



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

*Adopción homoparental de Niños y
Niñas*

DENISSE M.DÍAZ MEZA

PROFESOR GUÍA: ALEJANDRO ALARCON QUINTEROS

DICIEMBRE 2018

Agradecimientos:

Agradezco a todo y cada uno de los que creyo y acompaño en este tremendo desafío. Pero debo nombrar a los mas especiales en esto y por sobre todo a mi hijo Luis Ignacio Toledo Díaz, por su comprensión, ayuda y empuje, a mi madre que en los primeros años se transformo en mi tercera mano, a mi padre y familia por la palmadita en la espalda a mi pareja un hombre que entendió mis develos y acompaño en ellos. A mis profesores y mentores por creer, confiar y entregarme las herramientas para seguir construyendo justicia.

A todos con mucho cariño.

Pd. Perdonen mis mil ausencias. Pero este es mi resultado de aquello.

Adopción de Niños por personas homosexuales ¿Pertinentemente Viable?

Tesis para optar al Grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales
Profesor Guía: Alejandro Alarcón Santiago, 2018.
Tesisista: Denisse M Díaz Meza

Tabla de Contenido

Resumen.....	pág.4
Introducción.....	pág.5
• Capítulo I: La Adopción: ¿Qué significa? ¿Qué persigue?.....	pág.6
Definiciones.....	
Fundamentos de la Adopción.....	
Principios que inspiran el Régimen Adoptivo Chileno.....	
La adopción como reparación.....	
.Capitulo II: El Interés Superior del Niño.....	pág.13
El interés Superior del Adoptado.....	
El Principio de la subsidiariedad de la adopción y de la prioridad de la familia biológica.....	
El Principio de Preferencia de la Familia Matrimonial.....	
El Principio de la Verdad Biológica. La Protección de la Identidad del Adoptado.....	
Irrevocabilidad de la Adopción.....	
Características de la Adopción en la Ley Chilena.....	
• Capítulo III: Aproximación a un concepto de Homosexualidad.....	pág.45
Sexualidad Humana e Identidad Sexual.....	
El proceso de Identificación Sexual.....	
Definiciones.....	
Naturaleza y Sexualidad.....	
Factores que inciden en la Homosexualidad.....	
¿Es cambiable la Homosexualidad?.....	
Breves Conclusiones.....	
• Capítulo IV: Adopción y Homosexualidad en el Derecho Comparado e Internacional- Breves menciones.....	pág.79
Jurisprudencia Comparada relativa al derecho de visita (o <i>relación directa y regular</i>).....	
Jurisprudencia Internacional	
Derechos Sexuales.....	

- Capítulo V: Concibiendo desde la posibilidad.
- Supuestos que podrían concurrir.....pág.112
- Adopción por sólo uno de los miembros de la unión.....
- Adopción por ambos convivientes conjuntamente.....
- Adopción por parte del homosexual que no vive en pareja.....
- ¿Por qué es importante para los homosexuales la adopción?.....
- Argumentos a favor y en contra.....
- ¿Discriminación o diferenciación?.....
- Manifestaciones Concretas del Interés Superior del Niño.....pág.137
- Reforma Ley de Adopción.....pág.139-141

- Conclusiones.....pág. 143

- Bibliografía.....Pág. 147

Resumen.

En este trabajo tesis bajo la modalidad de ensayo, tomó como punto de inicio, la legislación de adopción de menores en Chile desde sus inicios hasta hoy y cómo se trata en otros países de la orbe, que con legislación muy similar pero con otra mirada de los jueces y sentenciadores hace menos engorrosos y traumático este proceso.

Si bien la adecuación de la legislación nacional a los estándares establecidos en instrumentos como la Convención sobre Derechos del Niño y otros tratados internacionales ha generado un amplio desarrollo de la normativa que regula la adopción en Chile, se observa que a varios años desde la entrada en vigencia de la ley 19.620, sus modificaciones y complementos es posible identificar una serie de debilidades en el sistema, cuya influencia impide el cumplimiento efectivo de los objetivos existentes detrás de la verdadera naturaleza de la institución llamada Adopción.

Esto se debe principalmente a las demostradas debilidades del sistema de protección especial de derechos de niños, niñas y adolescentes.

La definición del concepto interés superior del niño con que se encuentra consagrado y la inexistencia de un marco normativo único en materia de medidas de protección de derechos de la infancia, generan una aplicación excesiva de medidas que implican la separación del niño de su núcleo familiar. Dando pie a que vulnera principalmente su derecho a la identidad y de vivir en familia, que a su vez, da inicio a la apertura de procedimientos de adopción con en el esfuerzo de resguardar este interés superior ya señalado.

Tienden a la vulneración de esos derechos la causa de la inexistencia de una adecuada y completa ponderación de todos los principios y derechos que convergen en este tipo de procedimientos.

Una debida protección del derecho a la identidad y del interés superior del niño requiere necesariamente de la aplicación subsidiaria de la tan anhelada adopción.

En razón de lo anterior, se hace necesaria una reestructuración del sistema proteccional que implique modificaciones al régimen de adopción que permitan asegurar su correcta aplicación para los casos en que específicamente fue concebida y mas aun en el tema principal de este ensayo de tesis.

Introducción:

Este trabajo busca conocer la normativa y los aspectos básicos de la adopción de menores en Chile por parte de personas homosexuales, y en algunos países extranjeros de los cuales normalmente tomamos como modelo para la elaboración de nuestras leyes.

La justificación está en la necesidad de conocer la situación de desprotección en que se encuentran los niños, niñas y adolescentes vulnerables quienes por su edad cuentan con características especiales que les impiden ser protagonistas e impulsores de los cambios normativos necesarios para asegurar su bienestar.

Con el objetivo de una adecuada protección de los bienes jurídicos en juego, se busca en primer lugar identificar los derechos fundamentales involucrados en los procedimientos de adopción.

Comprender la normativa nacional e internacional aplicable, y así evitar que, en el afán de dar soluciones rápidas a situaciones de una importante gravedad, se lleguen a vulnerar otros derechos de igual o mayor relevancia, como en muchas situaciones llega a ocurrir.

Esto tiene importancia, toda vez que la existencia de derechos fundamentales que entran en constante pugna en los procedimientos de adopción y la actuación y tramitación de agencias internacionales facilitadoras a los extranjeros que vienen a Chile en busca de un hijo o hija ha implicado que producto de una ponderación incompleta de todos los factores convergentes en esta materia, se genere una inadecuada aplicación práctica de la institución, que la aleja de los fines para los cuales fue creada.

El interés del Estado manifestado en el actuar judicial y de los organismos colaboradores, es resguardar el interés superior del niño, niña o adolescente. Por su parte, el interés de quien solicita la declaración de susceptibilidad de adopción o del adoptante es hacerse cargo del menor para integrarlo a su propia familia y, por otro lado, se encuentra el interés de los padres biológicos o de la familia extensa del menor de mantenerlo bajo su propio cuidado. Esta disyuntiva, sumada a la connotación pública que han adquirido los casos de vulneración de derechos de los niños, han alertado a los órganos legislativos por las graves carencias que adolece el sistema actual de protección de derechos y la existencia de un número importante de situaciones que se encuentran fuera de la ley, como lo es la consagración legal de la existencia de nuevos tipos de familia.

1. Definiciones

Capítulo I

1. 1 La Adopción: ¿Qué significa? ¿Qué persigue?

Si bien son muchos los conceptos ofrecidos por los autores, para efectos de este ensayo nos remitiremos a ciertas definiciones que me parecen pertinentes y muy 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”¹. Por su parte, 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”².

Sin embargo Jorge MAZZINGHI Argentino, 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”³.

Luego, y en nuestro medio, Hernán CORRAL TALCIANI, siguiendo a muchos 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*”⁴. 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”⁵.

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”⁶.

En Francia sin embargo, 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”⁷. 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”⁸.

¹ RIVERO HERNÁNDEZ F. en LACRUZ, J.L. y otros, *Elementos de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*, Bosch, 4aedic., Barcelona, 1997. Citado en CORRAL TALCIANI, H. *Adopción y Filiación Adoptiva*. Ed. Jurídica de Chile. 2002, p. 73.² 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. ³ MAZZINGHI, J. A., *Derecho de Familia*, Desalma, 3a Edición, B. Aires, 1999, T IV, p. 197. ⁴ CORRAL TALCIANI, H. *Adopción y Filiación Adoptiva*. Ed. Jurídica de Chile. 2002. p. 74. ⁵ CORRAL TALCIANI, H. *Adopción y Filiación Adoptiva*, Ob. cit. p. 74. ⁶ GÓMEZ DE LA TORRE V., M. *El Sistema Filiativo Chileno*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2007, p. 223. ⁷ MURAT, P. *Droit de la famille*, Paris, Editions du Juris-Classeur, 2000, p.4. ⁸ 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.

Un conjunto de documentos 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”. 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.

Sin embargo y 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 todos los tiempos y sus diferencias, es el carácter legal de generar un vínculo de filiación entre dos personas que no se encuentran unidas por vínculos biológicos sanguíneos .

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”⁹. 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”¹⁰.

Pero si quisiéramos desentrañar la concepción que recoge el Ordenamiento Jurídico Chileno, en la Ley No 19.620, atendido el propósito de esta tesis, sólo es cuestión de dar una mirada al artículo 1o, que dice *“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”*.

2.1 Fundamentos de la Adopción

Impresindible 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 condición homosexual se levanta como un impedimento para acceder a la adopción.

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.) Entregar hijos a quienes no los tienen. Claramente esta circunstancia queda superditada 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”.

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. 1 Principios que inspiran el Régimen de Adopción Chileno

Al existir en el mundo distintos casos de adopción, se torna muy 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 viviendo, 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:

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.

Los efectos en todos los casos se extienden a los descendientes del que sera adoptado.

Crea un vínculo de parentesco civil similar al que resulta de la paternidad y filiación por naturaleza.

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 para proceder a la adopción, considero 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.

⁹ MEDINA, G. *Uniones de Hecho. Homosexuales*. Rubinzal-Culzoni Editores. 2001. Santa Fe, Argentina. p. 254.

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

4.1 La adopción como reparación

Mucho se ha hablado acerca de la función reparativa de esta institución.

Comenzamos del supuesto, tal como lo ha sostenido WINNICOTT¹¹, 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.

¿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.

11 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.

El niño en estas condiciones enfrenta una experiencia temprana de abandono y rechazo de sus progenitores, lo que constituye la agresión en su nivel más alto que puede sufrir un ser desprotegido que necesita de sus padres para poder vivir y desarrollarse, amenazando con ello las áreas de su comenzado desarrollo. Requiere, entonces, de una experiencia reparadora que le permita volver a construir la confianza en la figura de apego y en sí mismo para desarrollarse en el mundo¹².

En este sentido, en medio del proceso de investigación para esta memoria, pude 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 No 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, pude 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.

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 encuentra 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 No 19.620, su Reglamento, y en la Convención de la Haya:

¹² LIRA HURTADO, L. *La Adopción a edad temprana... una necesidad*. Ob. Cit. p. 8.

Capítulo II

2.1 El Interés Superior del Niño, como principio.

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”¹³.

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 No 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 concreto¹⁴.

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 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”*.

¹² 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.

¹³ Publicación en línea.

www.cabb.org.ar/congreso/conclusiones/conclusiones2.doc. ¹⁴ 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.

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 oirá 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 No 19.968, del año 2004, que crea los Tribunales de Familia, y que, por cierto, según lo dispuesto en su artículo 8 No 14, incluye dentro de la competencia de estos tribunales el procedimiento de adopción, en su artículo 16, recoge el principio analizado al señalarnos: *“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 1º 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 Niño, 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 No 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*”.

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 paices. 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 dentro del quehacer jurídico se ha traducido en una valoración del niño como un sujeto activo de derechos que se ha valorado con el transcurso del tiempo. Si se admite la supremacía del *favor minoris* sobre cualquier interés legítimo, la dificultad radica 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”¹⁵. 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”, 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”. 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.

2.2. 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.

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?”. 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.

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 pleno de adopción. Volvemos a las palabras de la profesora DOMÍNGUEZ HIDALGO: “Así las cosas, parece difícil el fortalecimiento de la familia en el contexto de una mentalidad como la postmoderna que enarbola 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”¹⁶.

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 lleva y 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.

15 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.*

16 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, No 2, 2005, p.205- 218.*

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

Se da por sabido que si se trata de velar por el interés superior del niño se deben hacer los mayores esfuerzos para que éste pueda desarrollarse en el núcleo 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 y cuidar 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 solo y para 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 original 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”, tal como lo consagrara su

artículo 1º, 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 original, a menos que el interés del niño señale que le es más beneficioso ser entregado en adopción”¹⁷.

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)

2.4 El Principio en Cuanto a Preferencia de la Familia Matrimonial

Al analizar este principio, debemos tener presente que la adopción plena o legítima 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 y de protección 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 del matrimonio. 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”¹⁸.

¹⁶ CORRAL TALCIANI, H. Adopción y Filiación Adoptiva. Ed. Jurídica de Chile. 2002. p.67. ¹⁷GÓMEZ 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 original y las ventajas que la adopción representan para él. ¹⁸

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.

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 es la 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”.

Ahora bien, nuestra ley de adopción no ha consagrado 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 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”¹⁹. 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, procrear y criar en común y, por lo tanto, cumplen la misión de propagar la especie interviniendo activamente en el recambio generacional universal.

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 de forma natural, se echa por tierra al considerar que las primeras no pueden procrear.

Además, están capacitadas, por lo menos en teoría, 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 durante 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 asistida²⁰.

2.5. 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 logramos entender 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”²¹.

¹⁹ MAZZINGHI, J.A. Derecho de Familia. Ob. Cit., p.212.

20 GUARDADO-PREVALIL-VUGMAN, Uniones de hecho y uniones homosexuales: resultado de una encuesta. Derecho de Familia, no 20, p.197. Citado en MIZRAHI, M. Homosexualidad y Transexualismo. Ob. Cit. p.19.

21 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 con las mismas características (entiendase genéticas).

El derecho a la identidad, en cuanto determina al ser como individualidad, importa 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”²².

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 al menos así si pretende) al niño como una autonomía en desarrollo, imponiéndolo 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 em cuanto a su desarrollo.

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 conlleva a

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 llega a requerir en forma libre y voluntariamente. Así, y consciente de esta realidad, nuestro legislador se ha hecho cargo de la necesidad de conservar 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).

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).

22 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.

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).

2.6. 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”.

2.7. Características de la Adopción en la Ley Chilena

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

1a. 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”²³. Las normas que tienen a la adopción como objeto de regulación son imperativas e inderogables por la voluntad de los particulares.

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. FANZOLATO²⁴ 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 vigente.

2b. 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 constituirlo. 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.

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

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

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 padres²⁵

3c. 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”²⁶. 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).

4d. Subsidiariedad. Pese a haber ya considerado este párrafo 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”²⁷.

5e. 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.

6f. 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).

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

25 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

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

27 FANZOLATO, E. La filiación adoptiva. Ob. cit. p.34.

2.2. 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.

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?”²¹.

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.

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 pleno de adopción.

21 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, No 2, 2005, p.205- 218.

Volvemos a las palabras de la profesora CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO: “Así las cosas, parece difícil el fortalecimiento de la familia en el contexto de una mentalidad como la postmoderna que enarbola 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”²².

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 lleva y 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.

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

Se da por sabido que si se trata de velar por el interés superior del niño se deben hacer los mayores esfuerzos para que éste pueda desarrollarse en el núcleo 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 y cuidar 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 solo y para 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”, tal como lo consagrara su artículo 1º, 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 original, a menos que el interés del niño señale que le es más beneficioso ser entregado en adopción”²³.

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)

22 CORRAL TALCIANI, H. *Adopción y Filiación Adoptiva*. Ed. Jurídica de Chile. 2002. p.67. **23**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 original y las ventajas que la adopción representan para él.

2.4 El Principio en Cuanto a Preferencia de la Familia Matrimonial.

Al analizar este principio, debemos tener presente que la adopción plena o legítima 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 y de protección 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 del matrimonio. 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”²⁴. 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 es la 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”.²⁴**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 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 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”²⁵. 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, procrear y criar en común y, por lo tanto, cumplen la misión de propagar la especie interviniendo activamente en el recambio generacional universal.

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

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 de forma natural, se echa por tierra al considerar que las primeras no pueden procrear.

Además, están capacitadas, por lo menos en teoría, 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 durante 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 asistida²⁶.

2.5. 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 logramos entender 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”²⁷.

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 con las mismas características (entiendase genéticas).

El derecho a la identidad, en cuanto determina al ser como individualidad, importa 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”²⁸.

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 al menos así si pretende) al niño como una autonomía en desarrollo, imponiendo 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 em cuanto a su desarrollo.

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 conlleva a 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 llega a requerir en forma libre y voluntariamente. Así, y consciente de esta realidad, nuestro legislador se ha hecho cargo de la necesidad de conservar 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).

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).

26 GUARDADO-PREVALIL-VUGMAN, Uniones de hecho y uniones homosexuales: resultado de una encuesta. *Derecho de Familia*, no 20, p.197. Citado en MIZRAHI, M. *Homosexualidad y Transexualismo*. Ob. Cit. p.19. **27** 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. **28** 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.

2.6. 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”.

2.7. Características de la Adopción en la Ley Chilena

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

1a. 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”²⁹. Las normas que tienen a la adopción como objeto de regulación son imperativas e inderogables por la voluntad de los particulares.

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. FANZOLATO³⁰ 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 vigente.

2b. 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”.

²⁹ FANZOLATO, E. La filiación adoptiva. p. 46. Citado en CORRAL TALCIANI, H. Adopción y Filiación Adoptiva. Ob. cit. p. 75.

³⁰ 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

3c. 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”³¹. 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).

4d. Subsidiariedad. Pese a haber ya considerado este párrafo 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”³².

31 GÓMEZ DE LA TORRE V., M. El Sistema Filiativo Chileno. Ob. Cit. p. 235. 32 FANZOLATO, E. La filiación adoptiva. Ob. cit. p.34.

5e. 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.

6f. 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).

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

Con posterioridad a la breve conceptualización y caracterización que hiciéramos 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 III

Acercamiento a un concepto de Homosexualidad

3.1. Sexualidad Humana e Identidad Sexual como tal.

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, traspassando 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”³³. 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.³⁴

³³ 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.

³⁴ZEGERS 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.

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

“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”³⁵, es decir un proceso constante de desarrollo y de diferenciación con el entorno.

“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”³⁶ 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 son³⁷:

- 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 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, correspondiente a las 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 tanto masculinos como femeninos.

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

36 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

37 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.

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”³⁸ Por su parte, el sexo psíquico es la convicción íntima y ferrea 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 y deseable para el otro sexo.

3.2 El proceso de Definición e 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”³⁹. Entendiendo que realiza conductas repetitivas de su padre o madre como modelo a seguir.

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

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

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, (abuelos, tíos, primos etc), las costumbres propias de ese grupo 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.

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 inviste 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 el aspecto de la figura. Así, lo que tiene valor no es la forma de la figura, sino lo que la figura muestra en sus 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 (a) han 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”³⁵.

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

Al llegar a este vertice, 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 plano 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 diferentes de funciones factibles de identificación para el niño. Si una pareja homosexual puede funcionar como padre y madre diferenciados no debería existir objeción

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

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. 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 hijos que se encuentran en plena formación³⁶. 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.

Como se puede advertir, hemos optado por tratar como sinónimos los términos “rol” y “función”. 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 muy parecido, pero no igual.

36 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.htm

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 complemento entre los sexos más que en una lucha antagónica entre ellos o en reivindicaciones culturales no superadas”. 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”³⁷.

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.

³⁷ GIMÉNEZ AMAYA, J.M., Cerebro y diferencias sexuales mujer-varón. Mujer y varón. ¿Misterio o Autoconstrucción? Cofás. España. 2008. p. 203. pp. 204-205.

El tema no es menor, pues justamente una de las razones a las que se atribuye la homosexualidad estriba en la crisis del síndrome de Edípo no resuelta de acuerdo a lo esperable, pues, como ha planteado FREUD³⁸, el hijo(a) se ha visto impedido de asumir el ideal de su propio sexo. Aquí, inevitable resulta entender que no es sencillo separar lo netamente sexual de lo cultural, incluyendo en esta sede los conceptos de rol, función, personalidad y género.

3. Definiciones

Luego de analizar sutilmente aspectos relevantes de la sexualidad humana y configuración de la identidad sexual, nos adentraremos 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 también 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, se pueden encontrar algunas definiciones especialmente atinentes para el punto central de este estudio, las cuales 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.

38 Citado en FREUD. S 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 las causas 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 biológico, psicológico y social es una manera útil de organizar lo que se conoce respecto a las causas de la homosexualidad”³⁹.

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”⁴⁰.

“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”⁴¹. “Pensamientos

y deseos eróticos hacia una persona del mismo sexo y cualquier conducta sexual asociada”⁴².

“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”⁴³.

“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 es un desorden médico ni psiquiátrico, pero está asociado con un mayor riesgo de ciertas condiciones médicas”⁴⁴.

- “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”⁴⁵. Esta definición ha sido elegida y analizada por el Doctor Pediatra CRISTIAN SCHNAKE SILVA, 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 el periodo de 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)”⁴⁶. Concordamos con este autor en lo que respecta a la antedicha definición y las conclusiones extraídas de la misma.

39 Varios Autores. Homosexuality. Publicación en línea.

<http://www.emedicine.com/med/topic3359.htm>

40 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

41 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.

42 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.

43 SGRECCIA, E. Manuale di Bioetica, Aspetti medico-sociali, Milano 2002, p.139. Citado en CHOMALI GARIB, F. Ob. Cit. p. 8. **44** Varios Autores. Homosexuality. Publicación en línea.

<http://www.emedicine.com/med/topic3359.htm>

45 FUCEK, I. L ideologizzazione dell’ omosessualita nel contesto dell’ odiema 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.

46 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

Esta breve exposición que sigue es parte imprescindible de este trabajo, pese a que escapa un tanto de lo jurídico, pero es necesario.

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 desistir desde ya de la posibilidad de su modificación. De hecho, en la práctica son muchos los que a la hora de manifestar y confesar su tendencia homosexual advierten de esta realidad a los oyentes, para que, de plano, renuncien a cualquier intento de transformación sexual.

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 este abanico de influencias; valorar en su justa medida las distintas prácticas y formas 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 (los trans no entran en esto).

“Están también los que argumentan que la orientación sexual es algo que la persona logra elegir libremente; sin embargo, quienes lo afirman, desconocen que la libertad conlleva y se vincula siempre al ámbito de la valoración moral. Esto resulta muy complejo, 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"⁴⁷.

En relación con la primera postura, debemos señalar que aunque muchas mujeres y hombres 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 esta llamada atracción homosexual. En su oportunidad, algunos 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 en la materia.

Varios autores e investigadores han revisado meticulosamente y minuciosamente 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 reconocidas de una persona.

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

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, y a las modificaciones clínicas introducidas en los Estados Unidos y sus relaciones con el Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales, podemos plantear 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 implicarían una clara connotación ético-valorativa.

En otra sede, se ha discutido mucho a si se puede clasificar la homosexualidad como un trastorno mental. En 1977, el Comité de Expertos de la Asociación Americana de Psiquiatría (APA) decidió la eliminación de la homosexualidad como trastorno de la sección Desviaciones sexuales del Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales. Esta decisión fue oficialmente confirmada por una mayoría simple (58%) por los miembros generales de la APA en 1978, que votaron reemplazar ese diagnóstico por la categoría más suave de "perturbaciones en la orientación sexual", que fue posteriormente cambiada por "Homosexualidad ego-distónica", que a su vez fue borrada en 1986, y en el que se considera la homosexualidad como un trastorno psico-sexual, siendo su rasgo esencial, el del desatino 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, se basó en el siguiente razonamiento: el punto crucial que determina si la homosexualidad puede ser considerada o no como un trastorno mental no reside en la etimología de esa condición, sino en sus consecuencias y en el modo en que se defina dicho trastorno mental.

Así, "una importante proporción de homosexuales están aparentemente satisfechos con su orientación sexual, siendo capaces de actuar social y laboralmente sin ninguna dificultad que les afecte. Si se emplea el criterio de malestar o incapacidad, la homosexualidad parece no ser 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”⁴⁸.

No obstante lo anterior, se afirma que muchos homosexuales y lesbianas (algunos de los cuales incluso son Profesionales y reconocidos psiquiatras) ejercieron una gran presión política sobre esta organización profesional, APA, para que declarase que la homosexualidad es “**normal**” de acuerdo a todos los estudios realizados y ya descritos con antelación en este trabajo. El debate continuó así por años. Finalmente, en 1977 se tomó la decisión de quitar esta condición y se suprimió como trastorno de la salud mental a la homosexualidad egosintónica, esto es, aquella que es asumida sin desagrado y sin angustias por el sujeto afectado por ella, y que se distingue de la homosexualidad egodistónica, en que la persona sufre un profundo desagrado o repulsión ante su inclinación por personas del mismo sexo.

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 enfermedades psicológicas, se debe a una combinación de factores sociales, biológicos y psicológicos. La decisión de 1977 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)”⁴⁹.

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

49 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 cambiabile? Publicación en línea.

El Psicólogo estadounidense Doctor James Dobson señala que “la homosexualidad no solo tiene que ver principalmente con el sexo. Tiene que ver con todo lo demás, incluyendo el rechazo, la crianza, la intimidad, la soledad, la afirmación, las relaciones, la identidad, 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 se expresan con 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 y más”⁵⁰.

Pero, ¿qué es o ser lo normal) y qué es o sera lo 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 (o normal); que iría en contra de las leyes de la naturaleza. Esta idea se vincula generalmente al argumento de la complementariedad de los órganos sexuales tanto femeninos como masculinos.

Este razonamiento llega a ser muy acertado 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 ideas erradas. “A veces decimos que es natural aquello que nos viene dado desde el 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 intervenirla 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”⁵¹.

Estas distintas acepciones de lo natural encuentran plena manifestación en la doctrina que postula nuestra Iglesia Católica respecto a la homosexualidad. Así, uno de sus mayores representantes, Santo Tomás de Aquino, deduce, 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 todas 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 es y será antinatural. De ese carácter antinatural, Santo Tomás de Aquino deduce que el acto es contrario al designio divino y, por lo tanto, también será 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.

Es cierto que en los mamíferos superiores la conducta asexual está sujeta a actos meramente conductuales, instintivos distintos a los estrictamente reproductivos y que éstos pueden darse en el juego propio de las primeras etapas del desarrollo (como primates) o en las conductas del sometimiento al macho dominante (mamíferos carnívoros). Los animales de trabajo o explotación presentan una mayor frecuencia de conductas sexuales entre el mismo sexo”⁵².

“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 (como acto natural). 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 solo reproductivas, lo cual no sucede en una persona homosexual en su prominente relación”⁵³.

Por su parte, y volviendo al tema de la homosexualidad manifestada en el ser humano, el profesor y médico psiquiatra chileno Armando Roa Rebolledo 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 amorios y dar lo mejor de sí”⁵⁴.

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

51 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. 52

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. ⁵³ 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.

⁵⁴ 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

La profesora VERONICA UNDURRAGA V. 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.

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”⁵⁵.

En otros términos, la naturaleza moral y racional del hombre unida al ejercicio de su recta razón, le mostraría el camino de lo que es óptimo y aconsejable.

55 UNDURRAGA VALDÉS, V. Cultura y Diversidad de Formas de Vida: La Homosexualidad. Ob. Cit. Juan Pablo II vida en Familia

Y precisamente uno de los estados 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, la familia, trascendencia y la educación. Lo consideramos un bien básico al coincidir con el relato de la Biblia en el 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 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 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 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 y la procreación..

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 ⁵⁶

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 acuestas. En las historias de personas que se sienten atraídas por otros del mismo sexo, se encuentra frecuentemente uno o más de los siguientes precedentes:⁶³

Alienación del padre en la infancia, porque el padre fue percibido como hostil, distante, violento o alcohólico.

La madre era necesitada de afecto y exigente con los niños

La madre fue sobreprotectora (en niños hombres).

Madre emocionalmente superficial (en niñas).

Los padres no fomentaron la identificación con el propio sexo.

La madre era necesitada de afecto y exigente con los niños

Falta de identificación con sus iguales del mismo sexo.

Abuso sexual o violación.

Pérdida de un padre por muerte o divorcio.

Separación de un padre en una etapa crítica durante el desarrollo inicial.

⁵⁶ 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.

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 que el 'software' de una computadora es la mezcla de lo que instalaron en la fábrica y lo que el usuario le agrega"⁵⁷.

Se lee, y solo a modo de anécdota, que cuando se le preguntó al Doctor 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"⁵⁸.

Luego, el psiquiatra JEFFREY SATINOVER, también especialista en la materia, nos señala 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 vientre útero)...ambiente postnatal (tales como el comportamiento del padre, de los hermanos, familia, entorno y de la cultura), y de una serie de elecciones complicadas, afirmadas repetidamente, que ocurren durante el desarrollo".

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"⁵⁹.

Por su parte, el sociólogo STEVEN GOLDBERG señala que “casi toda la evidencia argumentativa 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 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”. 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”.

Así entonces, la pregunta que 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, imadaptado y falta de aceptación de sí mismo; narcisismo; exceso de ira enfado; abuso sexual temprano y falta de estabilidad en la vida combinada con desconcertantes sentimientos de responsabilidad. Durante periodos de sobrepado 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 revelándose normalmente a inicios de la adolescencias.

57 COPELAND, P. y HAMER, D. (1994) The Science of Desire. New York: Simon and Schuster. Citado en FRYREAR, MELISSA. Homosexualidad: ¿Congénita o cambiabile? Publicación en línea. http://www.esposibleelcambio.org/ARTICULOS+FUNDAMENTALES_enesp.htm.

58 SATINOVER, J. M. D., Homosexuality and the Politics of Truth. Grand Rapids, MI: Baker Books. 1996. Citado en FRYREAR, MELISSA. Homosexualidad: ¿Congénita o cambiabile? Publicación en línea. http://www.esposibleelcambio.org/ARTICULOS+FUNDAMENTALES_enesp.htm. **59 GOLDBERG, S.. Inevitably of Patriarchy.1973 Citado en FRYREAR, MELISSA. Homosexualidad: ¿Congénita o cambiabile? Publicación en línea.**

Por ejemplo, y tratándose de los profundos sentimientos de tristeza y soledad la causa más frecuente 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 compañeros, con motivo de sus limitadas aptitudes atléticas o su aspecto físico. Muchos niños que tienen mala coordinación psicomotora no son buenos en los deportes más practicados y populares, y reciben duras y crueles críticas por parte de sus compañeros. Posteriormente aparecen poderosos sentimientos de soledad, tristeza, rechazo 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 en 500 hombres 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 bullying por parte de sus compañeros. Muchos contaron que no solamente se sentían fracasados como varones propiamente tal 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”⁶⁰.

En el mismo norte, más recientemente se puede indicar 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 la 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”⁶¹. He aquí una explicación a la relación existente entre los sentimientos de soledad y tristeza, y que lleva a 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 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”⁶².

Consideramos pertinente incluir el siguiente testimonio: “Carmne era la menor de tres hijos, y tenía cuatro años cuando su madre los abandonó. Vio a su madre muy intermitentemente durante su infancia, pero nunca sintió intimidad con ella. Carmen salió con chicos varias veces en la Universidad 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 amigas (novias) le consolaba. Sin embargo, estas relaciones no la satisfacían. Carmen, 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”⁶³.

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 importantes del entorno 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 de su 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”⁶⁴.

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 sumamente 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 dentro del hogar.

“En niños, puede ser la consecuencia de haber tenido una madre que era demasiado controladora; excesivamente dependiente; enfadada y crítica; poco afectuosa y fría; muy desconfiada; adicta; 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; adicto, o falto de cualquier afecto. Como consecuencia, por un período de tiempo se sienten seguras sólo con el amor consolador de otra mujer”⁶⁵.

Vale destacar el siguiente ejemplo vivencial: “Daniela era una joven arquitecto cuyo padre era un hombre grosero y alcohólico. Ella había presenciado años de abuso físico y psicológico en que él incurría en contra 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 Daniela 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”⁶⁶.

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 por la vía legal a otra persona y no tener que darse completamente como padre, con la salvedad, obviamente, de aquellas personas que sí aspiran a ello y que es nuestro tema en desarrollo, 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.

“Otra sería manifestación del narcisismo ligado a un estilo de vida homosexual es la de sostener pensamientos de grandeza. Tales razonamientos llevan a pensar que uno es muy superior a los demás, y que es tan especial y excepcional que incluso es inmune al virus del SIDA, SÍFILIS u otras enfermedades de transmisión sexual. Ilusiones de grandeza e irresponsabilidad extrema influyen en gran parte en las prácticas sexuales arriesgadas en un buen número de homosexuales en nuestra actualidad.

No solamente dejan de protegerse de manera frecuente y constante, sino que en su egocentrismo también dejan de advertir a sus compañeros sexuales sobre si portan o no el virus VIH”⁶⁷.

Por último, no podemos dejar de referirnos a los traumas sexuales en la infancia. Un buen número de varones que fueron objeto de abuso sexual o violaciones 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 interna y ficta. 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 40 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 (APA), reconociendo que la homosexualidad por si misma no es patológica. Este punto de vista ha continuado hasta nuestros tiempos y se ha hecho fuerte a través de los años...Algunos psiquiatras continúan ratificando la teoría de la homosexualidad patológica, pero están fuera de la gran corriente de la teoría psiquiátrica contemporánea y moderna”⁶⁸.

Pese a la respetable opinión propuesta en estas líneas, consideramos interesante referirnos brevemente a la investigación que ha desarrollado el nuestro psiquiatra nacional JUAN CARLOS VALENZUELA B. en la Revista de Psiquiatría Clínica de la Universidad de Chile. Año XLIII-N°2-Diciembre 2016. 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 pareja homosexual no está adaptada para procrear.
- La generalización de la homosexualidad lleva a la extinción de la especie.
- 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 paranoidismo, narcisismo, obsesividad, alteraciones de la identidad.

60 FITZGIBBONS, R. Factores Causantes de la Homosexualidad.

Publicación en línea. <http://www.esposibleelcambio.org>

61 FITZGIBBONS, R. Factores Causantes de la Homosexualidad. Ob. Cit.

62,63,64,65,66,67,68 Varios Autores. Homosexuality en charla on line.

Publicación en línea. <http://www.emedicine.com/med/topic3359.htm>

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 treinta 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.

6. ¿Se puede dejar de ser Homosexual?

He querido aprovechar esta oportunidad para incluir los siguientes comentarios, que si bien no dicen relación directa con el tema propuesto, claramente son atingentes 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 susceptible de cambiar en el tiempo y bajo conducción medica.

Los varones homosexuales maduran psico-sexualmente antes que los heterosexuales, las mujeres no se diferencian.

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 ya analizada con anterioridad en este trabajo, cosa imposible para la heterosexualidad.

Estadísticamente la homosexualidad genuina se da en una población menor al 3%, y el número de parejas que tienen en su vida los homosexuales es muy superior al que tienen los heterosexuales, pues siempre van en la búsqueda del afecto fallido en la niñez y adolescencia.

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.⁶⁹

**69 En esta sección nos basaremos en el apunte elaborado por Enfoque a la Familia, acerca del estudio de FRYREAR, MELISSA. Homosexualidad: ¿Congénita o cambiante? Publicación en línea.
<http://www.esposibleelcambio.org/foros>.**

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 del área 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 descontento-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 serios que arrojen resultados rigurosos y confiables desde el punto de vista científico en cuanto a la eficacia actual o el daño causado por los tratamientos reparadores”⁷⁰.

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

Sin perjuicio de la opinión vertida recientemente, al revisar las investigaciones del doctor Jeffrey Satinover, a quien he citado anteriormente, éstas reportaron un índice de éxito del 52% en el tratamiento que se dio a las personas que querían deshacerse de su atracción homosexual. Lo que es más intrigante es la investigación del doctor Robert Spitzer, un psiquiatra prominente y reconocido a nivel mundial, 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 1977 de eliminar la homosexualidad del DSM II. En un informe que se hizo público en la convención de la Asociación Psiquiátrica Americana (APA) del año 2001, el doctor Spitzer anunció los resultados de un 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 significativo⁷¹.

Pero, ¿Por qué alguien querría cambiar esta orientación? ¿por qué la insistencia en el carácter de cambiante?

Si partimos de la base que la homosexualidad es consecuencia de un complejo de factores influyentes, 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 interna 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 al 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, $\frac{3}{4}$ partes de los hombres y la mitad de las mujeres se habían convertido en personas casadas declarándose felices.

Un descubrimiento que sorprende 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 demostrando estabilidad 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 sin esperanza el resistir

tal atracción, de modo que abrazan la identidad gay y se mantienen firmes en dicha orientación. 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 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.

71 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.

7. Breves Conclusiones

Al oponerse a la causa homosexual a nivel legal y político se está tratando de detener el esfuerzo que se despliega para hacer ver que el pedestal 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 consagrados entre heterosexuales.

Pero debe existir un criterio sobre el cual realizar esta lectura. No se trata de una mera conducta discriminatoria a favor del hombre; y lejos 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 hogar" o "nadie puede negarle el derecho de ser padre o madre a una persona".

¿Qué se puede contestar 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, me es absolutamente necesario acusar el mal manejo que del tema en cuestión se ha llevado a cabo por ciertos grupos de la sociedad, que en post 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 se explico en el capítulo anterior, no se nace homosexual, sino que esta tendencia se desarrolla por distintos factores internos y externos).

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(as) 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 IV

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

1. Introducción y una mirada a la situación en el mundo hoy.

Se ha planteado, versado y discutido en las legislaciones internacionales 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 equipare o asimile 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 o de acuerdo 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)”⁷².

⁷² CORRAL TALCIANI., H. *Regulación legal de las uniones homosexuales. Un contrasentido para el Derecho de Familia*. Ob cit. p. 249.

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 matrimonio homosexual (Ley 13/2005, del 1o de julio).⁷³ 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”.⁷⁴

⁷³ 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).

⁷⁴ CORRAL TALCIANI, H. *Regulación legal de las uniones homosexuales. Un contrasentido para el Derecho de Familia. Ob cit. p. 250.*

De hecho, hoy por 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 las personas 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 que se reguló el matrimonio entre personas del mismo sexo se contempla esta más aún esa 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.

Ahora, y pese a lo expuesto con anterioridad, 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 conjuntamente⁷⁵.

En Brasil, la enorme disconformidad que existe frente a la posibilidad planteada proviene de la creencia de que existe un daño potencial por la ausencia de referencias del comportamiento, lo que vendría o talves 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 brasileño 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).⁷⁶

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 transcrita 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 familia”⁷⁷.

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

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”⁷⁸.

76 DIAS, M.B. *Uniones Homoafectivas, Informe de Brasil*. En *Revista de Derecho Comparado*. Rubinzal- Culzoni Editores. p. 17. ⁷⁷⁻⁷⁸ MEDINA, G. *Las Uniones de hecho homosexuales frente al Derecho Argentino*. En *Revista de Derecho Comparado*. Rubinzal-Culzoni Editores. p.114.

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, apoyo 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 directo.

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 crianza, cuidado, mantención y educación.

2. Jurisprudencia Extranjera

En esta sección incluire pasajes de Jurisprudencia extranjera que me parecen razonables y rescatables. Para ello, me remitire al trabajo desarrollado por GRACIELA MEDINA en su obra *Uniones de Hecho. Homosexuales*. En algunas de ellas expondre mi opinión.

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 un privilegio institucional para dejar a los niños en hogares de parejas heterosexuales casadas. Existe alguna tendencia 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 en conjunto niños que están criando en casos en los que ninguno de ellos es el padre biológico, como familias de resguardo.

En resumido, 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 muy mucha claridad y determinación prohíben a los estadounidenses homosexuales adoptar niños, incluyendo los estados de Florida, Arkansas y Utah. Nueva Hampshire recientemente rechazó su prohibición. A la fecha, los tribunales han aceptado dichas 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 2008 solicitó conjuntamente la adopción del menor 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 causa ni explicación alguna de 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 adverso 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 absolutamente vejatorio.

Sin embargo, pensamos que esto no es suficiente para un cambio de opinión. Si bien el trato y el proceso en sí 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 en su conjunto 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”⁷⁹.

- Canadá. Caso del menor “R.K.”

En 2015 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 ciencia por 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 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”⁸⁰.

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

80 MILLBANK, J., *Which, then, World be the “husband” and Vich the “wife”?* en *E-Law Murdoch University Electronic Journal of Law*, vol. 3 No 3 (September, 1996). Citado en MEDINA, G. *Uniones de Hecho. Homosexuales.* Ob. Cit. p.286.

Esto, lejos de constituir una postura añosa 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.⁸¹

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

Pero eso no es todo. Una situación como ésta podría evitarble. No es una situación imprescindible. 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 trátese 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 heterosexual.

- Colombia

Corte Constitucional de Colombia, 21 de agosto de 2010.

El ciudadano colombiano Luis E. 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

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 legales 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 ese 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 post de evitar el tratamiento discriminatorio o vejatorio.

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

1. los criterios para adoptar deben atender a otras circunstancias importantes para la vida del menor, pero no a la sexualidad de los padres,
2. ya que las parejas, heterosexuales no son, necesariamente, mejores padres que las de homosexuales,

81 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.

3. la opción sexual de los padres no determina la de los hijos;
4. existen muchos padres biológicos homosexuales;
5. la realidad demuestra una mayor responsabilidad respecto de los hijos por parte de los padres homosexuales frente a la de los heterosexuales;
6. la condición sexual no interfiere ni afecta la calidad moral del individuo;
7. 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)⁸²; otras, carecen de 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, madre o padre) no siempre exteriorizará su

orientación al punto de comenzar una relación pública con otra persona, **y segundo**, que mientras ello no ocurra, esta madre o este padre seguirá cumpliendo su rol que es innato a su calidad de hombre o mujer, lo que en definitiva es lo trascendente a nuestro interés y estudio; 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 su propio sexo lo que produce la escasez de deseo por el sexo inmediatamente opuesto,

82 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.

lamentablemente constituye un inconveniente para la plena formación de la identidad sexual del niño.

Así mismo, se advierte 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 con antelación 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 mismo⁸³.

83 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 con respecto al derecho de visita (o *relación directa y regular en nuestra legislación*).

Resulta del todo pertinente incluir las breves menciones que siguen a continuación debido en gran parte a que en la práctica la situación de 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, educación, y la influencia que sobre él se ejerce. Además, las razones esgrimidas para acoger o rechazar ambas están íntimamente asociadas. Pero, este párrafo 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 acceder al

contacto con el niño (a). 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 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 o termine 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 el procedimiento legal de la adopción por segundo padre, transformando a la madre no biológica en una madre legal.⁸⁴

84 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 vientre 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.

Así 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, derecho de un familiar directo.

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” entienda se bien. Me explico, 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 termina 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 el menor.

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 menor. 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 con el tiempo 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: • “T.E vs. C.S.”

En abril de 2006 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 la crianza del menor.

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.
- Se debe haber creado un lazo parental entre ambos.

- El padre psicológico debe haber vivido con el niño.
- El padre psicológico debe desarrollar funciones elementales en la vida del menor.

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. Sólo para reflexionar: ¿Dónde queda el derecho del niño a ser escuchado?

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

Frente a la conclusión que muchos puedan obtener de este caso, relativa a que esta decisión reconoce que el concepto de familia está cambiando, pienso que si bien la realidad fáctica puede alterar la regulación normativa, nunca podrá alterar la realidad jurídica del todo, 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 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 y cultural. Todos comprendemos que no todo lo que ocurre socialmente debe ser protegido, fomentado o reconocido por la ley civil. El legislador de alguna manera deberá tomar en cuenta la realidad social a efecto de dictar una normativa, pero inevitablemente debe adoptar previamente un juicio de valor sobre ella. Si este juicio de valor es favorable tenderá a reconocerla y a protegerla; en cambio si la valoración es negativa debe adoptar otro tipo de decisiones reguladoras 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”⁸⁴. 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”⁸⁵.

• 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 sería violentar los derechos del verdadero padre y dejar el camino abierto para que cualquier persona relacionada con el menor reclamara también derechos.

⁸⁴ 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.

⁸⁵ 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.

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 aspecto general de su desarrollo (emocional).

Ahora bien, no podemos confundir las situaciones, pues sería improcedente, en post 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 cualquier vínculo sanguíneo y de familia.

En el caso expuesto, G. B. apeló la sentencia del Tribunal de Circuito del condado de Cook, que denegó su pedido de visita al menor P. A. 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*. G. B. y J. L. se habían conocido en 1984, y desde entonces mantuvieron una relación lesbiana. J. L. fue inseminada artificialmente en 1993 y en diciembre de ese mismo año dio a luz a P. A. L. En 1995 las dos mujeres pusieron fin a su relación. En 1996, J. L. se mudó a Chicago y se negó a permitirle a G. 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, G. B. carecía de legitimación para reclamar derecho de visita alguno respecto de P. A. 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 abiertamente.

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 de dicha sentencia 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”⁸⁶.

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”⁸⁷.

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 homosexual, con fecha 12 de febrero de 1997⁸⁷. 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

⁸⁶ MEDINA, G. *Adopción y derechos de los Homosexuales. Adopción. La caída del Prejuicio. Comunidad Homosexual Argentina. Buenos Aires. 2004. p. 133.*

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

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.

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”⁸⁸.

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”⁸⁹.

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”⁹⁰.

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.

88 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. ⁸⁹ Igual. ⁹⁰ Igual.

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”⁹¹.

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”⁹².

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 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^o 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”⁹³.

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” ⁹⁴ .

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”.

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.

93,94 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

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)”⁹⁵.*

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.

95 Igual.

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 menor 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”⁹⁶.

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”⁹⁷.

96, 97 Igual.

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”⁹⁸.

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.

98 Igual.

“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° 45330/99, § 37, CEDH 2003-I)⁹⁹.

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)”¹⁰⁰.

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.

99,100 Igual.

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 distinta, 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”¹⁰¹.

101 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/>

Capítulo V.- Cuando lo posible se vuelve improbable

1.- Supuestos que podrían concurrir

Este capítulo lo abordaré siguiendo una metodología de argumentación y contrargumentación, formulada esta última con la expresión “Mi Opinión”. Así, haré ver las posibilidades que en la práctica podrían suscitarse, tanto a nivel universal, y no sólo en el ámbito nacional. Se alertará, como lo pretende la doctrina especializada en esta materia, que los distintos supuestos producirán diferentes efectos que requieren distintas soluciones.

5. 1.- Adopción por sólo uno de los miembros de la unión

Esta es la primera situación que se presenta y, 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 ascendiente 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 consanguíneo 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 post de protegerlo desde sus primeros días y sin haberlo reconocido, haciendo abandono de él (artículo 12 No 3). Este vecino terminará 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 No 19.620. Éste podría perfectamente 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.

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

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.

Mi Opinión: En este procedimiento judicial, incluyendo la etapa previa de evaluación de idoneidad, ante 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 post de la transparencia del proceso en cuestión, y deberá necesariamente ser evaluada a los fines del otorgamiento de la adopción. De hecho, y en la práctica, es conocido que el SENAME, y mayoritariamente los organismos acreditados ante éste (a través de los cuales puede externalizar el proceso previo de evaluación de idoneidad) se constituyen en forma personal en el hogar en que vive el niño con el objeto de conocer y saber 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 entonces 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 situación otorgando así al adoptado mayor seguridad y beneficios emocionales, legales y sociales en un entorno netamente familiar. Además, en el caso contrario, poner fin a una situación pre-existente significaría la ruptura de una relación antes descrita que, por cierto, ha cobijado a un niño por un tiempo considerable.

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 No 4 del capítulo

V¹⁰³. Ahora, no podemos negar la existencia de excepciones, que serían sólo eso.

Aquí, el principio del asunto no radica en la opción sexual del postulante, sino más bien en la condición y calidad familiar que recibirá al adoptado en su oportunidad. 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 otra mirada, el niño quedaría inserto en un marco de desprotección no sólo por la eventualidad de disolución, mucho más latente 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 deberes que ello importa. A modo de ejemplo: conflictos de celos y competencias. En ese punto se debe 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 en informar. Ello, no obstante el apego que puedan profesarse los miembros de la pareja.

Si bien lo anterior es irse a los límites una pareja heterosexual, tratándose de un matrimonio existe un firme vínculo, cuya ruptura representaría implicancias de tipo familiares, sociales, legales y económicas que la dificultaran, o por lo menos, ayudan a su postergación la disolución.

La opinión vertida recientemente, 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.

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

5. 2.- Adopción por ambos convivientes conjuntamente

La segunda de las situaciones 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.

Mi Opinión: Considero que la adopción por dos personas homosexuales en forma conjunta trasgrede el sentido y espíritu de la adopción tal como se ha entendido, toda vez que, y como ya se ha advertido en esta investigación, 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. 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, con la salvedad en algunos países). 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. 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.

5. 3 .- Adopción por parte del homosexual que no vive en pareja

El tercera situación 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.

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”¹⁰⁴.

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 tiene¹⁰⁵.

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

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

Mi Opinión: La gran ininterrogante 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, podrá responder aduciendo que con él y el niño basta para conformar una hermosa familia.

Frente a esto, se debe considerar que todavía existe un concepto tradicional de familia firmemente empalmado en muchas mentes y visiones de vida. 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 muchos años. En el caso del niño adoptado, con mayor razón, toda vez que su derecho a ser criado en un ambiente armónico ya ha sido vulnerado, 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”¹⁰⁶.

Ahora, en reacción a ello es frecuente toparnos con el argumento de las crisis y rupturas matrimoniales en sostenido aumento. Pero esto no puede constituir un argumento sólido para colocar en franco cuestionamiento la construcción tradicional de la familia, admitiendo, como ya se ha dicho, 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 super personales que se suscitan en el mismo matrimonio.

¹⁰⁶ 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”¹⁰⁷. Además, esta respuesta genera la sensación de una mirada egocéntrica de la institución que nos convoca.

5.4.- Adopción del hijo del conviviente homosexual

He aquí el cuarto caso que se nos puede presentar. Lo interesante de este supuesto consiste en que, el adoptado es hijo biológico de uno de los miembros de la unión que convive con él y al cual 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 parte de su padre, 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 sencillas y simples: una adopción disfrazada.

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 No 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.

107 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.

Mi Opinión: En este supuesto, al igual que en los anteriores, 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.

Con ello no estoy legitimando la adopción por parte de parejas de hecho. Simplemente, utilizo 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 No 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 contra-argumentar 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 como parece. De este modo, se estaría negando al otro progenitor (el que no convive con su hijo) la posibilidad de rehabilitarse en su paternidad: rehacer su vida y, consecuentemente, su relación filial.

Creo 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. ¿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).

LESLIE ANN MINOT explica que las lesbianas, gays, bisexuales y transexuales 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”¹⁰⁸. 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 4 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. Se piensa 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 netamente física.

Otra alternativa para los homosexuales está constituida por el acceso a niños a través de adopciones “extralegales”, entendidas como programas de cuidado y mera tenencia de ciertos niños. Pero, para ellos, la adopción es siempre lo que vale. Ahí está puesto su fin. 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 y de mantener un apellido que los reconozca.

108 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.

3. Argumentos en contra

El planteamiento de la adopción por homosexuales abre un sin de puertas que deben ser divisaadas. 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 por 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 el Doctor 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 natural¹⁰⁹. 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.

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”¹⁰⁹. 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.

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

Esta individualización atiende a una inicial y básica división entre el sexo masculino y femenino, porque la sociedad está dividida biológicamente entre ambos sexos, no entre homosexuales y heterosexuales”¹¹⁰. Luego, en el proceso mismo de la socialización que la paternidad y maternidad desarrollan sobre la descendencia, opera la segunda dimensión de la complementariedad: “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 Canli¹¹¹, 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*¹¹² 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.

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

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

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

Las amígdalas tienen una relación directa con el hipotálamo, que gobierna funciones básicas como la conducta sexual)¹¹³.

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”¹¹⁴. “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 una construcción cultural, como pretenderían las feministas en nivel 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”¹¹⁵.

“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.

¹¹³ ***Homosexualidad, Matrimonio y Adopción. Un enfoque desde el capital social.*** Universitat Abat Oliba CEU. Centros de Estudio de la Realidad Social (CERS). p. 24.

¹¹⁴ Cita recogida en PITHAUD, A. ***La mujer. Una nueva pedagogía.*** Mendoza. 2003. Ediciones Dike, pp. 152 y sgts.

¹¹⁵ 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.

3.2. ¿Discriminación o diferenciación?

El tema que 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 y otros mas que hoy ya están reconocidos con la Ley de Acuerdo Unión de Civil (AUC) N° 20.830.

Así se ve el mal manejo que de esta situación se ha llevado por algunos grupos de esta 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”¹¹⁵.

Debemos ser realistas pero 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, 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 manifiesta entre ambos diferencias esenciales, desde el ángulo morfológico o anatómico, y las consecuencias psíquicas que surgen de estas diferencias.

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

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 histórica discriminación realizada entre hombres y mujeres con ocasión del reconocimiento de ciertos derechos, acceso a determinadas actividades, etc.

Corroborar 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”¹¹⁵.

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”¹¹⁶.

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”.¹¹⁷ 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 ALDAZ¹¹⁸ 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”¹¹⁸

115 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.*

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

117 MIZRAHI, M. *Homosexualismo y Transexualismo. Ob. Cit. p. 29. 177*

118 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 indicando que “hay aún otras diferencias relevantes entre las uniones heterosexuales y las homosexuales. En efecto, los datos que se disponen demuestran, de forma más que suficiente: en primer lugar, que las uniones entre personas del mismo sexo son muchísimo más inestables que los matrimonios heterosexuales: 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 triple¹¹⁹. 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%).

119 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”¹²⁰.

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.

120 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 la persona en todos los aspectos (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 1º 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 7º 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. Se entiende 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 homosexual¹²¹, 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?

Aquí 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 este ensayo, 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.

121 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”¹²².

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

Pero entonces, ¿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. Soy 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 este ensayo, no existiría discriminación por no configurarse el presupuesto básico recientemente mencionado, cual es, condición igual-trato diferente.

“Una diferenciación es discriminatoria si carece de justificación razonable y objetiva, 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”¹²³. 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 (por cualquier razón).

Se trata del derecho del niño a tener (incluso adquirir) un estado civil, 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 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”¹²⁴.

Ahora bien, el asunto 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 como figura legal 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.

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

Como ha señalado la profesora Astrid SCHUDECK¹²⁵, 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.

¹²³ 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.

¹²⁴ VEGA MERE, Y. *La eclosión de las legislaciones protectivas de las*

uniones homosexuales. Ob. Cit. p.265.

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

Esto supone el respeto de sus derechos fundamentales, 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 la solicitud, 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 y desarrollo es único. 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. 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 juez, 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. Así, 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 trabas 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 pregunta 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.

3.3.- 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.

A continuación algunas 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. Un niño requiere de padre y madre

Comenzare recordando todo lo señalado 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, 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”¹²⁶.

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”¹²⁷.

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

126 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.

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

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.

Reforma de la Ley de Adopción

Existe una cosa que es clara: no podemos conformarnos al hecho que sea poco real que un homosexual postule de forma individual a la adopción. Nuestra legislación debe adelantarse a los supuestos fácticos y así no verse alcanzada por estos 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 de inidóneo(a) para adoptar?

Ya hemos visto 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 100% factible, porque constituiría una suerte de vacío legal, y facilitaría el trabajo de quienes detentan la función de examinar, esto es, por la institución estatal SENAME, y los organismos acreditados ante éste.

El matrimonio homosexual, como se señalara en este ensayo, ha sido reconocido en muy pocos países, no siendo éste el caso de Chile.

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?

Lo que sí se puede concluir de forma categórica, con los ya citados FONTEMACHI y MARCHESKY, es que se debe proponer, en post 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.¹²⁸

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.

128 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.htm

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 que uno(a) de ellos(as) tiene un hijo con anterioridad, 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 perjudicial 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 y en mayor cantidad, con las uniones informales, incluyendo en algunos casos a los hijos de alguno de ellos(as), sino que la real solución sería, 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 closet, pero con el fin de solicitar tratamiento a especialistas, sincerándose consigo mismos.

Por otra parte, es necesario 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 el interior de las 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, si que 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.

Voy con la convicción de MIZRAHI en el sentido que dada la situación contemporánea 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”¹²⁹.

La idea anterior se ve reforzada al asumir una postura respecto del homosexualismo, la cual ha quedado en evidencia en la presente trabajo. 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.

Siento 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 los 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”¹³⁰.

¹²⁹ MIZRAHI, M. *Homosexualidad y Transexualismo*. Ob. cit. p. 31.

¹³⁰ CARBONNIER, J. *Ensayos sobre las leyes*. Traducción de Luis Diez-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.

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”¹³¹.

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.

131 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”¹³².

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.

132 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 matrimonio. 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 inalcanzable. 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.

Bibliografía

- Decreto N° 944 de 1999 del Ministerio de Justicia.
- Ley N° 19.968-
- Convenio de la Haya sobre protección al Niño o Niña Cooperación en materia de Adopción
- 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.
- 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/>
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, C. *Los Principios que informan el Derecho de Familia Chileno: su Formulación Clásica y su Revisión Moderna*. En *Revista Chilena de Derecho*.
- 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.
- AGOSTINI VISENTINI, G. *Apuntes de Psicología*. Universidad Católica de Chile.
- CADORET, ANNE. *Padres como los demás. Homosexualidad y Parentesco*. Editoria Gedisa 2003
- 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.
- 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.
- 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
- 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.
- MIZRAHI, M. *Homosexualidad y Transexualismo*.
- CARBONNIER, J. *Ensayos sobre las leyes*. Traducción de Luis Díez-Picazo, Civitas, Madrid, 1998.