ansiedad, la depresión, ideas e intentos de suicidio, suicidio y desórdenes de la conducta. También se dan con mayor frecuencia el abuso de sustancias y la violencia en la pareja. Son sustancialmente menos estables que las familias heterosexuales y privan a los niños y niñas de los beneficios de tener padres relativamente mejor ajustados desde el punto de vista psicológico y de los beneficios de tener una figura paterna y materna. Padres y madres, tanto por separado como conjuntamente, contribuyen de manera positiva y única en el bienestar de los hijos. El tipo de hogar que presenta la mayor probabilidad de ser menos estresante y más seguro y estable para la custodia de hijos es el de un matrimonio casado desde varios años y declarado idóneo”.

3. “La exclusión de parejas con actividad homosexual no se hace en función de un deseo de discriminación contra un grupo de personas sino basándose en que la estructura inherente de su hogar supondría una desventaja indebida, un factor estresante adicional y un perjuicio a los niños y niñas adoptados que solamente se puede evitar denegándoles la posibilidad de adoptar”.

3.5.2. Trabajo de Fontana, Martínez y Romeu.

La segunda revisión que vamos a comentar es de Fontana y colaboradores, titulada: «*No es igual. Informe sobre el desarrollo infantil en parejas del mismo sexo*». Es una revisión publicada en 2005 y que incluye unos 250 estudios. Llega básicamente a conclusiones similares a las de Rekers, tanto en lo referente a los problemas metodológicos de los estudios como a los desenlaces observados en los niños y niñas criados por parejas del mismo sexo en comparación con los que crecen con matrimonios heterosexuales estables.

Considerando que la psicología no es una ciencia exacta, existen aspectos de los estudios que en esta sede se realizan de los cuales se puede rescatar ciertos detalles, pese a los defectos de que adolezcan en su generalidad. En este entendido, de los pocos aspectos a no descartar de esos estudios analizados, así como de otros estudios rigurosos sobre temas conexos, podemos advertir ciertos elementos que se repiten en unos y otros, y así concluir que en los niños criados por parejas homosexuales son más frecuentes, que en la media de la población, ciertas conductas o situaciones que en general resultan desfavorables para ellos:

- Son más frecuentes los problemas psicológicos, y en particular:
 - Autoestima baja;
 - Estrés;

- Inseguridad respecto de su vida futura en pareja y tener hijos;
- Trastorno de Identidad Sexual;
- Rechazo del compañero o compañera del progenitor homosexual como figura materna o paterna, y preferencia por vivir con el otro progenitor.

- Son más habituales los trastornos de conducta como:

- Drogodependencia;
- Disfunciones en la conducta alimenticia;
- Fracaso escolar: peores calificaciones y mal comportamiento en clase.

- Es más corriente que sufran experiencias traumáticas:

- Ruptura de la pareja: las parejas estables homosexuales en Suecia tienen un índice de ruptura muy superior a los matrimonios (37% los hombres y 20% las mujeres);
- Abusos sexuales paternos: Cameron y Cameron encontraron un 29% de casos en hijos de homosexuales frente a 0,6% en hijos de padres heterosexuales²²⁹.

- La presencia de conductas o identidades homosexuales es del orden de 8 veces más frecuente que la media.

En relación con el último punto, e independientemente de la valoración moral o social (positiva, indiferente o negativa) que pudiesen merecer las conductas o incluso las meras tendencias homosexuales, lo cierto es que los estudios disponibles muestran que las personas homosexuales experimentan con más frecuencia que la población en general ciertas situaciones en principio desfavorables:

- Una salud en general más deteriorada:

- Mayor tasa de enfermedades mentales;
- Del orden de 4 veces más SIDA y otras Enfermedades de Transmisión Sexual;
- Mayor tendencia al suicidio.

- Conductas de riesgo en sus relaciones afectivas:

- Más promiscuidad;
- Mayor tasa de ruptura de relaciones;

²²⁹ CAMERON, P. y CAMERON, K. *Homosexual parents. Adolescents*. 1996. pp.757-776. Citados en FONTANA, M.-MARTÍNEZ, P.-ROMEU, P. *No es Igual*. Ob. Cit. p. 3.

– Alta tasa de relaciones sexuales con menores de edad.

Evidentemente, cuando una persona adulta elige libremente esta conducta, acepta conscientemente estas consecuencias, pero ese no es el caso de un niño que se ve expuesto involuntariamente a circunstancias que le hacen más proclive a correr estos riesgos.

Valga la aclaración: este trabajo no tiene por objeto persuadir al lector a que defina una postura frente a la homosexualidad. Pero, sí brindar a la sociedad toda una línea argumentativa sobre la cual elaborar un análisis abierto y realista del tema en cuestión, obteniendo así sus propias conclusiones.

Los doctores *Robert Lerner* y *Althea Nagai* revisaron en el año 2001, 49 estudios tanto favorables como contrarios a la adopción, y encontraron graves fallos que invalidaban por completo cada uno de los estudios.

“En el mismo sentido, Belcastro et al.(1993), “*A Review of Data Based Studies Addressing the Affects of Homosexual Parenting on Children’s Sexual and Social Functioning*”, analizaron otros 14 estudios, siendo al menos 11 de ellos simplemente inaceptables. En palabras de Belcastro: La conclusión de que no hay diferencias significativas en niños criados por madres lesbianas frente a madres heterosexuales no está sustentada por los estudios publicados”²³⁰.

Hasta la fecha, no ha habido ni un solo estudio suficientemente amplio y bien realizado del que sacar conclusiones, por lo que no puede afirmarse en ningún caso, tal y como se ha pretendido, que los estudios científicos avalan la adopción por personas del mismo sexo.

Teniendo muy presentes las limitaciones de estos estudios, es necesario destacar que muchos de ellos, por no decir todos, muestran datos discordantes respecto a los grupos de control o a la media poblacional. Pese a existir estas diferencias, ciertos investigadores prefieren disfrazarlas. Valga el ejemplo citado antes de Ellen Perrin, que cuando habla de estudios de hijas de lesbianas, disfraza de “*menor agresividad y más tolerancia*” lo que es claramente un síntoma de falta de rol paterno por haber carecido de un padre de sexo masculino. Incluso en ocasiones, tal y como hace Perrin, se niegan a responder a preguntas clave como “¿será homosexual un niño criado por homosexuales?”, respondiendo con argumentos demagógicos tales como - “es una pregunta homófoba”-, en lugar de responder con un criterio científico.

²³⁰ Cita recogida de FONTANA, M.-MARTÍNEZ, P.-ROMEU, P. en *No es Igual*. Informe sobre el desarrollo infantil en parejas del mismo sexo. Mayo 2005. Publicación en línea. p. 10. www.hazteoir.org

A continuación, pese a que como ya se ha comentado, presentan serias deficiencias, mencionaremos algunos aspectos que se repiten constantemente en estos estudios, por considerarlos significativos. Para ello nos dejaremos orientar por un texto español, que data de mayo de 2005, titulado *Informe sobre el desarrollo infantil en parejas del mismo sexo*, editado y coordinado por la agrupación HAZTE OÍR²³¹, que pretende recoger el estado de la cuestión en la investigación científica. En esta sección, utilizaremos algunas de sus citas.

1. Estudio de Tasker y Golombok (1995).

Se trata de un interesantísimo estudio debido a que, pese a lo reducido de su muestra (20 varones y 26 mujeres) es el único análisis conocido que ha realizado un seguimiento de los niños biológicos de lesbianas desde su infancia hasta la edad adulta. La edad media de los hijos al final de la muestra es de 23,5 años. En este estudio los hijos de lesbianas demostraron tener una predisposición muy superior a la homosexualidad.

Variable	Madre Lesbiana	Madre heterosexual
Algún tipo de atracción sexual por el mismo sexo	36%	22%
Consideración de posible relación homosexual	56%	14%
Relaciones sexuales con el mismo sexo	24%	0%
Identidad homo o bisexual	8%	0%
Número	25	21

Este estudio fue revisado por el Dr. *Williams* en el 2000, y éste encontró que de los resultados, además, se desprendía una autoestima significativamente baja, así como problemas sociales y emocionales en hijos de padres homosexuales.

2. González M. del M. et al. (2002)

El informe “Dinámicas Familiares, Organización de la Vida Cotidiana y Desarrollo Infantil y Adolescente en Familias Homoparentales” es prácticamente el único realizado en

²³¹ FONTANA, M.-MARTÍNEZ, P.-ROMEU, P. en *No es Igual*. Informe sobre el desarrollo infantil en parejas del mismo sexo. Mayo 2005. Publicación en línea. www.hazteoir.org

España acerca del desarrollo de niños por parejas del mismo sexo. Siguiendo los puntos marcados en artículos de algunos autores españoles, encontramos serias deficiencias en este informe:

- Los 28 núcleos familiares que estudia son del todo insuficientes para sacar alguna conclusión. Es más, si hay que dividir estos casos en *hijos de anteriores relaciones heterosexuales* (15) —que sí han tenido madre y padre durante cierto tiempo—, *adopción* (5) e *inseminación* (5), sin contar 3 de los casos donde el padre biológico *no tiene la custodia del menor*, y además tenemos en cuenta que 14 de los 28 núcleos familiares eran *monoparentales*, tenemos que concluir que ningún científico serio trataría de sacar conclusiones de una muestra de tal tamaño. También es digno de considerar que, para la elaboración de este estudio, se contactara a 60 familias y se desechara a más del 50%.

Los investigadores deberían admitir su discutible representatividad pero responden de la siguiente manera: “La muestra estudiada no ha podido elegirse aleatoriamente, sino que ha sido incidental, o lo que es lo mismo, la configuran familias que aceptaron participar voluntariamente... en este momento hay tantas razones para argumentar que las muestras no representan a la población de madres lesbianas, padres gays y sus hijos o hijas como las que existen para argumentar que sí las representan. Ciertamente ni en nuestra sociedad, ni que sepamos en ninguna otra, se dispone de datos fidedignos del conjunto de familias homoparentales, por lo que no sabemos si estamos estudiando una muestra que representa al universo poblacional o no”.

La explicación se aleja mucho de resultar satisfactoria. La muestra no puede ser representativa sencillamente porque es demasiado pequeña, independientemente de que se conozca o no el universo poblacional. Muchas otras investigaciones desconocen también el universo poblacional por falta de datos fidedignos, pero no se escudan en esa razón para ofrecer una muestra tan pobre. Además, no puede ser representativa porque la selección no ha sido aleatoria, sino que las personas que participan tienen una intencionalidad, puesto que lo hacen de forma voluntaria o, incluso, reclutadas por asociaciones homosexuales.

- Como se acaba de indicar, la selección de la muestra no ha sido aleatoria. Son las propias parejas, asociaciones de homosexuales o anuncios en publicaciones de temática homosexual, entre otras, la principal fuente de sujetos-objetos de este estudio. Esto, junto con la selección de una muestra pequeña, hace preguntarse si ha sido seleccionada la muestra de forma intencionada. Incluso, los autores reconocen su falta de aleatoriedad, y por tanto, el sesgo de selección inherente.
- La muestra de hijos se compone de 25 niños; 5 tenían de 3-6 años; 12 tenían de 6-12 años y los 8 restantes entre 12-16 años. Llama la atención que no se estudie ni un solo caso de

mayores de 16 años, pese a que se disponía de 9 casos, ya que se nos impide evaluar la repercusión de la homosexualidad de los padres a una edad donde pueda observarse de forma correcta la orientación e identidad sexual. De nuevo, se cierne sobre el estudio la sospecha de la selección intencionada de la muestra. De nuevo nos encontramos ante otro estudio con graves deficiencias. Pero, aún así, sería conveniente destacar ciertas tendencias que se repiten una y otra vez en todos los estudios. En palabras de los propios autores: “en dos indicadores estudiados, sí obtuvimos diferencias significativas: la flexibilidad en los roles de género y la aceptación de la homosexualidad, ambos con puntuaciones mayores en las chicas y chicos de nuestra muestra que en quienes integraban sus muestras de control”. Pese a que los investigadores en su estudio tratan de disfrazarlo de “tolerancia” y decir que la sociedad ve bien que se rompan los roles de género, este hallazgo confirma lo que los estudios sugieren de una forma clara o velada: existen diferencias. Se podría discutir si estas diferencias son deseables o no, pero no se puede discutir que en todos los estudios se aprecia cierta tendencia a estas diferencias. Sin perder de vista las deficiencias del estudio, es de destacar otro dato relevante por ser bastante original: las madres biológicas aseguran que sólo el 36% de sus hijos ven a sus compañeras como una figura “materna”. Es decir, que las propias madres observan que sus hijos no ven a sus parejas como una figura “materna”. Este tema no es menor. Se trata de una confesión espontánea que debe considerarse al momento de analizar y decidir.

3. Goode y Troiden (1980) afirman que, de una muestra de 150 hombres homosexuales (entre 30 y 40 años), el 69% tuvo algún contacto sexual con un menor desde que cumplió los 21 años, aunque precisa que sólo el 9% de estos menores tenía 16 años o menos. Indica que el 45% había tenido 6 o más compañeros sexuales menores de edad; el 78% había participado de sexo en grupo y el 65% había tenido hasta la fecha más de 100 compañeros sexuales.

4. Según informe Andersson, G. et al. (2004) “Divorce-Risk Patterns in Same-Sex *Marriages* in Norway and Sweden”²³², las uniones homosexuales en Suecia—unión homosexual con las mismas consecuencias que el matrimonio, incluido adopción desde 1995— y Noruega —solo está legalizada la unión homosexual desde 1993— tienen un riesgo de divorcio superior en un 50% en el caso de los gays y el 167% en el caso de las lesbianas. Si se controlan las variables

²³² ANDERSSON, G.; NOACK, T.; SEIERSTAD, A.; y WEEDON-FEKJÆR, H. *Divorce-Risk Patterns in Same-Sex “Marriages” in Norway and Sweden*. <http://paa2004.princeton.edu/download.asp?submissionId=40208>. Citado en FONTANA, M.-MARTÍNEZ, P.-ROMEU, P. en *No es Igual*. Ob. Cit. p.17.

demográficas que provocan riesgo de divorcio, la situación no mejora: un 37% más para los gays y 200% para las lesbianas. Si se tiene en cuenta que en Suecia hay 53 divorcios por cada 100 matrimonios, la cifra de divorcios entre homosexuales adquiere una dimensión todavía mayor.

5. Estudios relativos a Holanda, de Xiridou et al. (2003), muestran que la duración media de una relación entre homosexuales “estable” es de un año y medio²³³.

6. Según Deneen²³⁴(1994), también sobre Holanda, el número medio de compañeros en personas homosexuales con relación estable es de 2,5 el primer año, y llega hasta 11 el sexto año, aunque, reconoce el autor que son pocas las parejas homosexuales que llegan al sexto año. McWhirter y Mattison, en su estudio de 1984 se ven obligados a constatar que en las parejas homosexuales no existe la fidelidad sexual, aunque lo disfrazan argumentando que la verdadera fidelidad es la emocional.

7. Orejarena, Cortés, Ávila y Santelis; así como Barlow y Durand; Belloch, Sandin y Ramos y Green, indican que el trastorno de la identidad sexual, esto es, identificación con el sexo opuesto, definido como un trastorno por los manuales de psiquiatría, se debe a una falta de modelos paterno o materno. También habla del exceso de celo materno o paterno como causante. Belloch et al. va más allá e indican que muchas veces la causa puede ser forzar al niño a adoptar conductas del sexo opuesto, y que en ocasiones son alentados a ello por los propios padres. En el mismo sentido se pronuncian Person y Ovesey (1983).²³⁵

8. Biller²³⁶(1971), (1974) y (1993) recopila más de 1000 estudios y artículos sobre la importancia del rol paterno en el desarrollo del niño, y en contraposición con Judith Stacey, encuentra que éste es muy beneficioso para el niño. En el mismo sentido, Pedersen (Ed.) (1980) y Radin et al. (1991). Estos últimos encuentran que, en hogares monoparentales, donde sólo hay una madre, la influencia del abuelo es beneficiosa para el niño, mientras que estos beneficios se pierden si sólo

²³³ XIRIDOU M. et al., *The contribution of steady and casual partnerships to the incidence of HIV infection among homosexual men in Amsterdam*, Aids, 2003, 17, 1029-1038. Citado en FONTANA, M.-MARTÍNEZ, P.-ROMEU, P. en *No es Igual*. Ob. Cit. p.17.

²³⁴ DENEEN A.A. et al., “*Intimacy and sexuality in gay male couples*”, Archives of Sexual Behavior, 1994, 23, 421-431. Citado en FONTANA, M.-MARTÍNEZ, P.-ROMEU, P. en *No es Igual*. Ob. Cit. p.17.

²³⁵ OREJARENA SJ, CORTÉS C, ÁVILA JD, SANTELIS. (2004) *Trastorno de identidad sexual*. Medunab 2004. Citado en FONTANA, M.-MARTÍNEZ, P.-ROMEU, P. en *No es Igual*. Ob. Cit. p.17.

²³⁶ BILLER, H. (1971) *Father, child and SexRole: Paternal Determinants of Personality Development*. Citado en FONTANA, M.-MARTÍNEZ, P.-ROMEU, P. en *No es Igual*. Ob. Cit. p.17.

está presente la abuela. La autora concluye que la presencia de un rol masculino para el niño, en ausencia del padre, es beneficiosa y viceversa. Es decir, que la ausencia de este rol es perjudicial.

9. Morgan²³⁷(2001) revisa 144 informes sobre el tema y concluye que muchos estudios presentan graves fallos y carencias; que muchos —incluidos los favorables a la adopción homosexual— muestran una tendencia a la homosexualidad de los niños; la confusión de género es habitual entre hijas de lesbianas; también son habituales los problemas psicológicos en los hijos, etc. Además, recoge informes de EEUU, Gran Bretaña, Holanda y Nueva Zelanda donde se indica que el matrimonio en el sentido tradicional de la palabra es el mejor entorno para criar a los hijos.

10. Asch²³⁸(1997). Este estudio consiste en una recopilación de vivencias de madres lesbianas con sus hijos. Algunas madres describen hijos con síntomas de Trastorno de Identidad Sexual. Se describe el caso particular del hijo de la autora, y una anécdota muy ilustrativa, que se presentó cuando la profesora del parvulario solicita a los niños que se dividan en chicos a un lado y chicas al otro, y el niño en cuestión se queda en medio. La autora, lejos de observar un comportamiento extraño en el niño, acusa a la sociedad de no amoldarse a su hijo.

11. Saakvitne (1998) y Eisold (1998)²³⁹ sostuvieron una discusión acerca del caso de estudio presentado por este último autor. Se trata de uno que muestra un hijo de padres gays que identifica a la empleada del hogar como su madre. Se da el caso que el niño cree que las madres se “contratan y despiden”. El niño sufre psicológicamente puesto que la asistente es despedida al involucrarse emocionalmente con el niño, lo cual viene aparejado con la llegada a casa de otro hermano adoptado. Vista la situación, la pareja homosexual decide llevarlo a terapia. El terapeuta descubre que el niño llevaba tiempo recogiendo dinero, pensado que si reunía el suficiente, podría, en sus propias palabras, *comprar otra mamá*. Argumenta Eisold que, a la vista del caso, los niños se desarrollan mejor en hogares con un padre y una madre, y que tal necesidad no se trata de una imposición social, sino un imperativo biológico, ya que al niño nadie le ha enseñado a necesitar una madre —más bien al contrario— y sin embargo, él la identifica en la asistente y siente la urgente necesidad de tener y contar con una. Su necesidad se manifiesta tangiblemente.

²³⁷ MORGAN, P. (2001) *Children as trophies? Examining the evidence on same-sex parenting*. Citado en FONTANA, M.-MARTÍNEZ, P.-ROMEUE, P. en *No es Igual*. Ob. Cit. p.18.

²³⁸ ASCH, S (1997) *On the way to the water, Lesbian Raising Sons*, L.A.: Alyon Books. Citado en FONTANA, M.-MARTÍNEZ, P.-ROMEUE, P. en *No es Igual*. Ob. Cit. p.18.

²³⁹ Eisold, B., 1998, *Recreating mother: The consolidation of 'heterosexual' gender identification in the young son of homosexual men*, American J. of Orthopsychiatry 68, 3: 433-442. Citado en FONTANA, M.-MARTÍNEZ, P.-ROMEUE, P. en *No es Igual*. Ob. Cit. p.18.

Si bien los tiempos han cambiado, y aparecen nuevas realidades a las que el Derecho debe adaptarse, el criterio jurídico debe considerar y velar por esta realidad infantil que permanece intacta en el tiempo.

Algo análogo ocurre en el caso de la inseminación artificial a la que se somete una mujer, unida de hecho con su pareja lesbiana. En este contexto, se ha sostenido que los niños desde la edad de 4 años van pidiendo a varones “que sean sus papás”, y en esa urgencia preguntan dónde está su papá o expresan su deseo de tener uno.

¿Tienen los niños derecho a conocer a su padre? ¿Se puede hablar de un derecho propiamente tal? ¿Les dañará psicológicamente no conocerle jamás? ¿Cómo le explicará la pareja quién es su padre? Ninguna de éstas es una pregunta sencilla.

Después de ver la situación de la adopción en España, y en otros países, y repasar la bibliografía disponible sobre el tema, no podemos asegurar en ningún caso la idoneidad de las parejas homosexuales para adoptar niños. Así pues, ante la duda que tal cantidad de bibliografía plantea, nos vemos obligados a abogar en beneficio del niño y solicitar que no se concedan menores en adopción a parejas del mismo sexo.

Conclusiones

Nuestra ley ha vedado por completo la posibilidad de adoptar por parejas homosexuales, e incluso para evitar que se realizaran malas interpretaciones del texto que hablaba en plural de que “podrán adoptar personas solteras o viudas” se convino en sustituirlo por el singular, dejándose expresa constancia que de esta forma “se impide que soliciten la adopción parejas que carecen de vínculo conyugal o, incluso, que estén compuestas por personas de un mismo sexo”²⁴⁰.

Así las cosas, e interiorizándonos en nuestro Ordenamiento Positivo, el artículo 20 de la Ley N° 19.620, dentro del párrafo primero, *De la constitución de la Adopción por personas residentes en Chile*, prescribe que podrá otorgarse la adopción a los cónyuges chilenos o extranjeros, que cumplan con una serie de requisitos enumerados. La trascendencia de esa palabra *cónyuges* es determinante, pues si en Chile no está consagrado el matrimonio entre personas de un mismo sexo, menos se dará lugar a este mal llamado “derecho” a adoptar. Luego, el artículo 23 se refiere a la solicitud de adopción, la que debe ser acompañada, entre otras cosas, por un informe de evaluación de idoneidad física, mental, psicológica y moral del o los solicitantes, emitido por alguna de las instituciones aludidas en el artículo 6 de la ley citada.

Este trabajo se sustenta sobre la base cierta de que la persona que presenta una tendencia homosexual no nace ligado a ella, sino que ha sido un cúmulo de factores los que, conjugados, provocan esa orientación. Lamentablemente, la mayoría de esos factores algo dicen relación con circunstancias traumáticas (en su expresión técnica). Entonces, nos es fuerza pensar que tal persona, como postulante a adopción, aunque lo sucedido sea asunto del pasado, no será, por regla general, idónea psicológicamente para cumplir una función tan determinante como lo es la paternal o maternal, considerando además que debe pasar por un proceso de evaluación en el que participa con muchos otros postulantes, la mayoría, en estado matrimonial. Podría presentarse un postulante que se muestre muy sobrio, con grandes capacidades intelectuales, pero al hablarse de idoneidad, e idoneidad para suplir necesidades básicas, debemos considerar que no cualquier persona califica para ello.

²⁴⁰ Informe Comisión Mixta. p.25. Citado en CORRAL TALCIANI, H. *Adopción y Filiación Adoptiva*. Ob. Cit. p. 208.

Cuando hablamos de niños, se trata de personas, no de objetos con los cuales experimentar. Esto, que no es una ironía, se entiende perfectamente cuando comprendemos que “no se busca un niño para una pareja que pretende satisfacer sus íntimos e individuales anhelos de experimentar la paternidad, sino una familia para que un niño pueda desarrollar su personalidad armónicamente”²⁴¹.

El ejercicio de la autonomía de un sujeto y su derecho a determinar las reglas que regirán su vida familiar, no puede colocar a los otros-en este caso, a los niños-en una situación de menor autonomía relativa. Resulta indudable que la acción de un sujeto o una pareja homosexual no puede desenvolverse libremente a costa del sacrificio de los adoptados. En tales situaciones tendrá cabida el principio de inviolabilidad de la persona. Aún más, el principio del interés superior del niño vuelve a aparecer, cobrando plena aplicación en este estadio, toda vez que, y como ya se ha dicho, éste implica un reconocimiento cabal del niño como sujeto de derechos y amparado por el Derecho. Reconocimiento de su autonomía. Para que éste se configure, menester es que se construya un marco que permita y promueva la libertad de autodeterminación. Que el niño adoptado cuente con los elementos naturales proporcionados por sus padres (o quienes se transforman en aquéllos) que le faculten para ejercer plenamente sus derechos y percibirse en el mundo como una persona digna que tiene claridad respecto de su identidad. El asunto radica en lo siguiente: incorporados los derechos subjetivos a un campo donde existen otras personas, éstos quedan automáticamente limitados cuando afectan los intereses de los demás.

Aparece así el Artículo 24 de la ley citada: *“Recibida por el tribunal la solicitud de adopción, el juez verificará el cumplimiento de los requisitos legales y, encontrándola conforme, la acogerá a tramitación. En la misma resolución, decretará de oficio las diligencias necesarias para comprobar las ventajas y beneficios que la adopción reporta al menor y, si lo estimare necesario, las que le permitan complementar la evaluación de idoneidad de los solicitantes, las cuales deberán realizarse dentro de los sesenta días siguientes. Vencido este plazo, las diligencias no cumplidas se tendrán por no decretadas y el tribunal procederá a dictar sentencia, sin más trámite”*.

Creemos que el asunto no pasa sólo por lo que una persona homosexual pueda provocar en un niño, observándolo como un peligro, porque definitivamente no lo es, sino más bien el estudio se ha centrado en la implicancia que tiene el hecho que a través de esta decisión judicial, esto es, conceder la adopción, se está creando nada más y nada menos que una nueva familia permanente.

²⁴¹ CORRAL TALCIANI, H. *Adopción y Filiación Adoptiva*. Ob. Cit. p. 209.

Ahora, al no poder permanecer indiferentes frente a la realidad homosexual, se ha realizado un análisis objetivo de esta situación y se concluye que la homosexualidad no constituye una normalidad.

Para otros, la negativa respecto de la adopción por homosexuales dice relación con que es más adecuado para el niño criarse dentro de un matrimonio²⁴². Si bien esta argumentación no hace alusión a la condición homosexual del solicitante, es indudable que hasta tanto no se admitan los matrimonios homosexuales esta barrera será infranqueable. Así, y en aquellas legislaciones en que no existe el matrimonio homosexual, mientras un heterosexual soltero puede alterar el resultado contrayendo matrimonio, el homosexual nunca podría hacerlo.

Entonces, y a modo de recordatorio, los homosexuales pueden ser diferenciados a la hora de adoptar, básicamente, por dos razones:

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

De lege ferenda

Existe una cosa que es clara: no podemos conformarnos al hecho que sea poco factible que un homosexual postule individualmente a la adopción. Nuestra legislación debe adelantarse a los supuestos fácticos y así no verse alcanzada por los mismos.

La pregunta sobre la pertinencia se desplaza en esta sede a la siguiente:

¿Sería pertinente que en la Ley N°19.620 se incluyera una disposición que explícitamente negara a los homosexuales el acceso a la adopción? ¿Podría, un(a) homosexual, ser calificado, a priori, de inidóneo(a) para adoptar?

Creemos que ello sería muy cuestionado, y de difícil consenso.

Entonces, ¿sería adecuado que la ley propusiera criterios para evaluar la idoneidad de una persona interesada en la adopción y no sólo se limitara a ítems de evaluación como actualmente sucede? Claramente esta última posibilidad es factible, porque constituiría una suerte de suplencia de un vacío legal, y facilitaría el trabajo de quienes detentan la función de examinar, esto es, el SENAME, y los organismos acreditados ante éste.

²⁴² El matrimonio homosexual, como se señalara en esta memoria, ha sido reconocido en muy pocos países, no siendo éste el caso chileno.

Estamos pensando en *exigir* a una persona que postula individualmente al proceso de adopción que demuestre, en medio del proceso, que puede ofrecer al adoptado un ambiente familiar marcado por la presencia de una figura paterna y otra materna, necesidad que se explica por las razones esgrimidas durante el desarrollo de este trabajo.

Otra alternativa es ampliar el uso del tan mencionado principio del interés superior del niño, extendiéndolo a esta sede, aduciendo que, en la mayoría de los casos, no sería idóneo para la adopción aquella persona que, manifiestamente o no, presenta orientación homosexual. ¿Cómo hacerlo sin caer en discriminación? ¿Es posible?

Mientras elaboraba el trabajo, una pregunta muy sincera venía a mi mente. Al pensar en una eventual adopción por personas del mismo sexo, unidas entre sí, o por una de ellas individualmente:

¿Qué es lo que se persigue? ¿Por qué se quiere adoptar? ¿Buscan dar plena protección y atención a un menor que no la tiene? ¿O buscan legitimar egoístamente sus derechos, invocando la libertad de opción que les pertenece, pero conculcando casi el interés superior de un niño?

La respuesta no es fácil. Se trata de desentrañar el sentir de muchos, y no es nuestra intención lograrlo. Por lo demás, sería muy ambicioso de nuestra parte.

Lo que sí podemos concluir categóricamente, con los ya citados FONTEMACHI y MARCHESKY, es que se debe proponer, en aras del interés superior del niño:

1. La necesidad de una evaluación médico psico-social por profesionales especialistas en el tema, a todos los aspirantes a adopción en cuanto a su idoneidad, para determinar conductas perversas o anómalas perjudiciales para el niño que no puede crecer con su familia biológica.
2. Si al evaluar sobre la conducta sexual a los que aspiran a la adopción, se observa inclinación homosexual, no considerarlo idóneo como aspirante, en tanto se privilegia el Interés Superior del Niño.²⁴³

Es imprescindible tener claridad acerca de que la idea debe ser evitar siempre un daño en el niño. La solución más sencilla sería que determinada persona homosexual nunca se hubiera promovido como postulante a adopción, sea individualmente, o en representación también del interés de su pareja.

²⁴³FONTEMACHI, M. y MARCHESKY, C. X Congreso Internacional de Derecho de Familia. Mendoza, Argentina. 1998. Publicación en línea.http://www.infanciayjuventud.com/anterior/academic/academ_7b.html Última visita: 21-05-2008.

El problema persiste cuando ninguno(a) está dispuesto a postergar o anular su “derecho a adopción”, toda vez que está convencido que lo que le mueve es el amor, y la necesidad de trascender a través de la crianza de un niño. De ser amor, me parece que estamos frente a uno bastante egoísta, puesto que no se manifiesta un genuino interés en colocar en orden prioritario las necesidades del otro, esto es, del niño, para luego suplirlas (también podría darse el supuesto que uno(a) de ellos(as) tiene un hijo anterior, y es la pareja quien pretende el reconocimiento de algún vínculo con el niño). Y es que ellos(as) mantienen su postura: esta es una opción de vida, y no hay nada de pernicioso en que un niño pertenezca a este círculo de vida. En este momento la toma de postura es radical. La solución no pasa solamente por prohibir el matrimonio entre homosexuales y la posibilidad de adopción, ya que en la práctica esto se nos está presentando a diario con las uniones informales, incluyendo en algunos casos a los hijos de alguno de ellos(as), sino que la real eficacia radicaría, primero, en tomar conciencia de que la homosexualidad no se trata de una situación congénita e inmutable, sino cambiante, existiendo numerosos testimonios que lo corroboran, y segundo, sobre esta base, que las autoridades competentes, organismos pro-familia, luego de analizar profundamente el tema, y habiéndose adelantado ya los resultados, fomenten de una forma convincente a la población homosexual a salir de sus armarios, pero con el fin de solicitar tratamiento a especialistas, sincerándose consigo mismos.

Por otra parte, es menester realizar un trabajo dedicado con los niños, orientado a reafirmar su identidad sexual, conciencia de género y cuidado-valoración de su cuerpo. ¿Por qué esta medida? Primero, porque muchas personas con orientación homosexual presentan, como elemento en común, el haber experimentado abuso sexual en su niñez o adolescencia, y, segundo, porque son bastantes los niños que han sido víctimas del mismo, lo cual, entre otras cosas, trae como consecuencia, confusión respecto de su identidad. Este trabajo debe realizarse tanto en las propias familias, a través de los padres, y en los colegios y jardines, vía capacitación del cuerpo docente. Pero, antes que todo, se trata de crear convicción. Si de argumentos se trata, los hay.

Para muchos que forman parte de la sección más liberal de nuestro país, lo planteado sonará demasiado conservador, e incluso obsoleto. Pero esas reacciones no hacen peso en la balanza, al cotejarlas con la urgente necesidad de cuidar cabalmente la salud y el desarrollo integral de nuestros niños y familias.

Nos unimos a la convicción de MIZRAHI en el sentido que dada la situación social actual, tanto la institución matrimonial, como la adopción y las técnicas de procreación asistida, deben estar reservadas sólo a la pareja heterosexual.

Esta afirmación no obedece para nada a concepciones estereotipadas y obsoletas; al contrario, “nuestra reflexión tiene su punto de partida en una situación fáctica más simple: no es lo mismo una familia constituida sobre la base del matrimonio o unión de hecho de un hombre y una mujer, que la conformada por un núcleo inicial integrado por una pareja homosexual”²⁴⁴.

La idea anterior se ve reforzada al asumir una postura respecto del homosexualismo, la cual ha quedado en evidencia en la presente exposición. Así, al considerar la homosexualidad como una disfunción sexual, y no admitirla como una condición innata, nos es difícil apreciar a una persona que presente estas características, y que por cierto se encuentra privada de su capacidad natural de reproducción al unirse con otra persona, como idónea para la adopción, en los términos exigidos no sólo por la ley, sino también por el sentido común.

No se configuraría la idoneidad. No sería pertinente adecuar un niño adoptado en una familia homosexual.

Creemos que el problema no radica en la adopción individual, ya que perfectamente un familiar o un conocido del niño podría cumplir el necesario rol paterno o materno. Nuestro conflicto dice relación exclusivamente con la homosexualidad en la crianza de niños adoptados.

Téngase presente la afirmación de CARBONNIER: “La familia es menos una institución con valor en sí misma que un instrumento ofrecido a cada uno para la expansión de su personalidad. Hay que difuminar el Derecho de Familia y hablar más bien de un derecho del hombre y de la mujer a la familia, lo que es una forma de derecho a la felicidad implícitamente garantizado por el Estado”²⁴⁵.

²⁴⁴ MIZRAHI, M. *Homosexualidad y Transexualismo*. Ob. cit. p. 31.

²⁴⁴ CARBONNIER, J. *Ensayos sobre las leyes*. Traducción de Luis Díez-Picazo, Civitas, Madrid, 1998, p. 144. Citado en VEGA MERE, Y. *La eclosión de las legislaciones protectivas de las uniones homosexuales*. Ob. cit. p.237.

Bibliografía

- ABOLAFIO MORENO, E y RUBIO GUTIÉRREZ, M. *Adopción y Parejas de Hecho*. Universidad de Cádiz. 2004.
- AGOSTINI VISENTINI, G. *Apuntes de Psicología*. Universidad Católica de Chile.
- CADORET, ANNE. *Padres como los demás. Homosexualidad y Parentesco*. Editorial Gedisa. 2003.
- CENTRO DE ESTUDIOS DE LA REALIDAD SOCIAL. *Homosexualidad, Matrimonio y Adopción. Un enfoque desde el capital social*. Universitat Abat Oliba. Publicación en línea. <http://www.bioeticaweb.com/content/view/4173/857/lang,es/>
- CORRAL TALCIANI, H. *Adopción y Filiación Adoptiva*. Ed. Jurídica de Chile. Santiago. 2002.
- CORRAL TALCIANI, H. *Regulación legal de las uniones homosexuales. Un contrasentido para el Derecho de Familia*. En *Estudios Jurídicos en homenaje a diversos profesores*. Universidad del Desarrollo. Santiago. 2007.
- DE IRALA, J., y LÓPEZ DEL BURGO, C. *Los estudios de adopción en parejas homosexuales: Mitos y Falacias*. Cuadernos de Bioética. XVII, 2006/3ª Edición. U. de Navarra.
- DIAS, M.B. *Uniones Homoafectivas, Informe de Brasil*. En *Revista de Derecho Comparado*. Rubinzal-Culzoni Editores. 2000.
- ELSNER, P.; MONTERO M.; REYES, C.; y ZEGERS, B. *La Familia: una aventura*. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago. 2001.
- FONTANA, M.-MARTÍNEZ, P.-ROMEU, P. en *No es Igual*. Informe sobre el desarrollo infantil en parejas del mismo sexo. Mayo 2005. Publicación en línea. www.hazteoir.org
- FONTEMACHI, M. y MARCHESKY, C. X Congreso Internacional de Derecho de Familia. Mendoza, Argentina. 1998. Publicación en línea. http://www.infanciayjuventud.com/anterior/academic/academ_7b.html
- FRYREAR, M. *Homosexualidad: ¿Congénita o cambiante?* Publicación en línea. http://www.esposibleelcambio.org/ARTICULOS+FUNDAMENTALES_enesp.htm
- GIMÉNEZ AMAYA, J.M., *Cerebro y diferencias sexuales mujer-varón*. En *Mujer y varón. ¿Misterio o Autoconstrucción?* Cofás. España. 2008.
- GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, M. *El Sistema Filiativo Chileno*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2007.

- MARTÍNEZ de AGUIRRE ALDAZ, C. *Constitución, Derecho al Matrimonio y Uniones entre personas del mismo sexo*. Instituto de Ciencias para la Familia. U. de Navarra. Editorial Rialp. 2007.
- MEDINA, G. *Uniones de Hecho. Homosexuales*. Rubinzal-Culzoni Editores. 2001. Santa Fe, Argentina.
- MIZRAHI, M. *Homosexualismo y Transexualismo*. Editorial Astrea. Buenos Aires. Argentina.
- MORENO M. C. y CUBERO, R., *Desarrollo psicológico y Educación*. Compilación de Jesús Palacios, Álvaro Marchesi y César Coll. Alianza Editorial. 1999.
- RODRÍGUEZ BARRIOS, L. *Identidad Sexual, Lenguaje del cuerpo*. Instituto de Ciencias de la Familia, Universidad de los Andes. 2003.
- SCHNAKE SILVA, C. *El Rol del Pediatra en la Promoción del Desarrollo de la Identidad Sexual del Niño. Fundamentos Bioéticos de su Intervención*. Tesis para optar al Grado de Magíster en Bioética. Facultad de Medicina. Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago. 2008.
- SCHUDECK DÍAZ, A. *El Interés Superior del Niño*, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. U. de Chile. 2002.
- UNDURRAGA VALDÉS, V. *Cultura y Diversidad de Formas de Vida: La Homosexualidad*. Publicación en línea. www.cepchile.cl/dms/archivo_3596_1814/chilequeviene_undurraga.pdf
- UNDURRAGA JARA, M. *Análisis del funcionamiento de la institución adopción en nuestra realidad administrativa y judicial*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho. U. de Chile. Santiago. Chile. 2007. Publicación en línea. http://www.cybertesis.cl/tesis/uchile/2007/undurraga_m/html/index-frames.html
- VEGA MERE, Y. *La eclosión de las legislaciones protectivas de las uniones homosexuales*. Revista Jurídica del Perú. Trujillo. 2002.
- WAGMAISTER, A. -BEKERMAN, J. *Uniones de hecho y Adopción*. XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Rosario, Argentina. Ponencia: Régimen de tenencia y visitas con relación a uniones de hecho de personas del mismo sexo. 2003.
- WINNICOTT, D. (1995). *La familia y el desarrollo del individuo* (4° Ed.). Buenos Aires: Lumen Hormé. Citado en LIRA HURTADO, L. *La Adopción a edad temprana... una necesidad*. Fundación San José.
- ZEGERS, B. y otros, *Descubrir la sexualidad*, Ediciones Universidad Católica. 2003.
- ZEGERS PRADO, B.-LARRAÍN SUNDT, M.-BUSTAMANTE VOLPI, F. *Sobre la Homosexualidad*, Ed. Mediterráneo.2007.