

LA ORIENTACIÓN SEXUAL PARENTAL FRENTE A LA ADOPCIÓN, LA ATRIBUCIÓN DE TENENCIA Y EL RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN ENTRE PADRES E HIJOS

Analía G. Pastore

Sinopsis: I.- Planteo de la cuestión. II.- Adopción. *A) Homoparentalidad adoptiva. B) Argumentos a favor de la adopción homosexual. C) Argumentos en contra de la adopción homosexual. D) Finalidad del instituto adoptivo y la necesaria heterosexualidad parental. E) El interés superior del niño. F) Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).* III.- Atribución de tenencia y régimen de comunicación entre padres e hijos. *A) Implicancias de la homosexualidad parental. B) La experiencia norteamericana. 1) Existencia de vínculo biológico o jurídico con el menor. 2) Inexistencia de vínculo biológico o jurídico con el menor. C) La situación en la jurisprudencia nacional.* IV.- Estudios científicos sobre los efectos de la homoparentalidad en los niños. V.- Reflexiones finales.

I.- Planteo de la cuestión.

Desde hace algunas décadas se ha intentado instalar en la conciencia popular la idea de que la familia fundada sobre el matrimonio heterosexual monogámico es sólo un modelo de familia entre los muchos posibles y existentes. La institución matrimonial entendida como unión estable de un varón con una mujer no sería más que la característica de una determinada etapa de la historia de la familia. Consecuentemente, en una sociedad plural y multicultural habría que ampliar el concepto de familia para abarcar cualquier tipo de convivencia entre un grupo de personas vinculadas por ciertas relaciones afectivas. El matrimonio heterosexual daría lugar a un tipo de familia; pero ya no sería el núcleo primario de cualquier familia, pues ésta podría constituirse también sobre la base de una unión homosexual.¹

Fruto de esta ideología reivindicatoria de un modelo familiar liberal y autorreferente, que respondiera a la propia determinación personal, privada e íntima, pero que contara con la máxima protección estatal, eminentemente

¹ BELLVER CAPELLA, Vicente y SILVESTRE VALOR, Juan José. "La heterosexualidad como principio calificador del matrimonio", en Cuadernos de Bioética. Revista trimestral de cuestiones de actualidad. Vol. VIII, Nro. 32, 4ª. 1997. *Homosexualidad y Bioética*. Santiago de Compostela: Ed. Grupo de Investigación en Bioética de Galicia, 1997, p. 1369.

pública, fue el reconocimiento jurisprudencial y legislativo de las uniones de hecho entre personas del mismo sexo, primero, y la apertura legal de la institución matrimonial a parejas homosexuales, tiempo después.²

No obstante, en general, se ha constatado una franca reticencia al reconocimiento de efectos jurídicos en el ámbito filiatorio, limitando la posibilidad de adoptar conjuntamente y desconociendo derechos a la pareja del progenitor biológico o adoptivo.³

Así, por ejemplo, salvo el holandés, el resto de los sistemas evita regular el *status* jurídico de la compañera de la madre del hijo concebido mediante

² Holanda (2001), Bélgica (2003), España (2005), Canadá (2005), Sudáfrica (2006).

³ En Suecia los efectos de la unión eran idénticos a los del matrimonio, salvo por el derecho de adopción y el acceso a las técnicas de reproducción asistida. No se permitía que los miembros de una pareja registrada adoptaran conjunta o individualmente a niños ni podía atribuírseles la custodia conjunta de un menor. Estas restricciones, que se justificaron en virtud del interés superior del niño, fueron suprimidas en junio de 2002. La reciente Ley finesa no permite, en cambio, la adopción conjunta e intenta marcar ciertas distancias respecto al matrimonio. *Vid.* GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina. *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Madrid-Barcelona, 2004, Ed. Marcial Pons, p. 32. En Alemania las parejas registradas no pueden adoptar conjuntamente a niños ni se les reconocen derechos conjuntos respecto a los hijos comunes concebidos mediante técnicas de reproducción asistida. Cuando el progenitor que ejerce la custodia exclusiva del hijo de una unión anterior integra una convivencia, la legislación reconoce expresamente ciertos deberes y derechos parentales en cabeza de su conviviente, vinculados con el desenvolvimiento de la vida cotidiana del niño. Los tribunales tienen competencia en los asuntos que signifiquen resolver una limitación de tales facultades cuando de tal determinación resultara el superior interés del menor. En el supuesto de disolución de la convivencia, se prevé un derecho de visitas a favor del menor siempre que las partes (el menor y el ex conviviente) hubiesen integrado una unidad familiar conviviente durante un período mínimo de tiempo. *Vid.* SCHERMAN, Ida A. "Legislación alemana. Registro de las Uniones de Hecho Homosexuales (Año 2001)", en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Buenos Aires, Nro. 23, Ed. Lexis Nexis, pp. 158-159. En Holanda, la institución de la pareja registrada introducida en 1998 (Ley del 05/07/1997) se diferenció, inicialmente, en cuanto al derecho de adopción conjunta. En 2001, junto con la ley de matrimonio homosexual se aprobó aquella que permitió a las parejas del mismo sexo adoptar conjuntamente. Luego, en enero de 2002 se estableció la responsabilidad parental conjunta y la obligación de alimentos respecto al niño nacido en el seno de un matrimonio o pareja registrada de dos mujeres pese a que no existe relación de filiación biológica entre el niño y uno de los miembros de la pareja. *Vid.* GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina. *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Madrid-Barcelona, 2004, Ed. Marcial Pons, pp. 36-38. En Francia la contratación de un PACS no permite a la pareja adoptar conjuntamente a un niño ni compartir la patria potestad respecto al hijo de uno de los miembros de la pareja que conviva con ella. Tampoco permite el acceso a las técnicas de reproducción asistida. *Vid.* GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina. *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Madrid-Barcelona, 2004, Ed. Marcial Pons, p. 43. Las Comunidades Autónomas españolas de Cataluña y Aragón no permiten que las parejas homosexuales puedan adoptar conjuntamente, a diferencia de lo que ocurre en Navarra y País Vasco. En España la asimilación entre matrimonio homosexual y heterosexual tiene una única excepción vinculada con la presunción de paternidad matrimonial de los arts. 116, 117 y 118 del Código Civil, que sólo afecta a los matrimonios heterosexuales. *Vid.* LAMM, Eleonora. "Matrimonio homosexual y presunción de maternidad", en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Buenos Aires, 2007, Ed. Lexis Nexos, Nro. 37, Julio/Agosto 2007, p. 56. En Portugal el derecho de adopción conjunta tampoco se reconoce a las uniones homosexuales. *Vid.* GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina. *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Madrid-Barcelona, 2004, Ed. Marcial Pons, p. 57.

técnicas de reproducción asistida o del compañero/a de quien tiene hijos de una relación heterosexual anterior.

En este orden, se ha cuestionado, doctrinaria y jurisprudencialmente, si la orientación sexual es un dato significativo a considerar entre las aptitudes del adoptante; si una pareja homosexual puede adoptar conjuntamente; si debe reconocérsele *status* jurídico a la pareja homosexual del progenitor del hijo concebido mediante reproducción humana asistida, del hijo de una relación heterosexual anterior o del hijo adoptivo; y si la orientación sexual de los padres debe tenerse en cuenta al momento de resolver el régimen de tenencia y comunicación entre padres e hijos.

Si bien pareciera que el interés superior del niño, como principio general y pauta interpretativa suprema, ha servido durante algún tiempo como muro de contención frenando el avance de las aguas o, al menos, ha generado cierto estupor frente a la posibilidad que lo que se les reconociera a unos pocos se tornara en un grave peligro para muchísimos otros, necesitados e indefensos, si los hay, los niños, lo cierto es que el reconocimiento legal del matrimonio homosexual ha ido preparando el terreno para que algunos Estados optaran políticamente por afrontar serias dudas asumiendo graves riesgos.

II.- Adopción.

A.- Homoparentalidad adoptiva.

En este escenario, la orientación sexual parental se tornó en un dato jurídicamente relevante frente al instituto adoptivo, distinguiéndose los siguientes supuestos: la adopción individual unilateral con la consideración de la orientación sexual del adoptante como criterio de selección; la adopción conjunta simultánea, en cuyo caso, deben valorarse las consecuencias por privar *ab initio* a un niño de la heterosexualidad parental; la adopción conjunta sucesiva, cuando el compañero del progenitor adoptivo adopta, a su vez, al hijo de éste, valiendo en tal caso la consideración anterior; la adopción individual integrativa que como complemento del recurso a las técnicas de reproducción humana asistida viene a paliar la carencia de nexo biológico entre la pareja del progenitor y el hijo de éste, además de aquellos casos en los que tiende a *regularizar* jurídicamente la situación del compañero homosexual con el hijo de su pareja, nacido de una relación heterosexual anterior, debiendo preverse,

también en estos casos, las consecuencias de privar a un niño de la heterosexualidad parental.⁴

La adopción conjunta tiene lugar entre dos personas adoptantes respecto de un mismo adoptado, y puede ser simultánea –se constituye en un mismo procedimiento respecto de ambos adoptantes- o sucesiva –resultado de dos procedimientos de adopción distintos y sucesivos-. En ambos casos, puede hablarse de adopción *por* parejas homosexuales en aquellos países que han recepcionado el “matrimonio homosexual”.⁵

Se ha recurrido a la adopción individual para que el conviviente no progenitor adoptara al hijo biológico de su pareja, ya sea de una relación heterosexual anterior o bien concebido mediante reproducción humana asistida, con o sin el consentimiento del conviviente adoptante.⁶ En este tipo de adopción subsisten los vínculos jurídicos con la familia del progenitor y se da lo que se ha llamado adopción *en* parejas homosexuales –bajo su modalidad integrativa-.⁷

En aquellos ordenamientos jurídicos como el argentino donde la adopción conjunta está reservada a los matrimonios⁸, la única vía posible para las parejas homosexuales es la adopción individual unilateral, discutiéndose en tales supuestos si la homosexualidad debe valorarse como criterio de selección de los adoptantes.

⁴ Suele diferenciarse la adopción *por* parejas homosexuales, también denominada adopción conjunta, de la adopción *en* parejas homosexuales comprensiva, a su vez, de la adopción unilateral –un homosexual adoptante- y la integrativa de los hijos biológicos o adoptivos de la pareja homosexual. Vid. SOLÉ RESINA, Judith. “Adopción y parejas homosexuales”, en *Matrimonio homosexual y Adopción. Perspectiva nacional e internacional*. Colección Jurídica General, Madrid, 2006, Ed. Díaz-Baisten & Truhán Abogados, p. 209, quien toma la distinción de GARCÍA RUBIO, María Paz. *La adopción por y en parejas homosexuales*, Libro Homenaje al Profesor Lluís Puig y Ferriol (en prensa).

⁵ SOLÉ RESINA, Judith. “Adopción y parejas homosexuales”, en *Matrimonio homosexual y Adopción. Perspectiva nacional e internacional*. Colección Jurídica General, Madrid, 2006, Ed. Díaz-Baisten & Truhán Abogados, p. 210.

⁶ Obsérvese que podría ocurrir que el adoptante no hubiera sido conviviente del progenitor al momento en que éste recurrió a las técnicas de reproducción humana asistida, con lo cual mal pudo haber consentido la práctica ni mucho menos la relación filiatoria consecuente.

⁷ SOLÉ RESINA, Judith. “Adopción y parejas homosexuales”, en *Matrimonio homosexual y Adopción. Perspectiva nacional e internacional*. Colección Jurídica General, Madrid, 2006, Ed. Díaz-Baisten & Truhán Abogados, p. 211.

⁸ Art. 312, 1er. párr. C.C.: Nadie puede ser adoptado por más de una persona simultáneamente, salvo que los adoptantes sean cónyuges. Art. 315, 1er. párr. C.C.: Podrá ser adoptante toda persona que reúna los requisitos establecidos en este Código cualquiera fuese su estado civil, debiendo acreditar de manera fehaciente e indubitable, residencia permanente en el país por un período mínimo de cinco años anterior a la petición de la guarda.

Por su parte, el recurso a las técnicas de reproducción humana asistida, cuando la pareja se encuentra conformada, plantea fuertes interrogantes sobre la aplicabilidad de la presunción de paternidad o maternidad, especialmente en aquellos ordenamientos que han asimilado la unión al matrimonio⁹, quedando abierta la posibilidad de recurrir a la adopción cuando la presunción no está legalmente contemplada.

Como puede advertirse, se ha ido generando una transformación sustancial en la justificación de la determinación de la parentalidad. El criterio biológico sustentado en la capacidad procreadora para la determinación de la maternidad o paternidad ha sido reemplazado por el denominado volitivo, entendiéndose que el compañero del progenitor biológico ha “querido” ser padre/madre del hijo de su pareja.

En este sentido, el Tribunal Superior del Estado de California¹⁰ entendió que en estos casos debía priorizarse la existencia de una voluntad previa a la concepción acerca de la filiación de los hijos que nacen por reproducción humana asistida para determinar la parentalidad independientemente del vínculo genético o gestacional con el hijo; y la convivencia con los hijos y el hecho de haberlos tratado como propios, que en el derecho norteamericano es un criterio independiente de determinación de la paternidad.¹¹

⁹ En España la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006 del 26/05/2006) fue reformada por Ley 3/2007 (15/03/2007). El párrafo tercero del art. 7, adicionado por la reforma, establece: “*Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido.*” Sin embargo, cuando la filiación es extramatrimonial (dos madres solteras de un hijo común nacido de técnicas de reproducción asistida), no está legalmente contemplada la posibilidad de reconocimiento por la compañera de la mujer que ha recurrido a las técnicas de reproducción asistida. Entonces, el único mecanismo legal al que podría acudir la conviviente para determinar la filiación del hijo así concebido es el adoptivo. *Vid.* LAMM, Eleonora. “Matrimonio homosexual y presunción de maternidad”, en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Nro. 37, Julio/Agosto 2007, Ed. Lexis Nexis, p. 67-68.

¹⁰ En el caso “Elisa B. v. Sup. Ct.” (22/08/2005) se plantea si, en ausencia de una adopción previa, puede imponerse a una mujer la maternidad de los hijos que su pareja tuvo durante la convivencia entre ambas, concebidos por fecundación asistida con óvulos de la madre y esperma de un donante anónimo. Por su parte, en “KM v. EG” (22/08/2005) se plantea si puede declararse la maternidad de la mujer que donó óvulos a su pareja lesbiana y que había renunciado a exigir derechos parentales respecto de la descendencia. Finalmente, en “Kristine H. v. Lisa R.” (22/08/2005) se plantea si la madre biológica puede impugnar la maternidad de la mujer con la que convivía, que había quedado determinada por voluntad de ambas antes del nacimiento.

¹¹ LAMM, Eleonora. Matrimonio homosexual y presunción de maternidad, en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Nro. 37, Julio/Agosto 2007, Ed. Lexis Nexis, p. 66-67.

B) Argumentos a favor de la adopción homosexual.

En defensa de los beneficios que reportaría la recepción judicial y legislativa de la adopción homoparental se suelen invocar los siguientes argumentos¹²:

a) El interés del menor no puede determinarse apriorísticamente con base en la orientación sexual de los solicitantes, sino que habrá de valorarse por la autoridad judicial en cada adopción concreta.

No obstante, no puede dejar de reconocerse que la valoración de las aptitudes y condiciones personales de los solicitantes debe incluir necesariamente la consideración de la orientación sexual en tanto ello supone privar *ab initio* al menor de una situación familiar semejante a su familia de origen. Los niños en situación de adoptabilidad tienen derecho a la heterosexualidad parental, en consecuencia, privar a un menor de padre y madre es contrario a su interés superior y, por tanto, injusto.

b) Al posibilitar que la pareja homosexual adopte los hijos del otro se pretende legalizar la situación de hecho en la que el hijo o hija tiene dos madres o dos padres. Con ello se podrán hacer efectivas las responsabilidades y los derechos legales y resolver los problemas que puedan surgir posteriormente con relación al menor. Se trata de dar cobertura legal a una realidad emocional.

Sin embargo, la realidad emocional de estos niños no está marcada por la necesidad de tener dos padres o dos madres legalmente reconocidos sino más bien signada por la imperiosa necesidad de conocer a sus padres biológicos, de saber quiénes son mamá y papá. Resulta más que llamativo que a pesar del resguardado anonimato de los donantes de gametos, sean los propios niños quienes transformen al “donante anónimo” en “papá” o “mamá”.

c) La adopción conjunta obedece al interés superior del menor en tanto coadyuva para que el menor pase el menor tiempo posible en situación de adoptabilidad.

¹² Tomamos como base los motivos esgrimidos en el Preámbulo de la ley catalana 3/2005. En palabras de Judith Solé Resina: “... *valen como presentación de los argumentos, porque los resume y sistematiza, los argumentos favorables a la adopción por parejas homosexuales.*” SOLÉ RESINA, Judith. “Adopción y parejas homosexuales”, en *Matrimonio homosexual y Adopción. Perspectiva nacional e internacional*. Colección Jurídica General, Madrid, 2006, Ed. Díaz-Baisten & Truhán Abogados, p. 215.

Sin embargo, en tanto y en cuanto la adopción tiende a darle una familia a quien ha perdido la suya de origen, debe priorizarse aquellas que reconstruyan esa realidad familiar, es decir, los matrimonios que puedan brindarle al niño además de un ambiente familiar estable y afectivo, el padre y la madre que ha perdido.

d) El derecho al libre desarrollo de la personalidad –comprensiva de la sexualidad- y el derecho a constituir una familia.

Si bien es cierto que toda persona tiene derecho a constituir una familia así como al desarrollo de su personalidad, la realidad no puede forzarse cuando sus propios protagonistas son quienes excluyen en virtud de sus elecciones sexuales la posibilidad de concebir. Elegir supone asumir las consecuencias de tal elección y responsabilizarse por las mismas. En consecuencia, no se puede luego pretender que el Estado tenga la obligación de paliar aquellos efectos lógicos de la decisión, ni tampoco someter a personas indefensas para la concreción de un anhelo natural pero incompatible con la personalidad que libremente se desarrolló.

e) La preferencia del Estado por la unión matrimonial sobre la unión homosexual importa violar el principio de no discriminación en razón de la orientación sexual.

Esta afirmación supone un grave error en el razonamiento pues parte de premisas falsas de las cuales resulta imposible concluir verdad alguna. Plantear como igual aquello que es sustancialmente distinto importa una actuación injusta y discriminatoria hacia el niño en primer lugar, pues lo ubica en una situación de privación de la heterosexualidad parental natural, y hacia las parejas heterosexuales también, porque les otorga las mismas atribuciones que las homosexuales a pesar que éstas no tienen las características naturales de la complementariedad sexual, necesarias para la generación y educación de la prole.

C) Argumentos en contra de la adopción homosexual.

Por su parte, de manera concordante entre quienes se manifiestan contrarios a este tipo de adopción, se han señalado los siguientes argumentos¹³:

a) La filiación adoptiva tiene como modelo la filiación biológica, en consecuencia, la adopción conjunta por una pareja homosexual es contraria a la protección integral que los poderes públicos (también el legislativo) deben asegurar a los hijos, precisamente por ser contraria al interés superior del menor, y porque no es posible crear un vínculo semejante al que existiría entre dos homosexuales y su descendencia biológica, pues dos homosexuales no pueden tener descendencia biológica.

b) La no admisión de la adopción conjunta por una pareja homosexual no vulnera el principio de igualdad pues no es injustamente discriminatoria. Tampoco dos hermanos (varones o mujeres), o dos amigos convivientes no homosexuales pueden adoptar conjuntamente. El problema, entonces, no es la orientación sexual, sino la propia estructura de la relación que se quiere crear que no consciente ser creada respecto a personas del mismo sexo. Esta opción no supone, de suyo, juicio peyorativo sobre la fraternidad, o la amistad, como tampoco, en sí misma, respecto a la homosexualidad.

c) La adopción está pensada en beneficio del adoptado y ni el adoptado ni la adopción como instituto pueden ser instrumento de legitimación u homologación de relaciones homosexuales. 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. La pregunta que hay que formularse es si es lo mejor para un niño ser adoptado por una pareja homosexual, o aún si es bueno ser adoptado por una pareja homosexual.

d) No existe un verdadero derecho a adoptar, tampoco a favor de las parejas heterosexuales, luego nuevamente, no cabe hablar de discriminación.

e) Mientras haya un mayor número de parejas con deseo de adoptar que hijos adoptables no hay una necesidad social de buscar nuevas formas de

¹³ Tomamos los manifestados a partir del análisis del Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre la Reforma del Código Civil español en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo (26/01/2006). SOLÉ RESINA, Judith. "Adopción y parejas homosexuales", en *Matrimonio homosexual y Adopción. Perspectiva nacional e internacional*. Colección Jurídica General, Madrid, 2006, Ed. Díaz-Baisten & Truhán Abogados, pp. 215-217.

adopción; por el contrario, desaconsejan la reforma e invitan a mantener y elevar el rigor en defensa del menor.

f) Inidoneidad de las uniones homosexuales para proporcionar al niño adoptado un ambiente de humanización y socialización adecuado, lo que se justifica por la inestabilidad que caracteriza sociológicamente a las parejas homosexuales; precisamente los niños dados en adopción necesitan un entorno especialmente estable, que compense las carencias que habitualmente han experimentado durante los primeros meses o años de su existencia.

D) Finalidad del instituto adoptivo y la necesaria heterosexualidad parental.

En nuestro país, la ley 24.779 ha establecido el principio de adopción unipersonal, individual o unilateral en los arts. 312 y 315 del C.C., mientras que la adopción dual o conjunta es un privilegio reservado a las personas casadas.¹⁴

Como la norma es aplicable tanto a uniones de hecho heterosexuales como homosexuales, evidentemente no puede sostenerse que constituya una discriminación en razón de la orientación sexual.

Teniendo en cuenta que la finalidad principal de la adopción es brindarle al adoptado la posibilidad de crecer en un ámbito familiar que sustituya al biológico, resulta claro que la mejor forma de lograrlo es a partir de la inserción del menor en una familia sustentada en la unión estable de dos personas que representen las figuras materno-paterna que todo niño necesita para un buen desarrollo.

Constituye un grave error plantear la cuestión de la adopción *en y por* parejas homosexuales únicamente desde la perspectiva de la necesidad de equiparación de las parejas homosexuales a las heterosexuales a estos efectos, pues la normativa que debe regir esta materia en nuestro

¹⁴ Art. 312, 1er. párr. C.C.: Nadie puede ser adoptado por más de una persona simultáneamente, salvo que los adoptantes sean cónyuges. Art. 315, 1er. párr. C.C.: Podrá ser adoptante toda persona que reúna los requisitos establecidos en este Código cualquiera fuese su estado civil, debiendo acreditar de manera fehaciente e indubitable, residencia permanente en el país por un período mínimo de cinco años anterior a la petición de la guarda.

ordenamiento ha de responder, ante todo, al principio del interés superior del niño.¹⁵

De este modo, la oposición a este tipo de adopciones no sólo debe plantearse sobre la base de que tener dos padres o dos madres es perjudicial para el niño pues afecta el desarrollo de su personalidad, sino sobre la necesaria e irremplazable heterosexualidad parental para un adecuado y armonioso desarrollo psicoafectivo del menor.

Los roles complementarios de lo masculino y femenino, sin duda permiten que se lleven a cabo los positivos procesos de identificación de ambas figuras parentales y auspician un crecimiento armónico y equilibrado del niño, aspectos que se estiman indispensables para una adecuada formación de su personalidad.¹⁶

Ciertamente 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. 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 de madre que naturalmente toda persona tiene.^{17, 18}

El niño necesita estímulos para realizarse como un adulto “*normal*” (cognitivos, afectivos, sociales y morales) difíciles de encontrar fuera de la familia. Por esto la familia se configura como la célula natural y social en la que suele tener lugar este proceso de desarrollo. En este marco se inscribe la adopción como figura jurídica que vela por los menores en situaciones de

¹⁵ SOLÉ RESINA, Judith. “Adopción y parejas homosexuales”, en *Matrimonio homosexual y Adopción. Perspectiva nacional e internacional*. Colección Jurídica General, Madrid, 2006, Ed. Díaz-Baisten & Truhán Abogados, p. 211.

¹⁶ MIZRAHI, Mauricio Luis. “Adopción: Separación de hecho y unión de hecho de los pretendidos adoptantes (heterosexuales y homosexuales)”, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, Nro. 17, p. 34.

¹⁷ MEDINA, Graciela. “El Interés Superior del Niño y la Adopción por Homosexuales”, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, Nro. 17, p. 87-88.

¹⁸ MEDINA, Graciela. *Uniones de Hecho Homosexuales*, Buenos Aires, 2001, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 293. Si bien aclara que “*Con esta postura no nos levantamos en contra de la adopción unipersonal por un homosexual, que en algunos casos puede ser beneficiosa para el adoptado*”.

desamparo, y que debe garantizar el derecho de todo niño a tener una familia para desarrollarse de forma diferenciada e integral.¹⁹

En términos de justicia, lo que le corresponde al niño nacido de hombre y mujer es su condición de origen, y la única posibilidad real de alcanzar su identidad es mediante un entorno familiar que le aporte esta diferenciación genotípica y fenotípica. Si el Estado vulnera esta evidencia, falta a la más elemental justicia distributiva, dado que no le otorga al niño lo que le corresponde como sujeto de derechos, esto es, un padre y una madre.²⁰

Refiriéndose a cada uno de los argumentos que la Comunidad Homosexual Argentina señalara a favor de la homoparentalidad conjunta, y en especial con respecto al supuesto beneficio psicológico que implicaría tener dos padres reconocidos, Graciela Medina señala “que la ley no puede reconocer situaciones irreales, como la de tener dos padres, y dudamos de que reporte beneficio psicológico al menor”.²¹

E) El interés superior del niño.

En el debate se debe priorizar la perspectiva del interés del niño, tal como lo exige nuestro derecho positivo.²²

En cuanto a la funcionalidad de este principio, se señala que es programático y, por lo tanto, generador de nuevas normas e, incluso, de instituciones; y es de efectividad inmediata como pauta de interpretación del derecho escrito llegando a contradecir sus disposiciones, como integrador del ordenamiento jurídico colmando sus lagunas y como inspirador e impulsador de medidas concretas de acción positiva.²³

¹⁹ BUIL, Eva, et al. “La adopción por homosexuales”, en Anuario de Psicología Jurídica, Volumen 14, año 2004, pp. 82-83.

²⁰ Centro de Estudios de la Realidad Social. Centro de Investigación y Desarrollo Empresarial. “Homosexualidad, Matrimonio y Adopción. Un enfoque desde el capital social.”, Universidad Abat Oliba CEU, p. 38.

²¹ MEDINA, Graciela. “El Interés Superior del Niño y la Adopción por Homosexuales”, en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, Nro. 17, p. 90.

²² Convención sobre los Derechos del Niño: Art. 3, 1er. pár.: “*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.*” Código Civil argentino: Art. 321, inc. d): “El juez o tribunal en todos los casos deberá valorar el interés superior del menor” (en cuestión de adopción).

²³ MÉNDEZ COSTA, María Josefa. *Los Principios Jurídicos en las Relaciones de Familia*, Buenos Aires, 2006, Ed. Rubinzal-Culzoni, pp. 322-323.

Doctrinariamente se sostiene que el interés superior del niño coincide con los derechos de los menores; por lo tanto, cuando se encuentre en juego un derecho del niño el interés superior se halla comprometido plasmándose como criterio rector de solución en la plena satisfacción de sus derechos.²⁴

Si como lo reafirma el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño la familia es el medio natural para el crecimiento y bienestar de los niños, el problema radical se presenta, entonces, en la faz intersubjetiva; concretamente si es posible la crianza, educación y desarrollo armonioso del adoptado, y el consecuente cumplimiento de los roles paterno y materno, en el ámbito de una pareja integrada por dos hombres o por dos mujeres.²⁵

Ya hemos apuntado sobre la importancia radical que la presencia materna y paterna tiene como figuras naturalmente necesarias en el saludable y armonioso desarrollo, físico, psíquico y espiritual del niño.

Como claramente lo plantea Mizrahi, lo que no podemos dejar de preguntarnos es si asiste a la sociedad el derecho de privar al niño de la heterosexualidad, o sea de la figura del sexo opuesto al del presunto adoptante. Si es lícito instalar al adoptado en un modelo parental discriminatorio en tanto que, por definición, se excluye al otro: el de sexo diferente.²⁶

Siguiendo el pensamiento del autor referido, es muy cierto que el ejercicio de la autonomía de un sujeto y su derecho a determinar las éticas que regirán su vida familiar, no puede colocar a los otros –en nuestro caso, los niños que se quieren adoptar- en una situación de menor autonomía relativa; pues resulta indudable que la acción de aquél no puede desenvolverse a costa del sacrificio de éstos.²⁷

La cuestión no deja lugar a vacilaciones. Si el número de aspirantes excede al de adoptables es totalmente legítimo que el Estado prefiera a

²⁴ MÉNDEZ COSTA, María Josefa. *Los Principios Jurídicos en las Relaciones de Familia*, Buenos Aires, 2006, Ed. Rubinzal-Culzoni, pp. 320-321.

²⁵ MIZRAHI, Mauricio Luis. “Adopción: Separación de hecho y unión de hecho de los pretendientes adoptantes (heterosexuales y homosexuales)”, en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Nro. 17, Ed. Abeledo-Perrot, pp. 40-42.

²⁶ MIZRAHI, Mauricio Luis. “Adopción: Separación de hecho y unión de hecho de los pretendientes adoptantes (heterosexuales y homosexuales)”, en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Nro. 17, Ed. Abeledo-Perrot, p. 44.

²⁷ MIZRAHI, Mauricio Luis. “Adopción: Separación de hecho y unión de hecho de los pretendientes adoptantes (heterosexuales y homosexuales)”, en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Nro. 17, Ed. Abeledo-Perrot, p. 43.

matrimonios en relación a personas solas, o a heterosexuales frente a homosexuales. Es el interés superior del menor el que aquí juega, ya que es indudable que dicho interés debe siempre prevalecer por sobre el de los eventuales adoptantes; y si se pretende dar al menor la familia de la cual carece, no cabe la hesitación: es preferible incorporarlo al modelo de familia matrimonial que entregarlo a una persona sola.²⁸

F) Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

En los últimos años el TEDH²⁹ se ha expedido sobre el particular en dos casos que, además de haber cobrado sobrada trascendencia, han dado un fiel testimonio de la incidencia que el lobby homosexual ha ejercido sobre los organismos internacionales.

Así, en el precedente “Fretté (2002)”³⁰ el TEDH resolvió que, si bien se había transgredido el art. 6 CEDH, al no haber ofrecido al demandante un examen equitativo de su causa ante el Consejo de Estado en el marco de un proceso contradictorio, no existía violación del art. 14 CEDH en relación con el art. 8 CEDH, rechazando que esa diferenciación fuera discriminatoria. Se sostuvo que para que la discriminación existiera no debía haber relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido, y que en este caso no se vulneraba el principio de proporcionalidad debido a la ausencia de consenso -entre los especialistas en infancia y los Estados miembros del Consejo de Europa-, al amplio margen de apreciación que se dejaba a los Estados y a la necesidad de proteger la supremacía del interés del menor para alcanzar el equilibrio deseado.

²⁸ BELLUSCIO, Augusto C. “Adopción. Homosexualidad. Adopción individual por un soltero homosexual”, en Revista La Ley 2002-D, 1197.

²⁹ Se trata de un Tribunal Internacional instituido por un tratado “con el fin de asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes del presente convenio y sus protocolos” (art. 19, Convenio Europeo de Derechos Humanos –CEDH-).

³⁰ Se reclama violación de los arts. 6, 8 y 14 del CEDH por rechazarse, en razón de su orientación homosexual, su solicitud de consentimiento previo para adoptar un niño. Sentencia del 26/02/2002, TEDH 2002/10. *Vid.* DE LORENZI, Mariana A. “Matrimonio, sexo y orientación sexual. Soluciones jurisprudenciales en el Derecho Europeo”. En Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Buenos Aires, 2007, Ed. Lexis Nexis, Nro. 37, Julio/Agosto 2007, p. 30.

Sin embargo, en el caso “E. B. c. France”³¹ el TEDH condenó a Francia a pagar €10.000 a favor de la demandante por discriminación a una mujer homosexual al tener en cuenta su orientación sexual al momento de resolver sobre una pretensión de adopción.³²

El decisorio centró su fundamentación en que sólo podía desestimarse la petición adoptiva cuando hubiera problemas especialmente serios y convincentes en relación con la vida privada del futuro padre y madre, considerando que en el caso no se daban esos motivos porque la ley francesa permitía adoptar a las personas solteras habilitando de tal forma la adopción por parte de una mujer soltera homosexual. Asimismo, entendió que la falta de una figura paterna servía de pretexto para ocultar la verdadera razón de la denegatoria; es decir, la homosexualidad de la peticionaria, estimando que la demandante poseía cualidades personales individuales y aptitudes para educar a un niño.³³

III.- Atribución de tenencia y régimen de comunicación entre padres e hijos.

A) Implicancias de la homosexualidad parental.

Si bien es un criterio que con el tiempo ha dejado de ser de aplicación automática para pasar a incluirse entre las circunstancias relevantes a considerar en cada caso particular, la homosexualidad de alguno de los progenitores fue considerada por los tribunales como factor suficiente para la atribución de la tenencia a favor del otro o como impedimento de contacto con los hijos.

En cuanto al derecho de comunicación se desplegaron dos situaciones diversas: la de los niños y su progenitor no conviviente que luego de la

³¹ Sentencia del 21/01/08, TEDH.

³² Los hechos concernían a una francesa de 45 años, profesora en una guardería que había iniciado en su país, en 1998, el procedimiento para adoptar a un menor. La legitimada activa vivía desde 1990 con su pareja también mujer, lo que declaró a los servicios sociales de adopción durante el trámite. La Comisión Francesa encargada de revisar las demandas rechazó la petición de acuerdo a un dictamen psicológico que indicó que la falta de imagen paterna perjudicaría al menor. *Vid.* MORELLO, Augusto M. “La adopción de niños por homosexuales. Una histórica decisión del Tribunal de Estrasburgo”, en LA LEY 2008-A, 1161.

³³ MORELLO, Augusto M. “La adopción de niños por homosexuales. Una histórica decisión del Tribunal de Estrasburgo”, en LA LEY 2008-A, 1161.

separación vive con una nueva orientación sexual³⁴, y la de la ex pareja del mismo sexo y el hijo biológico o adoptivo de su ex compañero.³⁵

B) La experiencia norteamericana.

La jurisprudencia norteamericana ha recurrido a distintos argumentos para resolver la atribución de tenencia o derecho de visitas al progenitor homosexual o al compañero del progenitor biológico o adoptivo respecto del niño que crían juntos, luego de la separación de la pareja del mismo sexo o cuando uno de los miembros fallece.

1) Existencia de vínculo biológico o jurídico con el menor.

En los casos en que la persona tiene un vínculo biológico o jurídico con el menor se plantea si la homosexualidad es un factor determinante para denegar la tenencia. En tal sentido los tribunales han recurrido a dos criterios: el *test del nexus* y la regla del *per se*.

El primero requiere de una clara relación entre la homosexualidad del progenitor y el daño actual o potencialmente significativo al niño en el caso concreto. El segundo, en cambio, permite al tribunal partir de la presunción de que un padre no es idóneo en razón de su pertenencia a una cierta clase o categoría de personas, en este caso los homosexuales. De esta manera, se niega al progenitor homosexual la oportunidad de probar que es idóneo o el mejor para ejercer la tenencia de su hijo.

2) Inexistencia de vínculo biológico o jurídico con el menor.

En los casos de personas sin vínculo jurídico o biológico con el menor los tribunales han justificado el reconocimiento de la relación del niño con aquella persona invocando *equitable parent status*, *equitable estoppel*, *in loco parentis*, y *de facto parentis*.

³⁴ WAGMAISTER, Adriana y BEKERMAN, Jorge, M. "Tenencia y Derecho de Comunicación de los Hijos en las Parejas del Mismo Sexo", en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Buenos Aires, Ed. Lexis Nexis, Nro. 23, pp. 78-80.

³⁵ No es extraño que al disolverse la pareja el progenitor biológico prohíba que su ex pareja siga relacionándose con el niño que ambos criaron. Al no haberlo podido adoptar, el homosexual no tiene derecho alguno sobre el niño, siendo el único camino legal para mantener contacto con el menor el derecho de visita. Vid. MEDINA, Graciela. *Uniones de Hecho Homosexuales*, Buenos Aires, 2001, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 290.

En el primer caso, una persona obtiene un *status* igual al del progenitor legal siempre que satisfaga ciertas necesidades del niño y acredite haber tenido su guarda física por un tiempo extenso, tener un interés genuino y preocupación por el niño, y que su relación hubiera comenzado con el consentimiento del progenitor.

En el segundo caso, uno de los progenitores se apoya, en su detrimento, en la acción del otro, de modo que se vuelve dependiente del mismo. Esta teoría ha sido invocada para que el progenitor no biológico pase alimentos para el menor cuando el progenitor biológico depende del apoyo económico del otro. En consecuencia, se entiende que si existe obligación alimentaria, también derecho de mantener contacto con el menor.

Las últimas dos teorías se refieren a quien voluntariamente mantiene a un menor y cuida de él. La colocación en el lugar del progenitor –“paternidad psicológica”- depende de la intención de asumir ese estado. Cuando es asumido, los derechos y responsabilidades son los mismos que entre padre/madre e hijo.

No obstante la existencia de estas teorías, lo cierto es que los tribunales norteamericanos han denegado reiteradamente el derecho de comunicación con el niño en cuya crianza intervino el integrante de la pareja homosexual con el progenitor biológico o adoptivo.

C) La situación en la jurisprudencia nacional.

En un fallo de la Sala I de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de San Isidro (08/07/2002)³⁶, el Tribunal confirmó el fallo de primera instancia que modificó la tenencia detentada por la madre homosexual sobre su hijo menor otorgando la misma al padre y concediendo a aquélla un amplio régimen de visitas.

Los argumentos invocados fueron: 1) La homosexualidad no es de por sí sola un impedimento para que el menor tenga un régimen de visitas adecuado con su madre, mientras ello no atente contra el interés del niño. 2) Impedir un contacto adecuado entre la progenitora y su hijo, quien guarda hacia ella

³⁶ Fallo de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro, Sala I, 08/07/2002, Causa 90.283, *in re*: “Cáceres, Miguel A. v. Carrizo, María A. s/incidente de medidas cautelares”, Publicado en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Buenos Aires, Ed. Lexis Nexis, Nro. 23, pp.163-169.

profundos sentimientos positivos, porque la progenitora es lesbiana sería desconocer el superior interés del menor contemplado en la Convención sobre los Derechos del Niño y discriminar arbitrariamente a la madre por su preferencia sexual, en contra de lo establecido en toda la legislación antidiscriminatoria y fundamentalmente en lo dispuesto por el art. 19 de la C.N.

3) Es más conveniente para el menor que viva con su padre porque éste tiene una familia constituida con otra esposa y tres hijos con los cuales el menor mantiene una buena relación, desde que convive con ellos ha mejorado su rendimiento escolar y se siente muy integrado con la familia paterna.

Según la valoración que el Tribunal hiciera de las circunstancias particulares del caso y priorizando el interés superior del menor, resultó *mejor* que la tenencia fuera atribuida al padre quien tenía una familia en la que el menor estaba integrado, y que la madre tuviera una amplia comunicación con su hijo, pues no obstante su orientación homosexual, el niño necesitaba el contacto con su progenitora.

Sin embargo, cabría cuestionar la referencia a la norma del art. 19 C.N. en relación con la preferencia sexual de la madre y la posible discriminación arbitraria en caso que la comunicación con su hijo fuera impedida por tal motivo. Ello en virtud que la posibilidad de comunicación del hijo con su madre estará determinada por el interés superior del menor en el marco de las circunstancias particulares del caso, sopesando los beneficios y perjuicios que tal comunicación podrían irrogarle al niño. Esto importa que más allá del derecho de la madre a la privacidad y al desarrollo de su personalidad como mejor le plazca, siempre debe primar el interés del menor que de ninguna manera puede ser sometido a supuestos sentimientos discriminatorios.

En otro interesante antecedente la homosexualidad debió sopesarse con la delicada situación de la madre quien padecía de adicción a las drogas y depresión (08/06/2003)³⁷. Se trataba de un padre homosexual -en pareja-, cuya homosexualidad era conocida por la madre al momento de acordar judicialmente el cambio de tenencia que inicialmente –cuando se divorciaron- había sido convenida a favor de la madre pero que luego debió modificarse en virtud de su adicción a las drogas y a causa de una denuncia vecinal sobre la

³⁷ Fallo del Juzgado de Familia de 4a Nominación de Córdoba, 08/06/2003, *in re* “L.S.F. y A.C.P.”

situación de abandono y desprotección en que se encontraban los niños mientras vivían con su madre.

Cuando la madre solicitó la tenencia de sus dos hijos de seis y ocho años, hacía más de cinco años que vivían con su padre y, si bien manifestó haberse recuperado de su adicción, ello no fue probado.

La Jueza resolvió denegar el pedido de cambio de tenencia solicitado por la madre quien había invocado inconvenientes de índole moral sin mayores explicitaciones y mantener a los hijos bajo la guarda del padre, luego de destacar las aptitudes y condiciones personales de éste frente a la imposibilidad de sostener el rol materno sin un tratamiento terapéutico y la falta de compromiso de la madre en la educación de sus hijos; el estado de salud, desenvolvimiento escolar y situación ambiental y afectiva de los menores; la estabilidad económica del padre frente a la falta de recursos de la madre; el hecho de que no se advertía indicio alguno de que la conducta sexual del padre hubiera sido contraproducente o peligrosa para el pleno desarrollo de sus hijos; y la consideración de que al margen de la orientación sexual de los progenitores es deber judicial averiguar si reúnen las condiciones necesarias para cumplir adecuadamente el rol parental así como determinar qué es lo mejor para los menores.

Se trata de un caso de muy difícil solución en el que la homosexualidad del padre se enfrentaba a la adicción a las drogas de la madre quien además vivía una apremiante situación económica y se encontraba aparentemente desentendida de las necesidades de sus hijos, y sobre el cual desconocemos la estructura de la familia extendida, esto es, presencia de abuelos maternos y paternos, tíos, etc.

IV.- Estudios científicos sobre los efectos de la homoparentalidad en los niños.

Desde principios de la década del '70 hubo una proliferación de investigaciones científicas tendientes a socavar las ideas imperantes en torno a la filiación homoparental. Esos trabajos fueron frecuentemente usados por homosexuales en casos judiciales para afrontar la idea del mayor riesgo al que se exponía al niño de ser abusado por un padre homosexual, de ser él mismo

también homosexual, de ser socialmente estigmatizado, de contraer SIDA, y de sufrir un daño en su desarrollo psicosocial.³⁸

Se pueden señalar tres áreas principales de investigación científica en la materia: 1) Relación social de los niños con sus pares y adultos, 2) Desarrollo personal o psicosocial de los niños, y 3) Estudio de la identidad sexual, en especial de la identidad de género individual (temprano reconocimiento de ser varón o mujer), de los roles de género en el comportamiento (comportamientos considerados tradicionalmente como femeninos o masculinos) y de la orientación sexual (preferencias eróticas por varones, mujeres o ambos).³⁹

Robert Lerner y Althea Nagai -sociólogos de la Universidad de Chicago y expertos en el campo del análisis cuantitativo- evaluaron 49 estudios sobre paternidad homosexual, frecuentemente usados para "probar" que un niño no resultaba negativamente afectado cuando era criado por dos homosexuales.⁴⁰

Para sorpresa de algunos, han encontrado que todos los estudios sobre los que se basan estas conclusiones adolecen al menos de una grave deficiencia entre las que señalan: hipótesis poco claras o mal planteadas, comparación inadecuada de grupos, unidades de medida inválidas, casos que no han sido escogidos al azar, ejemplos demasiado pequeños como para conducir a resultados significativos, falta de análisis o análisis inadecuados, así como que todos los autores de esos trabajos, excepto uno, deseaban influenciar la política pública en apoyo de las familias homoparentales.

A igual conclusión arribó Steven Nock -profesor de sociología de la Universidad de Virginia-, quien también revisó toda la literatura en la materia. Cuando se le preguntó a qué conclusión se podía arribar en base a las investigaciones actuales, cautelosamente respondió que no estaba en condiciones de aseverar conclusiones en dirección alguna y puntualizó que a causa de problemas metodológicos y en la selección de los grupos de muestra las investigaciones revisadas no brindaban información suficiente para hacer

³⁸ LEE, Tiffani G. "Cox v. Department of Health and Rehabilitative Services: A Challenge to Florida's Homosexual Adoption Ban", en *University of Miami Law Review*, Miami, 1996, University of Miami School of Law, Vol. 51, October 1996, Number 1, p. 155.

³⁹ LEE, Tiffani G. "Cox v. Department of Health and Rehabilitative Services: A Challenge to Florida's Homosexual Adoption Ban", en *University of Miami Law Review*, Miami, 1996, University of Miami School of Law, Vol. 51, October 1996, Number 1, p. 155.

⁴⁰ LERNER, Robert, Ph.D. y NAGAI, Althea, Ph.D. *No Basis: What the Studies Don't Tell Us About Same Sex Parenting*, Washington DC, 2001, Marriage Law Project/Ethics and Public Policy Center.

algún pronunciamiento al respecto, concluyendo que la literatura no era conclusiva.⁴¹

En otro estudio, analizando las investigaciones actuales sobre homoparentalidad, se encontró una persistente limitación de las mismas que en su mayoría se referían a grupos de personas blancas, de clase media, de mujeres homosexuales previamente casadas y sus hijos. Como resultado de ello, se entendió que no podían efectuarse generalizaciones ciertas en base a tales resultados.⁴²

Coincidentemente, en un trabajo publicado en la *American Sociological Review* se explica que en la actualidad es imposible distinguir completamente el impacto de la orientación sexual de los padres en sus hijos porque la mayoría de los niños criados por parejas homosexuales no llegaron a hogares homoparentales desde su nacimiento sino que venían de enfrentar situaciones -como el divorcio de sus padres biológicos- que son en sí mismas problemáticas y distintas de las cuestiones vinculadas con la orientación sexual de sus padres. Los autores de este trabajo no están de acuerdo con quienes proclaman que no hay diferencias entre los hijos de padres heterosexuales y aquellos de padres homosexuales.⁴³ Finalmente, reconocen que los problemas de identidad de género y sexualidad podrían ser para los niños criados por homosexuales mayores que los que cualquier investigación haya reconocido.⁴⁴

Las mayores diferencias, según la evidencia, se encuentran en las parejas de mujeres homosexuales con hijos varones. Debido a que muchas mujeres homosexuales tienen una actitud extremadamente negativa hacia los

⁴¹ Entrevista telefónica efectuada por Glenn Stanton al Dr. Steven Nock, en fecha 01/02/2002, en STANTON, Glenn. "Examining the Research in Homosexual Parenting", en www.family.org, visitado el 28/05/2008.

⁴² DEMO, David y COX, Martha. "Families with Young Children: A Review of Research in the 1990s," *Journal of Marriage and the Family*, 62 (2000), p. 889, citado en STANTON, Glenn. "Examining the Research in Homosexual Parenting", en www.family.org, visitado el 28/05/2008.

⁴³ STACEY, Judith y BIBLARZ, Timothy. "(How) Does the Sexual Orientation of Parents Matter?" *American Sociological Review*, 66 (2001), pp. 159-183. En este trabajo se re-examinaron 20 estudios sobre homoparentalidad que supuestamente demostraban que no había diferencias entre los niños criados por padres heterosexuales y homosexuales, concluyendo que sus autores ignoraron diferencias que ellos en cambio habían encontrado y caracterizaban como positivas. Así, los niños criados por padres homosexuales mostraban mayor comprensión por la diversidad social, estaban menos limitados por estereotipos de género, eran más propensos a padecer confusión sobre su identidad de género, más propensos a las experiencias sexuales y la promiscuidad, y más propensos a explorar el comportamiento homosexual.

⁴⁴ STACEY, Judith y BIBLARZ, Timothy. "(How) Does the Sexual Orientation of Parents Matter?" *American Sociological Review*, 66 (2001), p. 167.

hombres, algunas están aún muy enojadas con sus propios padres y trasladan esa hostilidad hacia los hombres en general y hacia la masculinidad en sí misma, generándose un ambiente en el que será muy difícil para un niño transitar de manera saludable el proceso de identificación masculina. En el libro *Lesbian Raising Son* se revelan numerosos casos de niños que bajo estas circunstancias exhiben un desorden de identidad sexual.⁴⁵

El problema ha sido notado incluso entre los defensores de la terapia reafirmadora de la homosexualidad, al señalar que a pesar de la pretensión de que dos madres es lo mismo que una madre y un padre, estas familias tienen que lidiar con la realidad de un padre ausente.⁴⁶

Patricia Morgan –socióloga experta en temas de familia del Reino Unido– examinó 144 estudios publicados sobre homoparentalidad concluyendo que promueve el comportamiento homosexual, confunde los roles de género y aumenta las probabilidades de problemas psicológicos serios en el futuro. Asimismo, observa que la prensa acepta con frecuencia, sin crítica alguna, aseveraciones hechas en base a estudios poco serios sobre los efectos de la homoparentalidad en los niños y advierte que buena parte de la campaña por los derechos a la paternidad homosexual implica la utilización de los niños para conseguir declaraciones políticas.⁴⁷

Por su parte, de manera concluyente, cantidad de investigaciones en el área de las ciencias sociales demuestran que los niños criados por su madre y padre unidos en matrimonio se hallan en la mejor situación de bienestar posible

⁴⁵ ASCH, Sara. *Lesbian Raising Sons*, L.A.: Alyon Books, 1997, p. 4.

⁴⁶ HEINEMAN, Toni. "A Boy and Two Mothers: New Variations on an Old Theme or a New Story of Triangulation? Beginning Thoughts on the Psychosexual Development of Children in Nontraditional Families.", en *Psychoanalytic Psychology*, 2004, 21, 1, pp. 99-115.

⁴⁷ MORGAN, Patricia. *Children as Trophies?: Examining the Evidence on Same-Sex Parenting*, Christian Institute. Algunos de los puntos claves señalados por la autora son: *There is not a single published comparative study of the effects of homosexual foster care or adoption. Advocates of gay adoption can only cite studies on homosexual parenting.* (p. 127). *Despite repeated assertions to the contrary, many studies indicate significant differences between homosexual and heterosexual parenting outcomes for children, particularly the likelihood that children of homosexuals may become involved in homosexual behaviour themselves.* (p. 67). *In fact some researchers in favour of gay adoption even admit that such children are more likely to be homosexual.* (pp. 77, 78, 85). *Gender confusion seems to be rife with daughters of lesbian mothers.* (p. 78). *Studies commonly fail to test any hypothesis or use a proper control group. Sample sizes are so small that no deductions can be made. One study which was headlined as "Gay men make better fathers" did not even have any children in the study but merely asked opinions.* (pp. 55-56). *Evidence from around the world shows that the married family is the most successful child rearing environment. (Britain, USA, The Netherlands, New Zealand).* (pp. 87-90). *Pro-gay sociologists argue that gay adoption should go ahead despite the lack of evidence in support.* (p. 132).

frente a aquellos niños criados en el ámbito de cualquier otra situación familiar.⁴⁸

V.- Reflexiones finales.

La orientación sexual parental irrumpe como criterio de valoración jurídica debido a que la heterosexualidad natural, corolario de la complementariedad sexual esencial para procrear, es un aspecto ineludible a la hora de determinar, en cada situación particular, qué es lo mejor para el niño.

Si la adopción viene a paliar la situación de desamparo familiar de un menor, entonces, no cabe hesitación alguna, lo mejor para ese niño será ser acogido en el ámbito de una familia semejante a su familia de origen, en la que pueda encontrar un padre y una madre que cimienten su desarrollo psicoafectivo y espiritual de manera íntegra y saludable.

Todo aquello que involucre la vida del menor debe ser objeto de una pormenorizada consideración en torno a la atribución de tenencia y determinación del régimen de comunicación entre padres e hijos. No hay duda que la conducta homosexual parental es un rasgo significativo entre las condiciones personales de los progenitores y, por tanto, deberá ser tenida especialmente en cuenta al momento de decidir qué es lo mejor para el menor.

La experiencia que hoy brindan los hijos de padres y madres donantes anónimos de gametos, demuestra que los niños reconocen en la parentalidad biológica un fuerte vínculo que afecta el desarrollo psicológico de su personalidad, y necesitan imperiosamente, siempre y en cualquier circunstancia, efectivizar en su realidad emocional ese ligamen biológico y psicológico, conociendo a sus progenitores y manteniendo contacto con ellos.

Nos encontramos frente a relaciones de justicia distributiva en las que el Estado debe velar por dar a cada uno lo que le corresponde. La parentalidad heterosexual es un derecho de los niños que el Estado tiene la obligación de garantizar. ¿Quién puede atribuirse el derecho de privar a un niño de padre y

⁴⁸ STANTON, Glenn T. *Why Marriage Matters: Reason to Believe in Marriage in Postmodern Society*, Colorado Springs, 1997, NavPress. POPENOE, David. *Life Without Father*, New York, 1996, The Free Press. MCLANAHAN, Sara y SANDEFUR, Gary. *Growing Up With a Single Parent: What Helps, What Hurts*, Cambridge, 1994, Harvard University Press. Todos ellos citados en STANTON, Glenn. "Examining the Research in Homosexual Parenting", en www.family.org, visitado el 28/05/2008.

madre? ¿Qué derecho puede anteponerse al de todo niño de ser concebido y educado por *mamá* y *papá* en el seno de una familia?