



Trabajo Final de Graduación. PIA

LA ADOPCIÓN HOMOPARENTAL EN EL DERECHO ARGENTINO

Nombre y Apellido: Carla Venier

2019.

Resumen

El presente trabajo tiene por objetivo principal analizar la evolución jurídica de la adopción de niñas, niños o adolescentes en el derecho argentino, por parte de parejas homosexuales, tratando de delimitar, si esta institución transgrede derechos y principios contenidos en nuestro bloque constitucional.

La adopción homoparental fue evolucionando a lo largo de los años, con un reconocimiento jurídico tardío, pero relevante junto con la sanción de la ley de matrimonio igualitario, y finalmente con el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, el cual es fiel reflejo de nuestro bloque de constitucionalidad.

En los últimos tiempos, se profundizaron los debates sobre las familias homoparentales. Su impacto jurídico fue y es trascendental, en una sociedad acostumbrada legislativamente a la regulación respecto de “familias tradicionales”, compuestas por matrimonios de sexos opuestos.

Palabras claves: adopción- familia homoparental-interés superior del niño-adopción homoparental-derecho de familia

Abstract

The main objective of this paper is to analyze the legal evolution of the adoption of girls, boys or adolescents in Argentine law, by homosexual couples, trying to define whether this institution transgresses rights and principles contained in our constitutional block.

Homoparental adoption was evolving over the years, with a late legal recognition, but relevant along with the enactment of the law of equal marriage, and finally with the new Civil and Commercial Code of the Nation, which is a faithful reflection of Our constitutionality block.

In recent times, discussions on homoparental families have deepened. Its legal impact was and is transcendental, in a society used legislatively to the regulation regarding "traditional families", composed of marriages of opposite sexes.

Key words: adoption- homoparental family- best interest of the child- homoparental adoption- family right.

ÍNDICE

Resumen	1
Abstract	2
INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO I: PRINCIPIOS DEL DERECHO DE FAMILIA. LA FAMILIA SEGÚN NUESTRO BLOQUE CONSTITUCIONAL	7
1.1 Introducción parcial	8
1.2 Principios en los que se basa el derecho de familia	8
1.2.1 Principio de libertad	9
1.2.2 Principio de igualdad	10
1.2.3 Principio de solidaridad	14
1.2.4 Principio de responsabilidad	15
1.2.5 Principio de interés superior del niño	15
1.3 La familia según nuestro bloque constitucional	16
1.4 Conclusión parcial	19
CAPITULO II: LA FAMILIA	21
2.1 Introducción parcial	22
2.2 La familia	22
2.2.1 Cambios introducidos en familia en el Código Civil y Comercial de la Nación	22
2.2.2 Diferentes construcciones de familiares	25
2.3 Conclusión parcial	28
CAPÍTULO III: LA ADOPCIÓN EN LA REPÚBLICA ARGENTINA	29
3.1 Introducción parcial	30
3.2 La adopción en el ordenamiento jurídico argentino	30
3.2.1 Requisitos para la adopción	31
3.2.2 Tipos de adopción	32
3.2.3 Principios generales en los que se basa la adopción	34
3.2.4 Procedimiento judicial en la adopción	39
3.2.5 La Ley 26.061 de Protección Integral	41
3.3 conclusión parcial	44

CAPÍTULO IV: ADOPCIÓN HOMOPARENTAL EN EL DERECHO ARGENTINO	44
4.1 Introducción parcial	46
4.2 Evolución jurídica hasta llegara a la adopción homoparental	46
4.3 Ley 26618 de Matrimonio Igualitario	51
4.4 Adopción homoparental	52
4.5 Conclusión parcial	54
CONCLUSIONES FINALES	55
LISTADO DE BIBLIOGRAFÍA	58
Doctrina	58
Legislación	60
Jurisprudencia	61

INTRODUCCIÓN

La adopción homoparental (AH) es una institución jurídica por la cual parejas compuestas por personas del mismo sexo pueden adoptar legalmente a un niño, niña o adolescente. Históricamente en Argentina las leyes de adopción (13252, año 1948; 19134, año 1971) establecían que solo podía adoptarse cuando los adoptantes sean cónyuges, por una única persona o cuando el cónyuge sobreviviente adoptara al hijo adoptado por su esposo/a. Con la ley 24779 también se hablaba de la posibilidad de adoptar conjuntamente, cuando estuvieran casados legalmente, excepto que medie sentencia de separación personal; cuando el cónyuge haya sido declarado insano; o cuando se declarara la ausencia simple, la ausencia con presunción de fallecimiento o la desaparición forzada del otro cónyuge. En la actualidad hubo grandes avances respecto a la identidad, el respeto por la orientación sexual, que ayudan a parejas homosexuales a poder soñar con la construcción de una familia, mediante la adopción. La sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, año 2015 (ley 26994) y la ley de matrimonio igualitario sancionada en el año 2010 (ley 26618), han permitido a las parejas del mismo sexo, ser incluidos en la ley de adopción, con los mismos requisitos que los matrimonios heterosexuales.

A lo largo de este trabajo se busca responder a la siguiente pregunta de investigación: ¿Transgrede la AH derechos y principios reconocidos en nuestro bloque constitucional? En virtud de dar respuesta a esta pregunta, se describe el instituto de la AH, su evolución jurídica hasta la actualidad, los casos de procedencia, los distintos puntos de vista, a través de las distintas posiciones jurisprudenciales y doctrinarias; los principios en los que se basa dicha institución en la República Argentina.

Las controversias que despiertan aun hoy el tema de investigación ha sido la razón de la elección del mismo. Para la AH no hay consenso social, ni jurídico respecto a si se respetan los derechos de los niños, niñas y adolescentes (NNyA) y a si dicha institución sienta sus bases en nuestra constitución nacional y los tratados sobre derechos humanos con jerarquía constitucional. Muchos de esos derechos y principios, son interpretados como argumentos en contra y al mismo tiempo a favor de esta institución.

El objetivo general de este trabajo es analizar los principios supranacionales que fundamentan la AH en el derecho argentino, a fin de establecer si se transgreden o no derechos y principios de nuestro bloque constitucional.

El presente trabajo se define como investigación jurídica documental. Se utiliza como estrategia de investigación un método cualitativo de análisis de fuentes jurídicas, casos concretos y demás sobre el instituto de la AH en el ordenamiento jurídico argentino.

Como fuentes primarias se toman como referencia la constitución nacional, el Código Civil y Comercial de la Nación, los tratados internacionales con jerarquía constitucional, los distintos fallos nacionales, y las siguientes leyes nacionales: ley de matrimonio civil, las distintas leyes de adopción (derogadas), ley de creación del registro único de aspirantes a guarda con fines adoptivos. Entre las fuentes secundarias se utilizarán fallos judiciales, artículos de revistas especializadas, tesis, monografías, todo tipo de doctrina sobre el tema planteado. Y por último como fuentes terciarias se utilizarán manuales y libros referentes con distintas posiciones doctrinarias sobre el tema abordado.

El presente trabajo de investigación se divide en cuatro capítulos. El capítulo I se aboca a analizar cada uno de los principios generales que regulan el derecho de familia, los cuales sientan sus bases en nuestra Constitución Nacional. El capítulo II versa sobre la institución familiar, iremos viendo los cambios más notables en el derecho de familia introducidos en nuestro código unificado; sus bases en nuestro bloque constitucional; como así también las diferentes formas de construcción de una familia. En el capítulo III se realiza una descripción de las nociones básicas en materia de adopción. En el capítulo IV se analiza la AH en el ordenamiento jurídico argentino, su evolución hasta su regulación en nuestro sistema jurídico, sus principales características, entre otros. Finalmente, se exponen las conclusiones finales.

CAPÍTULO I:

Principios del derecho de familia.

La familia según nuestro bloque constitucional

1.1 Introducción parcial

El objetivo de este primer capítulo es introductorio. Se desarrollan cada uno de los principios generales que regulan el derecho de familia; a saber: el principio de libertad, el de igualdad, el de solidaridad, el de responsabilidad y el interés superior del niño (en adelante ISN). También se desarrolla conceptualmente la institución familiar desde nuestro bloque constitucional.

1.2 Principios en los que se basa el derecho de familia

Los principios generales del derecho son fuente de interpretación para las leyes. Al respecto, cita el art. 2 de nuestro Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCCyN): “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.”¹.

Existen principios generales para cada una de sus ramas (Graham & Herrera, 2014), para el caso que nos ocupa: el derecho de familia; y dentro del mismo, principios generales de algunas instituciones en particular: el matrimonio, la adopción, entre otros.

Los principios generales que rigen nuestro derecho de familia, se encuentran en concordancia con nuestra Constitución Nacional (CN), los tratados sobre derechos humanos (DDHH) y nuestro CCCyN, y por lo tanto son de vital importancia para la vida y las relaciones de familia.

1.2.1 Principio de libertad

De acuerdo al art. 19 de nuestra CN: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados.” En esta misma línea, estipula nuestra ley suprema: “Ningún habitante de la nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”². Este artículo enmarca principios básicos de libertad personal y la privacidad de las personas, dejando un claro límite sobre las atribuciones del Estado respecto de la vida de los ciudadanos. Nuestra CN establece que el

¹ Art. 2, Código Civil y Comercial de la Nación (2015)

² Art. 19. Constitución de la Nación Argentina.

Estado debe intervenir cuando la conducta de los ciudadanos afecte el orden, la moral pública o perjudique a terceros; sin especificación para este último caso. El artículo 19 hace referencia a “las acciones privadas de los hombres”, sin dar directivas de una manera determinada y aceptada moralmente de vida, como así tampoco habla de un parámetro medible de perjuicio respecto de terceros.

Nuestra ley suprema habla de la libertad de nuestras acciones privadas, en lo que respecta a nuestra forma de vida y por lo tanto debe evaluarse dentro de ciertos valores razonables, dejando de lado perspectivas morales individuales. La libertad de casarse y de formar una familia se funda en el principio de libertad, que además de estar reconocido por nuestra CN, también lo está en los distintos tratados internacionales sobre derechos humanos, como así también en nuestro CCCyN. El primer párr. del art. 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDDHH), ilustra claramente lo que estamos planteando:

Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio³.

En la misma línea, la Convención Americana sobre DDHH en el segundo párr. de su art. 17 expresa que: “Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas” y especifica: “en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención”⁴.

Como vemos, en ambos documentos internacionales se habla del derecho de hombres y mujeres a contraer matrimonio y formar una familia, dando por sentado que una familia se funda a partir de dos personas de diferente sexo. Esto será analizado en los próximos apartados, a los fines de mostrar cómo se regula el derecho de libertad en los instrumentos internacionales.

El derecho de libertad se plasma, en el derecho de construir una familia, indistintamente de nuestro estado civil o de una futura descendencia, es decir, sin necesidad de estar casados legalmente o de querer procrear; también se plasma en el derecho de poder divorciarnos cuando así se lo desee.

³ Art. 16 primer párrafo. Declaración Universal de los Derechos Humanos, Adoptada y proclamada por la Resolución 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

⁴ Art. 17. Convención Americana sobre Derechos Humanos, Ley N°23.054 Aprobación de la citada Convención, llamada Pacto de San José de Costa Rica. (1984).

Nuestro CCCyN en su art 431, expresa respecto a la libertad de los futuros esposos de poder establecer un proyecto de vida en común: “Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia mutua”⁵. Del mismo modo en su art. 401 enuncia respecto de la disolución del matrimonio: “No hay acción para exigir el cumplimiento de la promesa de matrimonio” y de la misma manera: “ni para reclamar los daños y perjuicios causados por la ruptura, sin perjuicio de la aplicación de las reglas del enriquecimiento sin causa, o de la restitución de las donaciones, si así correspondiera”⁶.

Por último, es importante destacar las limitaciones que impone el Estado al principio de libertad respecto del matrimonio; por ejemplo aquellas relativas al parentesco, crimen y ligamen.

1.2.2 Principio de igualdad

En el art. 16 de nuestra CN se establece respecto del principio de igualdad, lo siguiente: “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza.”⁷; en la misma línea continúa: “Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”⁸.

Nuestra ley suprema deja en claro que todos los seres humanos somos iguales ante la ley, sin discriminación alguna. La RA, introdujo notables cambios respecto a estos principios luego de la reformas constitucional de 1994, pero la igualdad jurídica entre las familias matrimoniales y las extramatrimoniales y el matrimonio entre personas de igual sexo; recién echa luz en 2010 con la ley 26618⁹. Con esta ley, también se fue avanzando en la igualdad entre hombres y mujeres.

Diferentes tratados internacionales, ratificados por nuestro país contemplan este principio en sus cuerpos normativos.

El art. 1 de la DUDDHH expresa: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse

⁵ Art. 431, Código Civil y Comercial de la Nación (2015)

⁶ Art. 401, Código Civil y Comercial de la Nación (2015)

⁷ Art. 16. Constitución de la Nación Argentina.

⁸ Art. 16. Constitución de la Nación Argentina.

⁹ Ley 26.618 de Matrimonio Civil. (2010). Honorable Congreso de la Nación Argentina.

fraternalmente los unos con los otros”¹⁰. Asimismo, el art. 2 también se pronuncia al respecto: “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.”¹¹. No se hace distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía¹².

En su art. 1, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial cita:

la expresión "discriminación racial" denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública¹³.

La Convención Americana sobre DDHH se ocupa expresamente del principio de igualdad en dos de sus artículos; a saber: en el art. 1 y en el art. 24. En el art. 1 establece que: “Los Estados Partes se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción”, enfatizando: “sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”¹⁴. Igualmente, en su art. 24 determina que “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”¹⁵.

¹⁰ Art. 1. Declaración Universal de los Derechos Humanos, Adoptada y proclamada por la Resolución 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

¹¹ Art. 2. Declaración Universal de los Derechos Humanos, Adoptada y proclamada por la Resolución 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

¹² Art. 2. Declaración Universal de los Derechos Humanos, Adoptada y proclamada por la Resolución 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

¹³ Art. 1. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965.

¹⁴ Art. 1. Convención Americana sobre Derechos Humanos, Ley N°23.054 Aprobación de la citada Convención, llamada Pacto de San José de Costa Rica. (1984).

¹⁵ Art. 24. Convención Americana sobre Derechos Humanos, Ley N°23.054 Aprobación de la citada Convención, llamada Pacto de San José de Costa Rica. (1984).

Por su parte; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se ocupa del principio de igualdad en los párrs. primero y segundo del art. 2 y en el art. 3.

Ya en el párr. Segundo del art. 2 se respecto al compromiso para la garantía del ejercicio de los derechos enunciados: “sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”¹⁶. En su art 3 se pronuncia de la siguiente manera: “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto”¹⁷.

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer también se pronuncia al respecto del principio de igualdad de la siguiente manera:

la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera¹⁸.

Se observa una clara garantía por parte de nuestro bloque constitucional, de igualdad entre el hombre y la mujer y no discriminación aplicable a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual y su identidad de género, como lo es también por motivo del color de la piel, la raza, el sexo, la religión o cualquier otra condición.

A continuación se exponen diferentes fallos referidos al tema en cuestión:

Una sentencia del juzgado de 1° instancia en lo contencioso administrativo y tributario CABA-N°15¹⁹ ordeno al registro civil inscribir a un niño de 6 años como hijo de dos mujeres, el niño había nacido antes de que la pareja contraiga matrimonio, y por tal motivo solo fue inscripto como hijo de una sola de ellas. Tiempo después en el año 2010 con la sanción de la

¹⁶Art. 2, segundo párrafo. Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y Culturales. , Ley N° 23.313. Apruébanse los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Civiles y Políticos y su Protocolo facultativo.

¹⁷Art. 3. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Ley N° 23.313. Apruébanse los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Civiles y Políticos y su Protocolo facultativo.

¹⁸ Art. 1. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Ley N° 23179, Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979.

¹⁹Juz. de 1° instancia en lo contencioso administrativo de la Ciudad de Buenos Aires, “V., A.F. y Otros c/GCBA s/Amparo (art. 14 CCABA)”, del 24/06/2011, Cita Online: 70070726

Ley 26618, las mujeres contrajeron matrimonio, y nació su segundo hijo, el cual pudo ser anotado como hijo de ambas; lo cual denota una diferencia de derechos entre los hermanos, una desigualdad, atentando contra el ISN y la integridad familiar. El matrimonio de ambas fue consumado con el propósito de proteger la familia y poder equiparar los derechos de ambos hermanos concebidos por métodos de fertilización humana asistida. El amparo que presentaron se basa en la vulneración del derecho de igualdad de trato y de protección de la familia, regulada en nuestra ley suprema. Pero además, basándose entre otros en la ley 26061, art. 29, consagra un específico "Principio de Efectividad" conforme el cual "los organismos del Estado deberán adoptar todas las medidas administrativas, legislativas, judiciales y de otra índole, para garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos y garantías reconocidos en esta ley²⁰. La constitución de la CBA otorgó prioridad dentro de las políticas públicas, a las destinadas a los niños y adolescentes, las que según el texto expreso del art. 39 "deben promover la contención en el núcleo familiar.²¹". Por ultimo diremos que si bien este principio es un derecho primordial por el que se debe luchar día a día, no debemos confundirnos y pensar que todo tipo de diferencia o desigualdad es sinónimo de discriminación, ya que las circunstancias de acuerdo a la vida de cada ser humano cambia, y no es igual a la de otro, es decir, que las leyes pueden ser aplicadas razonablemente de manera diferente, a circunstancias o situaciones distintas, siempre y cuando no exista una discriminación arbitraria.

Nuestra CSJN respecto del principio de igualdad, tiene la siguiente mirada:

En tesis general y según lo definido por esta Corte en reiterados casos, el principio de igualdad ante la ley que consagra el art. 16 de la Constitución no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias, de donde se sigue forzosamente que la verdadera igualdad consiste en aplicar la ley en los casos ocurrentes según las diferencias constitutivas de los mismos (Fallos, 16-118, 123-106, 124-122, entre otros)²².

El texto de tal disposición, inspirada por la conciencia democrática de sus autores, que abominaban toda primacía ilegítima, que no admite prerrogativas de sangre ni de nacimiento, que suprime los títulos de

²⁰Art. 29. Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes N°26061. Honorable Congreso de La Nación (2005).

²¹ Art. 39. Constitución de la Ciudad de Buenos Aires.

²² C.S.N., "Fallos", 154-283, 195-270.

nobleza y los fueros personales, para declarar enseguida, que todos los habitantes son iguales ante la ley, demuestra con toda evidencia cuál es el alto propósito que la domina: el derecho de todos a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias” (Fallos, 16-118, 101-401). “No es pues, la nivelación absoluta de los hombres, lo que se ha proclamado, aspiración quimérica y contraria a la naturaleza humana, sino su igualdad relativa, propiciada por una legislación tendiente a la protección en lo posible de las desigualdades naturales²³.

Para finalizar, todo ser humano tiene derecho a que se respete su vida privada y poder gozar del derecho de construir una familia, sin ningún tipo de discriminación basada en la orientación sexual (Naciones Unidas, 2013)

1.2.3 Principio de solidaridad

El deber de asistencia y cooperación mutua que adopta nuestro derecho de familia, está basado en el principio de solidaridad, protegiendo frente a posibles desigualdades en las relaciones de familia, siempre en pos del bien común de los miembros.

Con el Código de Vélez Sarsfield, la familia era regulada jurídicamente desde un matrimonio con obligaciones de fidelidad, convivencia como requisito ineludible; hoy en día estos son solo deberes morales; pero siempre fundados en el deber de cooperación y asistencia mutua que se basa en el principio solidaridad familiar (Medina & Roveda, 2016). El CCCyN regula la solidaridad en las relaciones de familia, en varias normas como la obligación alimentaria recíproca entre parientes hasta segundo grado y por afinidad hasta primer grado; la asistencia en la curatela; el derecho de alimentos para el cónyuge; la protección de la vivienda familiar y de los muebles indispensables en ella; deber de contribución entre cónyuges y convivientes, entre otros. Por ejemplo, en la regulación que se hizo de las uniones convivenciales, donde se plasmó que es una unión basada en relaciones afectivas con el propósito de satisfacer objetivos comunes y un proyecto de vida, se basa en deberes de solidaridad²⁴. En el derecho sucesorio, esta solidaridad se ve reflejada en la protección del cónyuge supérstite, respecto del derecho de habitación; en el caso de los

²³C.S.N., 20/6/28, “Eugenio Díaz Vélez c. Provincia de Buenos Aires”, “Fallos”, 151-359.

²⁴Art. 650, Código Civil y Comercial de la Nación (2015).

convivientes, se atribuye la vivienda familiar por el máximo de dos años, al conviviente superviviente.

1.2.4 Principio de responsabilidad

Respecto del principio de responsabilidad, creemos importante destacar lo que expresan Medina & Roveda (2016): “está relacionado con la responsabilidad objetiva de los padres por los daños realizados por sus hijos, que es el fundamento de la responsabilidad parental (p. 86). En la misma línea, Medina & Roveda destacan: “Ambos progenitores en igualdad, tienen el derecho y la facultad de permitir una crianza y un adecuado desarrollo de sus hijos, conforme nuestros principios supraconstitucionales, siempre anteponiendo el interés superior del niño. (2016, p. 86)

La responsabilidad de los progenitores de respetar y cumplir con los derechos de nuestro bloque constitucional debe ser por ejemplo dándole el lugar al niño, escuchándolo de acuerdo a su edad y grado de madurez, dándole condiciones de vida adecuada para su desarrollo físico, mental espiritual, moral y social (Ahumada, 2016).

La responsabilidad en familia también se ve entre los cónyuges, donde si bien cada uno se hace responsable por sus propias deudas; en lo que respecta a deudas relacionadas con necesidades del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos en común, en este caso la responsabilidad es solidaria²⁵.

1.2.5 Principio de interés superior del niño.

El ISN es mencionado en la legislación nacional e internacional, es un principio rector del derecho de familia (Méndez, 2016). Este principio es una garantía de protección de los derechos de los NNyA, que debe respetarse y tenerse en cuenta al momento de tomar una decisión respecto a ellos. “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”²⁶. En otras palabras este principio prioriza al niño y sus necesidades, por sobre las de los adultos (Herrera, 2015; Gutiérrez Goicochea, 2018).

²⁵Art. 455. Código Civil y Comercial de la Nación. (2015).

²⁶ Art. 3, 1° párrafo, Declaración Universal de los Derechos del Niño, Ley N° 23.849. Apruébase la Convención sobre los Derechos del Niño. (1990).

1.3 La familia según nuestro bloque constitucional

La protección integral de la familia, se encuentra prevista en el art. 14 bis de nuestra ley suprema²⁷, como forma de protección de los derechos humanos en su ámbito familiar. Asimismo, esta se refleja en los diversos pactos internacionales con jerarquía constitucional que se incorporan a la Carta Magna a raíz de la reforma del año 1994 (art. 75, inc. 22), a saber: art. 4 de la Declaración Universal de los Derechos y Deberes del Hombre²⁸; art. 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁹; art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁰; art. 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³¹; art. 16.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos³²; y fundamentalmente la Convención Internacional de los Derechos del Niño que recepta en su cuerpo normativo los derechos a nacer y vivir en familia, a conocer su identidad biológica y a ser oído, en sus arts. 7, 8 y 12 respectivamente y resguarda el ISN en sus arts. 3 y 21.³³

En Argentina, el bloque de constitucionalidad federal, está formado, por nuestra CN; por los tratados con jerarquía constitucional y por último, por las sentencias y opiniones consultivas que emite la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es decir que las decisiones que se tomen, por parte de los jueces y legisladores deben ser conforme a este bloque, sin que se mezcle lo subjetivo, es decir, el deseo, las creencias o las convicciones de la mayoría.

Los principios de libertad, igualdad, autonomía de las personas y la no discriminación impactó en el derecho de familia, es decir, que los distintos derechos se piensan para todos los seres humanos, sin distinción según su orientación sexual. Estos principios son la base para que familias homoparentales tuvieran el reconocimiento jurídico necesario, ya que todos los seres humanos tenemos derecho a tener y formar una familia.

²⁷ Constitución de la Nación Argentina, art. 14 bis, ultima parte “(...) la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.”

²⁸ Declaración Universal de los Derechos y Deberes del Hombre, Aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, Colombia, 1948.

²⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos, Ley N°23.054 Aprobación de la citada Convención, llamada Pacto de San José de Costa Rica. (1984)

³⁰ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Ley N° 23.313. Apruébanse los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Civiles y Políticos y su Protocolo facultativo.

³¹ Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y Culturales. , Ley N° 23.313. Apruébanse los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Civiles y Políticos y su Protocolo facultativo.

³² Declaración Universal de los Derechos Humanos, Adoptada y proclamada por la Resolución 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

³³ Declaración Universal de los Derechos del Niño, Ley N° 23.849. Apruébase la Convención sobre los Derechos del Niño. (1990)

Hay sectores que no aceptan la regulación de este tipo de familias, fundando su afirmación en que solo puede existir un modelo único, donde el principal objetivo sea la procreación de manera natural (Clérico, 2011; Solari, 2011; Gargarello, 2011)). Otro argumento es que las familias homoparentales, son violatorias de uno de los principios más importantes que es el ISN; creen que el crecimiento y el desarrollo del niño puede verse afectado al criarse con padres de igual sexo, como así también el niño puede sufrir a futuro discriminación social por este motivo (Figari, 2011). Es innegable que el derecho de familia siempre estuvo muy influenciado por la iglesia, la cual está totalmente en desacuerdo con las familias homoparentales, fundándose en argumentos religiosos (Figari, 2011)

El derecho de poder construir una familia está reconocido en los diferentes tratados sobre DDHH. En el art. 16 de la DUDDHHse expresa que:

1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.
2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.
3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado³⁴.

El art. 10, primer párrafo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece:

Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges³⁵.

La Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 5 cita:

Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia

³⁴Art. 16. Declaración Universal de los Derechos Humanos, Adoptada y proclamada por la Resolución 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

³⁵ Art. 10. Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y Culturales. , Ley N° 23.313. Apruébanse los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Civiles y Políticos y su Protocolo facultativo.

ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención³⁶.

El art. VI de la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre se expresa que: “Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella”³⁷.

En los párrs.1º y 2º del art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se menciona que hombres y mujeres, teniendo derecho para ello, tienen derecho a contraer matrimonio y formar una familia; elemento natural y fundamental de la sociedad es la familia que debe ser protegida por el Estado y la sociedad³⁸.

Por su parte, la Convención Americana de los DDHH en su art. 17 cita:

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención. 3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. 4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo... 5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo³⁹.

³⁶ Art. 5. Declaración Universal de los Derechos del Niño, Ley N° 23.849. Apruébase la Convención sobre los Derechos del Niño. (1990).

³⁷ Art. VI. Declaración Universal de los Derechos y Deberes del Hombre, Aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, Colombia, 1948.

³⁸ Art. 23, 1º y 2º párrafo. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Ley N° 23.313. Apruébanse los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Civiles y Políticos y su Protocolo facultativo.

³⁹ Art. 17. Convención Americana sobre Derechos Humanos, Ley N° 23.054. Aprobación de la citada Convención, llamada Pacto de San José de Costa Rica. (1984)

Existe un fallo de la primera AH en la ciudad de Rio Grande, provincia de Bs As con fecha febrero del año 2015, donde la jueza fundamenta su decisión de dar en adopción plena a dos hermanos menores a un matrimonio gay, basándose en los requisitos del código civil derogado, en la Ley de adopción 24779, actualmente derogada. La jueza fundamento su decisión basándose en el ISN, analizando su caso particular, donde se puede ver: “que los actores brindan cariño, protección y una formación acorde a la evolución psicofísica a los niños”. La Convención sobre los Derechos del Niño, en su “Preámbulo” reconoce que para el pleno y armoniosos desarrollo de su personalidad todo niño debe crecer en el seno de una familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión...” [Cámara en lo Civil y comercial de San Isidro – Provincia de Buenos Aires, Sala 1ª, 31/05/04, “M.M.C y oros s/ Art. 10, ley 10.067”, Actualidad Jurídica de Córdoba – Familia & Minoridad, Vol. 7, pág. 676].⁴⁰

Como hemos detallado, nuestra CN en su art. 14bis, al igual que los tratados con jerarquía constitucional, se refiere a la protección integral de la familia, sin dar ningún tipo de definición, pautas sobre su conformación u organización o límites para su conceptualización, solo se preocupan por su protección, dándole la importancia que requiere a una institución nuclear en toda sociedad.

1.4 Conclusión parcial

Conforme la información recolectada en este primer capítulo vemos que los principios generales que rigen el derecho de familia en Argentina, están conectados unos con otros, protegiendo de manera conjunta la institución familiar, dichos principios se apoyan en nuestra legislación y en los tratados sobre derechos humanos ratificados por nuestra República. Podemos ver entonces que nuestra base jurídica es muy sólida, respecto a la protección de la institución familiar, y que la misma se regula como un derecho humano en nuestro bloque constitucional, donde no importa su composición, sino que siempre deben respetarse y protegerse las relaciones de sus miembros, conforme la igualdad, la no discriminación, la responsabilidad de unos con otros, la libertad de cada ser humano y por supuesto uno de los principios guías, que es el ISN.

⁴⁰Juzgado de 1 Instancia De Familia y Minoridad N° 1 de Rio Grande “M.D.C. y B. D s/ADOPCIÓN”, del 19/02/2015. Cita online: AR/JUR/495/2015

CAPITULO II:

La familia

2.1 Introducción parcial

En este capítulo se analiza la institución familiar, la cual fue mutando a lo largo del tiempo, y lo sigue haciendo. Iremos viendo los cambios más notables en el Derecho de familia introducidos con nuestro Código unificado; como así también las diferentes formas de construcción de una familia.

2.2 La familia

La familia es una institución social, que fue variando mundialmente su significado a lo largo de los años, desde una estructura “clásica”, compuesta por personas de diferentes sexos, que podían o no procrear, hasta un modelo más integral de familia. Kemelmajer de Carlucci (2014) hace referencia al tema expresando que:

La familia llamada 'tradicional', esa familia matrimonializada (fundada en el matrimonio), paternalizada y patrimonializada (o sea, dependiente económicamente y en otros aspectos del padre), sacralizada (nacida de formas más o menos solemnes) y biologizada (su fin principal es tener hijos), viene sufriendo cambios desde hace más de un siglo. Elementos muy diversos incidieron para abandonar ese modelo, consagrado por el Código de Napoleón y seguido por otros códigos del Derecho continental que algunos calificaron de patriarcal, jerárquico, autoritario, burgués y desigualitario"(p.10.).

La institución familiar ha ido evolucionando a nivel social, pero siempre tuvo un reconocimiento tardío a nivel jurídico. Es por esto que por mucho tiempo en nuestro país, se han visto vacíos legislativos, y se reclamaba la violación de derechos constitucionales como la igualdad y la no discriminación, la libertad y la autonomía personal. Pero por otro lado esta evolución social y jurídica de la institución familiar, puso en “crisis” a un modelo de familia aceptado por mucho tiempo, y se comenzó a poner en duda sobre la transgresión de otros derechos como, el ISN, el derecho de todo niño a crecer en una familia que lo ame y lo proteja, etc.

En nuestro país, el concepto de familia cambio en el seno jurídico a partir de la aceptación de matrimonio entre personas del mismo sexo (Kelmemajer de Carlucci, 2014), modificando entre otras cosas, las reglas de filiación, que estaban pensadas para hijos de parejas heterosexuales. Con esta ley se permite la adopción por parte de matrimonios homosexuales, modificando el modelo familiar tradicional (padre y madre). En este contexto

fue, que en Argentina se comenzó a proteger jurídicamente a las familias homoparentales, con los mismos derechos y obligaciones que el de las uniones heterosexuales.

Hoy en día la familia no es solo de origen biológico, con convivencia afectiva, matrimonial, heterosexual, patriarcal de personas con objetivos de procreación; sino que es una convivencia solidaria, de igualdad y de responsabilidad entre sus miembros, donde se basan en el apoyo mutuo, para que cada miembro alcance su desarrollo personal, con igualdad entre ellos, sin importar su sexo. Estas nuevas familias se fundan en el principio de libertar, donde pueden tener plena independencia en formarla, sin ningún tipo de restricción por parte del estado, a través de sus leyes.

Antes el Estado tenía un rol más invasivo en la vida familiar (Herrera, 2015), hoy en día es totalmente supletorio, respetando la privacidad de las mismas. Aunque si bien el estado tiene un papel más supletorio, no quita que este derecho pueda ser dejado de lado, al verse en peligro el ISN. Kelmemajer de Carlucci señala al respecto de lo expuesto: “La Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege solo un modelo “tradicional” de la misma” (2014, p. 43).

2.2.1 Cambios introducidos en familia en el Código Civil y Comercial de la Nación.

En el año 2015 en Argentina entra en vigencia el CCCyN, el cual genero gran impacto en la sociedad, por su cambio radical en las relaciones de familia. Como dijimos nuestro país jurídicamente venia retrasado en la regulación de un montón de aspectos; las nuevas familias eran un hecho, ya sea homoparentales, monoparentales, familias ensambladas, etc.; como así también era un hecho la desigualdad, los límites a la libertad, la falta de inclusión, etc.

En Argentina en los últimos tiempos se hicieron, muchos cambios respecto a la igualdad, por ejemplo el Código Civil derogado⁴¹, estaba redactado acorde a un solo modelo de familia posible, es decir, matrimonios de sexos opuestos, como así también se veía una desigualdad notable respecto de los derechos del hombre y de la mujer; hoy en día eso cambio significativamente y nuestro CCCyN, abarca las nuevas formas de familia: familias monoparentales, homoparentales, fundadas a partir de una unión convivencial familia ensamblas, etc. (Ahumada, 2016) dejando en claro una igualdad entre ambos sexos, como así también otros aspectos, como por ejemplo que ambos padres pueden ser titulares de la

⁴¹ Ley N°24.779 (1997), Honorable Congreso de la Nación Argentina.

responsabilidad parental sin importar el género, como también el poder colocar cualquiera de los progenitores el primer apellido a los hijos en común.

En el año 2010 con la ley 26618, se trataron de igualar los derechos matrimoniales y familiares, con independencia del género. Luego en el 2015 con el CCCyN, se dejó reflejado la interpretación y aplicación de las normas, basadas en el principio de igualdad. Art. 42 de la ley 26618, cita al respecto: “Todas las referencias a la institución del matrimonio que contiene nuestro ordenamiento jurídico se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo como al constituido por DOS (2) personas de distinto sexo”, se establece en este artículo también que: “ Los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo, así como un matrimonio constituido por personas de distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones”; y además “Ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como al formado por DOS (2) personas de distinto sexo”⁴².

Por su parte, el CCyCN en su art. 402 expresa:

Ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo⁴³.

La falta de regulación en aspectos como la crianza de los hijos luego de la separación de sus padres; hijos nacidos por técnicas de reproducción humana asistida sin regulación y el tema que nos compete, el de las adopciones, que también fue resultado de una demanda social, se requería una regulación razonable, respecto al tiempo de dichos procesos, por lo que se redujeron los mismos. La adopción en este código gira en torno al ISN, siendo este el principio rector de esta institución, incluso por sobre el interés de los adultos involucrados; también se le da mayor protagonismo al niño en las decisiones respecto a él, de acuerdo a su edad y madurez. Se incorpora la posibilidad para adoptar en forma conjunta a las personas divorciadas o que ya no están en unión convivencial, pero el juez debe valorar la situación particular, de acuerdo al interés superior del niño. Se agrega, además de la adopción plena y simple, la adopción de integración con una regulación específica; además de la adopción de menores de edad, se permite, en determinados casos, la de mayores de edad. Otro tema

⁴² Art.42. Ley 26.618 de Matrimonio Civil. (2010). Honorable Congreso de la Nación Argentina

⁴³ Art. 402, Código Civil y Comercial de la Nación (2015).

fundamental que se ratifica en este código, es el de matrimonio igualitario, siempre conforme la igualdad de derechos y obligaciones de ambos integrantes del matrimonio, sin importar que sean de igual o distinto sexo. Este código vino a acompañar de manera integral, leyes aisladas que necesitaban un sistema acorde a la realidad, lo cual no era satisfecho por el Código de Vélez Sarsfield, estas leyes eran el reflejo de las transformaciones sociales, y fueron el punto de partida para el cambio, como por ejemplo: la ley de matrimonio igualitario, la de protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, la de protección integral de las mujeres, etc. Este nuevo código permitió regular a las técnicas de reproducción humana asistida como una fuente de filiación, donde la paternidad o maternidad se basa en la “voluntad procreacional”, es decir, en el deseo de ser padres, indistintamente de quien aporte el material genético. También se dio mayor protección e igualdad a las uniones convivenciales, que tengan o no hijos, aunque existen todavía notables diferencias respecto de las uniones matrimoniales. También se modificó el divorcio causado, por uno incausado, donde no hace falta exponer las razones de ruptura, ni esperar ningún tiempo para tramitarlo, solo basta con regular cuestiones respecto a las consecuencias, es decir, la vivienda conyugal, la distribución de los bienes, en el caso de tener hijos definir el régimen de comunicación, el cuidado personal, etc.

En el nuevo Código se reflejan los principios constitucionales y convencionales de derechos humanos incorporados a nuestro ordenamiento, como por ejemplo, el principio del interés superior del niño; principio de igualdad de todos los hijos, matrimoniales como extramatrimoniales; el derecho a la identidad; la mayor facilidad y celeridad en la determinación legal de la filiación; el derecho a fundar una familia con independencia de la orientación sexual de la persona o pareja que quiera formarla y a no ser discriminado en el acceso a ella, entre otros. La sanción de este código tuvo como objetivo tratar de regular la mayor cantidad de realidades sociales-familiares existentes, aunque sabemos que vivimos en una sociedad en continua evolución y que falta cubrir numerosos aspectos, pero este código fue un gran paso, fundándose en los principios que ya mencionamos, de libertad, de responsabilidad y solidaridad familiar, entre otros.

2.2.3 Diferentes construcciones de familia

Ahumada (2016) citando a Fanzolato (2007) expresa que “Los tipos de familia constituidas en diversas épocas y regiones surgen de la adaptación a los modelos culturales de cada sociedad” (p. 35). Valdivia Sánchez (2008) destaca los cambios convulsivos que la

familia tradicional ha sufrido en las tres últimas décadas y que han subvertido los parámetros con los que se entendía la vida familiar y afectaron al sistema familiar en su conjunto. Esta autora reconoce dos grandes grupos de modelos de familia: los modelos tradicionales (familia troncal, troncal extendida y nuclear ampliada) los modelos actuales (nuclear reducida, monoparental, mosaico - también denominada reconstituida o ensamblada - y homoparentales). El término homoparentalidad resulta relativamente reciente y ha sido adoptado socialmente en la década del 60 a partir de la explosión de diferentes movimientos homosexuales (Pérez González, 2016) y “designa el lazo de derecho o de hecho que vincula uno o varios niños a una pareja” (Nofal, 2010, p. 11). Siguiendo a Ahumada (2016) haremos una breve descripción de las nuevas formas de vivir en familia. Comenzamos conceptualizando a la estructura familiar que motiva el presente trabajo: Las familias homoparentales, familias que se forman con dos personas del mismo sexo y su/s hija/o/s (Ahumada, 2016; Verplaetse & Kowalenko, 2014). Por familia extendida (o extensa) entendemos a aquella estructura en la que participan en la función familiar dos o más generaciones que cohabitan e interactúan en la vida cotidiana (Quintero Velásquez, 2007 citado por Ahumada, 2016). Familia Monoparental es aquella formada por una persona con su/s hija/o/s a su exclusivo cuidado (Kelmajer de Carlucci). Como causas que pudieran dar origen a familias monoparentales podemos citar el divorcio, la adopción unilateral, la decisión de apelar a técnicas de reproducción asistida y casos de violencia (Ahumada, 2016). Cuando uno o ambos cónyuges aporta/n hija/o/s de uniones anteriores se dice que se configura una familia ensamblada (Kemelmajer de carluci, 2014 citada por Ahumada, 2016). Las uniones de hecho se configuran con parejas que conviven y comparten un vínculo afectivo sin estar casadas legalmente (Quintero Velásquez, 2007 citado por Ahumada, 2016). Finalmente, Ahumada (2016) hace especial mención al tipo de familia que da origen a su trabajo de investigación: Las familias integradas por progenitores adolescentes, entendiendo en este caso como adolescente a las/os jóvenes de entre 13 y 18 años. Volviendo al tema del presente trabajo, destacamos que las familias homoparentales se forman de distintas maneras, puede que sea por medio de la adopción, cuando el menor se encuentra en estado de adaptabilidad o por “integración”, es decir, cuando se adopta al hijo de su cónyuge o conviviente. Con la ley 26618 toma mayor protagonismo la familia homoparental, lo que no quita que antes no existían, solo no estaban protegidas legalmente.

A continuación, citaremos algunos fallos a modo de ejemplo:

En el Tribunal Colegiado de Familia de Rosario, en el año 2017, una pareja de dos mujeres, mediante técnicas de reproducción humana asistida, conciben dos hijos, los cuales nacieron en el año 2002, y fueron inscriptos como hijo de madre soltera de la Sra. M, ya que en ese momento no existía regulación al respecto. La otra progenitora, la Sra. G, tuvo el deseo desde el primer momento de la voluntad procreacional de sus hijos, de formar esta familia, y una vez que los niños nacieron, existía el trato de familia con los mismos, quienes la reconocían como su madre. Es decir, que aunque en ese momento existía la desprotección legal respecto de ella, igualmente era una realidad dicha familia homoparental. En el año 2010, cuando se sanciona la ley de matrimonio igualitario, las progenitoras tuvieron el deseo de casarse, pero la Sra. G., falleció antes de que se pudiera concretar. Por lo que la Sra. M. en representación de sus hijos menores de edad, inicia la reclamación de filiación extramatrimonial postmortem.⁴⁴

En el Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil Nro. 8, en el año 2017, se pide por parte de un matrimonio conformado por dos hombres, la impugnación de filiación de la mujer que gestaría en su vientre al hijo de ambos. La mujer en cuestión, no tienen deseo ni intención de ser madre, solo gestaría al niño, para poder ayudar de manera desinteresada al matrimonio y que estos puedan cumplir su sueño de formar una familia. Este es un caso de gestación por sustitución o alquiler de vientre (como es más conocido), donde una mujer acepta quedar embarazada, dar a luz a un niño y entregárselo a otra persona o pareja, que pasarían a ser los progenitores del niño. En nuestro CCCyN no está regulado, pero tampoco está prohibido, por tal motivo el fallo dio lugar a la demanda basándose en el principio de privacidad e intimidad y el de legalidad emanada de nuestra CN, en su art. 19.⁴⁵

Las familias monoparentales también son un hecho en la actualidad, tenemos el caso en el año 2014, en el Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil y Comercial y de Familia de 2ª Nominación de Río Cuarto, donde un hombre solicitó la adopción de dos menores de edad. Durante el proceso de adopción plena, compareció con una nueva identidad de género otorgada por el registro civil. La adopción se concretó, sin incidencia del cambio de género del adoptante.⁴⁶

Las familias homoparentales también pueden formarse a través de la adopción por integración, por ejemplo, en el año 2016 en el Juzgado de Familia Nro. 1 de Corrientes se

⁴⁴ Tribunal Colegiado De Familia Nro. 4 De Rosario “X., X.X. y Otros s/Filiación Post Mortem”, del 13/10/2017. Cita online: AR/JUR/82191/2017

⁴⁵Juzgado Nacional De 1ra Instancia En lo Civil Nro. 81 “S., I. N. y otro c. A., C. L. s/ impugnación de filiación”, del 14/06/2017. Cita online: AR/JUR/37036/201

⁴⁶Juzgado de 1ra Instancia en lo Civil y Comercial y de Familia de 2a Nominación de Río Cuarto “O., M. B. - Adopción Plena”, del 18/12/2014. Cita online: AR/JUR/90132/2014.

solicitó la adopción de integración plena de un menor a favor de la cónyuge de su progenitora. Cada una de ellas era madre de hijos biológicos, ambos niños tienen trato de hermanos desde el nacimiento y los cuatro forman una familia.⁴⁷

Para la mayoría de las personas, la maternidad o paternidad es un deseo, un sueño por perseguir, en el caso de las familias homoparentales, lo consiguen de distintas formas, ya mencionadas, pero no quita que sea un camino fácil, porque muchos de ellos deben enfrentarse a largos tratamientos, críticas, discriminación, esfuerzos físicos y económicos. Por su parte, Zannoni (1990) expresa que: “En razón de las diferencias, que vienen determinadas por razones no jurídicas, sino de orden económico o social, existe un modo diverso de realizar los fines familiares (p. 186). Continúa Zanoni: “En este tema habría que propender a que existan distintos modos de obtener la realización de los intereses familiares y ser respetuosos de los mismos en fruto del pluralismo social y político (1990, p. 186).

2.3 Conclusión parcial

Vemos que a lo largo del tiempo, no sólo ha cambiado el concepto de familia, sino también los roles que cumplen los miembros de ella. Las familias en la actualidad, van más allá de una definición de roles o géneros; cada integrante es individual y libre. No existe un solo modelo posible de familia. Con la sanción del Código unificado, se han esclarecido conceptos que hasta el momento no habían sido contemplados, ignorando así las diversas realidades de familia existentes, surgidas como producto de la evolución social y cultural.

⁴⁷Juzgado de Familia Nro. 1 de Corrientes “R., M. E. s/ adopción de integración”, del 26/10/2016. Cita online: AR/JUR/84003/2016.

CAPÍTULO III:
La adopción en la República Argentina

3.1 Introducción parcial

El objetivo de este capítulo es realizar una descripción de las nociones básicas en materia de adopción: conceptos claves, requisitos para la misma, tipos de adopción, principios generales que sustentan esta institución, entre otros; con el fin de comprender e ir adentrándonos en la AH.

3.2 La adopción en el ordenamiento jurídico argentino.

Herrera (2014) define a la adopción como “institución jurídica cuya finalidad reside en la satisfacción del derecho de todo niño a vivir en familia cuando éste no puede hacerlo por diferentes razones en su familia de origen” (párr. 20).

El instituto de la adopción se incorpora al ordenamiento jurídico argentino en el año 1948 merced a la sanción de la ley 13252 que establecía la adopción exclusivamente con carácter simple (Méndez, 2016). La figura de adopción se encuentra regulada en el nuevo Código en el Libro Segundo titulado “Relaciones de familia”, que contiene el Título VI: “la adopción”. Nuestro código civil y comercial de la nación, define a la adopción en el at.549, título VI, capítulo I del libro II de Familia: “es una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales”⁴⁸ en aquellos casos en los cuales los mismos no puedan ser proporcionados por la familia de origen.

La adopción por muchos años fue considerada una manera de satisfacer las necesidades de los adoptantes; mutando hacia la del ISN. Lo que se trata con esta institución, es poder brindarle a los NNYA la posibilidad de tener una familia, de satisfacer además de las necesidades económicas, las afectivas y educativas, que como se plantea en nuestro código, primero debe intentarse que sean satisfechas por su familia de origen, la cual incluye además de los padres, a los tíos, abuelos, primos y otros parientes. La adopción es una decisión trascendental; de ambas partes se deberá respetar, entender y empatizar con características, costumbres, y cultura/s producto de la historia de vida de cada uno. Por eso, es de suma importancia que adoptantes y adoptados puedan contar con un apoyo externo de especialistas en el proceso gradual de integración.

48 Art. 549, Código Civil y Comercial de la Nación (2015)

La Dirección Nacional del Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos (DNRUA) fue creada por la ley 25854⁴⁹, Lo que permite esta ley es la posibilidad de que exista una lista de aspirantes a guarda con fines de adopción, respecto de NNyA que se encuentran en situación de adaptabilidad. La DNRUA ayuda en la búsqueda de una familia para el menor, es un apoyo fundamental para las familias durante el proceso de vinculación, guarda y adopción. Los interesados deben inscribirse según su domicilio actual, en este registro único, donde se le realizaran entrevistas, deberán presentar la documentación requerida para poder armar un legajo, dicha inscripción puede ser actualizada y hasta modificada ha pedido de los aspirantes.

La selección de los aspirantes se realiza teniendo en cuenta: los inscriptos en el registro, domicilio y las necesidades que plantean; en caso de que no hallar aspirantes que se adecuen, se amplía la búsqueda al resto del país. El juez es quien realiza la selección, en base a las particularidades de cada caso.

Queda prohibida expresamente la entrega directa en guarda de NNyA mediante escritura pública o acto administrativo, así como la entrega directa en guarda otorgada por cualquiera de los progenitores u otros familiares del niño⁵⁰.

3.2.1 Requisitos para la adopción

El artículo 597 del CCCyN, respecto del adoptado, cita: “pueden ser adoptados las personas menores de edad no emancipadas declaradas en situación de adaptabilidad o cuyos padres han sido privados de la responsabilidad parental⁵¹”. En cuanto a los sujetos, el art. 597 determina quienes pueden ser adoptados: “solo los menores de edad no emancipados son sujetos susceptibles de adoptabilidad”⁵². En el mismo artículo se describen las excepciones; los mayores de edad podrán ser adoptados en algunos casos: también en la adopción de integración, y cuando haya habido posesión de estado durante la minoridad del adoptado comprobada fehacientemente.

Respecto a los requisitos que deben cumplir el/los adoptantes, se establece en el art. 599 del CCCyN que el NNyA podrá por un matrimonio, por ambos integrantes de una unión convivencial o por una única persona⁵³. Asimismo, las personas casadas o en convivencia

49 Ley N°25854, De guarda con fines adoptivos (2003) Honorable Congreso de la Nación.

50 Art. 611, 1° párr. Código Civil y Comercial (2015).

51 Art. 597, Código Civil y Comercial de la Nación (2015)

52 Art. 597, Código Civil y Comercial de la Nación (2015).

53 Art. 599, primer párrafo, Código Civil y Comercial de la Nación (2015)

podrán adoptar por separado en casos excepcionales, tales como: a) cuando el cónyuge o conviviente ha sido declarado persona incapaz o de capacidad restringida y esto le impide dar su consentimiento; b) cuando los cónyuges estén separados de hecho, caso en el cual el juez evaluará la situación particular priorizando el ISN.

El adoptante para poder inscribirse en el registro único de adoptantes, debe tener más de 25 años, salvo en los casos en los que el otro cónyuge o conviviente cumpla con la edad⁵⁴. El adoptante debe ser 16 años mayor que el adoptado, salvo en la AI⁵⁵. En el caso de los extranjeros además de estar inscriptos en el Registro de adoptantes, deben tener residencia permanente en el país, durante 5 años anteriores al pedido de guarda⁵⁶. El adoptante puede adoptar varios niños simultáneamente o adoptar primero uno y más adelante otro⁵⁷.

Con respecto a los impedimentos, no podrán adoptar los ascendientes a sus descendientes, ni una persona a su hermano ya sea bilateral o unilateral, así como tampoco podrán ser adoptantes los menores de veinticinco años, excepto que su cónyuge o conviviente con el que vaya a adoptar en conjunto cumpla con este requisito⁵⁸.

3.2.2 Tipos de adopción.

Nuestro CCCyN reconoce tres tipos de adopción (Méndez, 2016): Simple, Plena y de Integración⁵⁹; cualquiera de los tres puede aplicar según el caso a la AH.

La adopción simple (AS) es definida en el artículo 620 como aquella que confiere el estado de hijo al adoptado, pero no establece vinculación jurídica con los parientes ni con el cónyuge del adoptante, excepto lo dispuesto en el Código⁶⁰. Siguiendo a Medina & Roveda: “no se consolida el estado de familia sino que se adquiere sólo un estado de hijo” (2016, p.710). En el art. 627 se dispone que los derechos y deberes con su familia de origen no se extinguen, aunque titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental se transfieren a el o los adoptantes⁶¹. Se mantiene para la familia biológica el derecho de comunicación conforme a lo dispuesto en el art. 555 con respecto al adoptado, excepto que resulte perjudicial o contrario al ISN⁶². Se mantienen también las obligaciones alimentarias de la familia de origen

⁵⁴ Art. 601, inc. A, Código Civil y Comercial de la Nación (2015)

⁵⁵ Art. 599, 2° párrafo, Código Civil y Comercial de la Nación (2015)

⁵⁶ Art. 600, Código Civil y Comercial de la Nación (2015)

⁵⁷ Art. 598, 1° párrafo, Código Civil y Comercial de la Nación (2015).

⁵⁸ Art. 601, Código Civil y Comercial de la Nación (2015).

⁵⁹ Art. 619, Código Civil y Comercial de la Nación (2015)

⁶⁰ Art. 620, 2° párr., Código Civil y Comercial (2015).

⁶¹ Art. 627, inc. a, Código Civil y Comercial (2015).

⁶² Art. 627 inc. b, Código Civil y Comercial (2015).

en caso de que no puedan ser cubiertas por los adoptantes⁶³; por lo tanto, el adoptado conserva su derecho a reclamar alimentos a sus progenitores u otros miembros de su familia de origen. Accede a los mismos derechos sucesorios que los hijos biológicos para el caso de los adoptantes, no así para las sucesiones de ascendientes o colaterales del mismo - el vínculo jurídico con ellos es inexistente - (Azpiri, 2015; Guilistarti, 2018). El art. 627 inc.d, establece que en caso de que el adoptado cuente con la edad y el grado de madurez suficiente, puede solicitar que se conserve su apellido de origen (anteponiéndole o adicionándole el de su adoptante); caso contrario: se aplicarán las normas de la Adopción Plena.⁶⁴ Las acciones de reclamación o reconocimiento de filiación, son procedentes por parte del adoptado de forma simple contra sus progenitores de origen⁶⁵ a los efectos de hacer surgir los derechos y deberes que correspondan respecto de su familia biológica. (Azpiri, 2015). El art. 629 menciona aquellos casos en los que se podrá solicitar la revocación; a saber: por haber incurrido el adoptado o el adoptante en alguna de las causales de indignidad prevista en el Código para las sucesiones, por petición justificada del adoptado mayor de edad o por común acuerdo de ambos por petición judicial, siempre que el adoptado sea mayor de edad⁶⁶.

La adopción plena (AP) otorga al adoptado en el estado de familia con respecto al adoptante; se otorga preferentemente en casos de menores huérfanos de padre y madre y/o sin filiación establecida, o en casos de niñas/os o adolescente declarados en situación de adoptabilidad. En la adopción plena se extinguen los vínculos con la familia de origen, a excepción de los impedimentos matrimoniales referidos en el art. 403⁶⁷. No obstante, el juez puede decidir mantener el vínculo jurídico con uno o varios parientes de origen, según lo sea lo más conveniente para el adoptado. Cuando se trate de una adopción unipersonal, el adoptado llevará el apellido de su adoptante y para los casos de adopciones conjuntas se aplicará lo establecido para los hijos matrimoniales. La adopción plena es irrevocable conforme con el art. 624⁶⁸. Una AS simple puede convertirse en plena por el juez, a pedido de parte y con basamento en motivos fundados.

La adopción por integración (AI) se define en el artículo 620 de nuestro CCyCN como aquella que se configura cuando se adopta al hijo del cónyuge o del conviviente. No existe para este caso el objetivo de resguardar al menor en situación de abandono o en estado de adoptabilidad; se persigue la incorporación del mismo a la nueva familia que su progenitor/a

⁶³ Art. 627 inc. c, Código Civil y Comercial (2015).

⁶⁴ Art. 627 inc. d, Código Civil y Comercial (2015)

⁶⁵ Art. 628, Código Civil y Comercial (2015)

⁶⁶ Art. 629, Código Civil y Comercial (2015)

⁶⁷ Art. 403, Código Civil y Comercial (2015)

⁶⁸ Art. 624, 1º párr., Código Civil y Comercial (2015)

haya formado (Zanino, 2016). El art. 630 dispone que en el caso de la adopción de integración, se mantiene el vínculo filiatorio del adoptado con su progenitor de origen, cónyuge o conviviente del adoptante⁶⁹. A decir de Méndez (2016) “La particularidad de la adopción de integración es que puede ser concedida con los efectos propios de la adopción plena o simple, dependiente de cada caso en particular (párr. 17).

Las siguientes reglas enmarcan la AI: a) respecto a los progenitores de origen: “deben ser escuchados, excepto causas graves debidamente fundadas”; b) respecto del registro de adoptantes: “el adoptante no requiere estar previamente inscripto” en el mismo; c) respecto de la guarda “no se aplican las prohibiciones en materia de guarda de hecho” ; d) respecto a la situación de adoptabilidad: “no se exige declaración judicial de la situación de adoptabilidad;”; e) respecto de guarda previa: “no se exige previa guarda con fines de adopción” y f) “no rige el requisito relativo a que las necesidades afectivas y materiales no puedan ser proporcionadas por su familia de origen de conformidad con lo previsto en el artículo” 594.⁷⁰

3.2.3 Principios generales en los que se basa la adopción

Nuestro CCyCN enumera una serie de principios generales que se deben tener en cuenta al momento de decidir sobre el futuro de un menor, en una adopción (Méndez, 2016). Estos Principios generales en los que se basa la adopción en el ordenamiento jurídico argentino, se encuentran citados en el art. 595⁷¹ de nuestro CCCyN, el interés superior del niño, es uno de los principios fundamentales y rectores, del que se derivan los demás principios. Luego se encuentra el respeto por el derecho a la identidad; el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada; la preservación de los vínculos fraternos; el derecho a conocer sus orígenes; y finalmente el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído.

El ISN, es el principio más trascendental tomado a lo largo de todo nuestro CCCyN y es la principal guía en el instituto de la adopción (Méndez, 2016), donde las decisiones deben basarse en este principio, para poder proteger de manera integral los derechos de todos los niños, niñas y adolescentes. El artículo 706 del CCCyN que habla de los principios generales de los procesos de familia, en el inc. c), cita:” La decisión que se dicte en un

⁶⁹ Art. 630, Código Civil y Comercial (2015)

⁷⁰ Art. 632, Código Civil y Comercial (2015)

⁷¹ Art. 595, Código Civil y Comercial de la Nación (2015)

proceso en que están involucrados niños, niñas o adolescentes, debe tener en cuenta el interés superior de esas personas.”⁷²

Es en el marco de la Convención Internacional de los Derechos del Niño celebrada en el año 1989, incorporada por la modificación a nuestra CN en el año 1994, la cual en su art. 75 inc. 22 incorpora a su texto los pactos internacionales de derechos humanos que se introduce como principio el Interés Superior del Niño, más precisamente en su art. 3. 1 establece: “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”⁷³.

Luego en el art. 21, el cual refiere a la adopción, en su 1° parte dice en lo pertinente “Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial (...)”. Este principio ha sido ratificado en nuestro derecho positivo por medio de la ley 26061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes⁷⁴. Dicha ley, en su art. 3, conceptualiza el Interés Superior del Niño, traduciéndolo como la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. En el mismo art. se enumeran las garantías que no deben dejar de respetarse para lograr y mantener esa máxima satisfacción, a saber: La condición de sujeto de derecho del menor; su derecho a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; el respeto por su pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; su edad y grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; el equilibrio entre los derechos y sus garantías y las exigencias del bien común; su centro de vida, entendiéndose por tal el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. Asimismo, en este art. se establece que todo procedimiento y cualquier circunstancia vinculada al mismo en materia de familia deben ajustarse a este principio. Por último, pero no menos importante, ofrece impone como solución legislativa ante el conflicto de intereses de los NNYA frente a otros derechos o intereses, deberán prevalecer los primeros.

La Cámara de Familia de 2a Nominación de Córdoba, rechazó el pedido de un padre de cambio de tenencia respecto de su hijo menor, el cual se encontraba con su progenitora, el padre argumentó que la orientación sexual de la misma era contraproducente para el niño. La

⁷²Art. 706, inc. C. Código Civil y Comercial de la Nación (2015)

⁷³ Art. 3, 1° párrafo, Declaración Universal de los Derechos del Niño, Ley N° 23.849. Apruébase la Convención sobre los Derechos del Niño. (1990).

⁷⁴ Ley 26061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (B.O. 21-10-2005) Honorable Congreso de La Nación.

decisión judicial, se basó en evaluar cuál de los progenitores estaba en mejores condiciones de garantizar y asegurar el pleno desarrollo y crecimiento armónico del hijo. La Convención sobre los Derechos del Niño que forma parte de nuestro ordenamiento legal, aporta el marco normativo ineludible, estableciendo como pauta sobre toda medida que se tome respecto de los menores "el Interés superior del niño", principio que se erige como la directriz rectora ineludible. En este caso el menor tenía 12 años de edad y en virtud del principio de capacidad progresiva que informa nuestro sistema jurídico, posee la determinación necesaria para elegir con cuál de sus padres prefiere estar; el niño expuso su deseo de estar con su progenitor. El fallo deja en claro que al analizar los hechos relatados, que de ninguna manera la condición sexual de la progenitora puede ser considerada como elemento determinante a la hora de resolver un pedido de cambio de guarda, tal como parece pretender el padre del menor⁷⁵.

Otro fallo similar se dio en el Juzgado de Familia de 4 de Córdoba, donde la madre de dos menores solicita el cambio de tenencia, ya que los niños se encontraban con su padre, por mutuo acuerdo. Los fundamentos utilizados por la misma era: 1) "graves inconvenientes (de índole moral) con el padre de sus hijos", 2) "la gravedad de la situación", 3) la necesidad de "salvaguardar la moral y el bienestar de los menores", 4) "la recuperación total de su estado de salud", y "el derecho que tienen los hijos a vivir con la madre", 5) "la falta de causa para que continúen bajo la tenencia del padre", 6) y "la situación de peligro moral en que se encuentran bajo la tenencia de su padre", aludiendo al comportamiento sexual "no convencional" del progenitor. El tribunal no dio lugar al pedido de la progenitora, fundando su decisión en el interés superior de los menores, el cual es estar con su progenitor.⁷⁶

Los jueces deben valorar al momento de tomar una decisión respecto a las adopciones: la idoneidad y la capacidad de los adoptantes como futuros progenitores, indistintamente de su orientación sexual, como mencionamos en otros capítulos nuestra ley suprema nos da igualdad de derechos a todos los seres humanos, sin distinción, como así también nos permite elegir libremente formar una familia, sin ningún tipo de directiva basada en nuestra sexualidad. A continuación citaremos artículos donde se hace referencia a los puntos tenidos en cuenta a la hora de valorar a los futuros adoptantes.

Nuestro CCCyN en su art. 613, en su 2 párrafo, habla de determinadas pautas que se deben tener en cuenta a la hora de seleccionar un guardador: indicando que para el desarrollo pleno

⁷⁵Cámara de Familia de 2a Nominación de Córdoba "P. M. A. c. G. F. P. A. s/ divorcio vincular", del 06/05/2015. Cita online: AR/JUR/24402/2015.

⁷⁶ Juzgado de Familia de 4a Nominación de Córdoba "L., S. F. y A., C. P.", del 06/08/2003. Cita online: 70020015.

del NNyA debe tenerse en cuenta condiciones personales: edad, aptitudes del/los pretense/s adoptante/s; su idoneidad para poder cumplir funciones de cuidado y educación, motivaciones y expectativas frente a la adopción y el respeto asumido frente al derecho a la identidad y origen del NNyA ⁷⁷.

El Art 656 respecto de la responsabilidad parental manifiesta que las decisiones con respecto al cuidado personal del hijo debe responder a conductas concretas del progenitor que puedan lesionar el bienestar del NNyA, sin ser admisibles discriminaciones fundadas en sexo u orientación sexual, religión, preferencias políticas o ideológicas o cualquier otra condición⁷⁸.

El derecho a la identidad se relaciona directamente con el de conocer los orígenes por parte del adoptado y cumple una función por demás importante en materia de adopción (Herrera, 2008; Arias de Ronchietto, 2013; Morán, 2017; Fernández Sessarego 1992 citado por Méndez 2016; Audino, 2014). Resulta ser uno de los tantos preceptos supranacionales enunciados en el art. 599 del CCyCN, pero por su injerencia en particular en materia de adopción, el mismo recibe un tratamiento diferenciado en el art. 596. Dicha norma materializa ese derecho en la medida en que dispone que el menor con grado de madurez suficiente, podrá solicitar el acceso al expediente por el cual tramite su adopción y a cualquier otra información judicial o administrativa que le sirva a tales fines. Tal expediente debe contener la mayor cantidad de datos relativos a la identidad del menor y a su familia de origen, como así también información relativa a la salud de los mismos, incluyendo antecedentes de enfermedades hereditarias si eventualmente se tuviera conocimiento de su existencia.

En el plano supranacional, este principio se encuentra especialmente protegido en la Convención Internacional de los Derechos del niño, específicamente en su art. 7 que establece que cuando un NNyA sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

De igual forma, nuestra ley 26061 de Protección Integral, en su art. 11 determina, entre otras cosas, que el Estado deberá facilitar y colaborar en la búsqueda de información de la familia de origen a efectos de lograr un reencuentro de estos con el niño, niña o adolescente.

⁷⁷ Art. 613, segundo párrafo. Código Civil y Comercial de la Nación (2015).

⁷⁸ Art. 656, segundo párrafo. Código Civil y Comercial de la Nación (2015).

Los adoptantes paralelamente deben comprometerse expresamente a hacer conocer al adoptado sus orígenes; desde muchos puntos de vista, este derecho se relaciona con el de identidad, la cual se crea a través de dicho conocimiento.

La Convención sobre Derechos del Niño habla de la importancia de que las personas conozcan sus orígenes, para poder construir su propia identidad: "Se trata nada más ni nada menos que del derecho a saber de dónde proviene mi historia. Sin este contenido de identidad difícilmente el hombre podría desarrollar su existencia de modo razonable y digno" (Lloverás, 1998, p. 250). Por su parte Herrera (2008) señala que el derecho del adoptado a conocer sus orígenes incide en la construcción de su identidad, al poder acceder a la verdad sobre sus vínculos filiales y sobre los antecedentes y causas de su adopción. La Convención sobre los Derechos del Niño fue adoptada por La Organización de las Naciones Unidas (ONU) el 20 de noviembre de 1989 y aprobada por la Argentina en el año 1990 por Ley 23.849 y luego incorporada a nuestra CN en su art. 75. Inc. 22⁷⁹ recepta en forma expresa en su art. 8 inc.: 1. "Los Estados Partes se comprometen a respetar, el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas."⁸⁰

Lo que se entiende por agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada, hace referencia a que excepcionalmente se debe separar a los niños de su familia de origen, cuando esta no pueda satisfacer sus necesidades materiales y afectivas. En el caso de separar al menor de su familia de origen, la decisión debe basarse siempre en el ISN. La Convención sobre los Derechos del Niño en el artículo 49, establece taxativamente que: "el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos...a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño"⁸¹.

La preservación de los vínculos fraternos, se focaliza en priorizar la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos, excepto por razones debidamente fundadas. Este principio está relacionado y protege el derecho a la identidad de los niños, evitando la ruptura de esos vínculos afectivos, tan importantes en la vida de todo NNyA.

⁷⁹Art. 75, inc. 22, Constitución de la Nación Argentina.

⁸⁰Art. 8, Inc. 1. Declaración Universal de los Derechos del Niño, Ley N° 23.849. Apruébase la Convención sobre los Derechos del Niño. (1990)

⁸¹Art. 49. Declaración Universal de los Derechos del Niño, Ley N° 23.849. Apruébase la Convención sobre los Derechos del Niño. (1990).

El derecho del niño, niña o adolescente a ser oído: remite a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio requerir su consentimiento a partir de los diez años. El Art. 707 de nuestro CCCyN respecto a los procesos de familia menciona que: “personas mayores con capacidad restringida y NNyA tienen derecho a ser oídos en los procesos que los afectan directamente. Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso”⁸².

El derecho del niño a ser oído lo encontramos regulado en el artículo 12 de la convención el cual prescribe:

Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional⁸³.

En la ley 26061 – art. 3 inciso d) - hace referencia a la determinación del ISN basándose, en “su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales”⁸⁴. Como vemos cada uno de los principios generales en los que se basa la adopción en nuestro CCyCN, están íntimamente relacionados unos con otros, y se fundamentan en las diferentes convenciones internacionales ratificadas por la RA.

3.2.4 Procedimiento judicial en la adopción:

La adopción de menores de edad en Argentina se lleva a cabo a través de 4 procesos, uno administrativo y tres judiciales: se comienza un procedimiento administrativo de adoptabilidad; luego un juicio de declaración de adoptabilidad; en tercer lugar la “Guarda con fines de adopción”, y en cuarto lugar, se lleva a cabo el juicio de adopción propiamente dicho. La adopción sigue siendo un camino lento y agotante para ambas partes. Si bien todos estos procesos, se justificarían, por el hecho de tratar de agotar las posibilidades de

⁸²Art. 707, Código Civil y Comercial de la Nación (2015)

⁸³Art. 12. Declaración Universal de los Derechos del Niño, Ley N° 23.849. Apruébase la Convención sobre los Derechos del Niño. (1990).

⁸⁴Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes que se encuentren en la república Argentina. (2005), Art. 3, Inc. D, Honorable Congreso de la Nación.

permanencia del niño con su familia de origen, muchas veces se hace un proceso tedioso. La adopción de menores se puede dar: por la pérdida de la responsabilidad parental; por la entrega directa de los progenitores en determinados casos y por la declaración judicial de situación de adaptabilidad.

La situación de adoptabilidad acontece en los siguientes casos:

1) El NNyA no tiene filiación establecida o sus padres han fallecido, y se ha agotado la búsqueda de familiares de origen en un plazo máximo de treinta días (prorrogables por un plazo igual sólo por razón fundada). Si algún familiar o referente afectivo del NNyA pide su guarda o tutela y se admite, esto impide que se declare la situación de adoptabilidad;

2) Los padres tomaron la decisión libre e informada de que el NNyA adoptado, si esta manifestación haya sido producida después de los cuarenta y cinco días de su nacimiento. En estos casos, también se agotarse las posibilidades de permanencia con su familia de origen durante un plazo de 180 días; vencido ese plazo, se podrá dictar la situación de adoptabilidad. En el caso de que los progenitores sean menores de edad, la decisión de entregar a su hijo en adopción debe estar acompañada del asentimiento de sus progenitores⁸⁵.

3) Después de haberse vencido el plazo de ciento ochenta días, agotándose todas las posibilidades tendientes a que el NNyA permanezca en su familia de origen o ampliada, sin que el organismo administrativo correspondiente haya podido revertir esta situación, deberá solicitar en el plazo de veinticuatro horas, la declaración de la situación de adaptabilidad del menor.

El artículo 609 CCCyN hace referencia a las reglas de procedimiento para obtener la declaración judicial de la situación de adoptabilidad de un menor, para esto es necesario que se trámite ante el juez que ejerció el control de legalidad de las medidas excepcionales; que se realice la entrevista personal del juez con los padres, si existen, y con el niño, niña o adolescente cuya situación de adaptabilidad se tramita; y la sentencia debe disponer que se remita al juez interviniente, en un plazo no mayor a los diez días, el o los legajos seleccionados por el registro de adoptantes y el organismo administrativo que corresponda, a los a los fines de proceder a dar inicio en forma inmediata al proceso de guarda con fines de adopción⁸⁶.

Es importante destacar que la sentencia de privación de la responsabilidad parental, es equivalente a la declaración de la situación de adaptabilidad.

⁸⁵ Art. 644, 3° párrafo, Código Civil y Comercial de la Nación (2015)

⁸⁶ Art. 609, Código Civil y Comercial de la Nación (2015).

Una vez que la niña, niño o adolescente se encuentra en situación de adaptabilidad, el juez inicia a búsqueda entre los postulantes inscriptos en la DNRUA, según el lugar de residencia de los menores⁸⁷. Como ya hemos mencionado la inscripción es personal y gratuita. El juez evalúa, los distintos legajos que le fueron remitidos, realiza las entrevistas personales y así decide cuál de los pretensos postulantes se adecua a la búsqueda, para poder empezar el proceso de vinculación con el menor.

Previo a otorgarse la guarda de él o los menores, se deben llevar una serie de encuentros para generar empatía, y empezar a crear un vínculo fuerte entre ambas partes, siempre acompañados de profesionales que faciliten esto. Una vez que termina esta etapa, y el juez tome la decisión, se inicia la etapa de la guarda con fines adoptivos, la cual no podrá ser superior a seis meses. Durante ese tiempo el menor estará bajo el cuidado de sus guardadores. Luego de esta etapa, se inicia el juicio de adopción.

3.2.5 La ley 26061 de Protección Integral

La ley 26061⁸⁸ protege de manera integral los derechos reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico, y de los tratados internacionales, reconocidos por la nación, basándose en el interés superior del niño. Es decir, que lo que busca es poder crear un sistema nacional de apoyo conformado por los distintos organismos gubernamentales y no gubernamentales, que puedan intervenir cuando dichos derechos contenidos en dicha ley, sean vulnerados. Entre sus artículos se mencionan, los principios generales tenidos en cuenta en la adopción; se establece la aplicación obligatoria de la Convención sobre los Derechos del Niño. Ambas reconocen a los NNyA como sujetos de derecho, es decir, con derechos y obligaciones de acuerdo a su edad y madurez.

Nuestro CCCyN habla de este principio, por el que los menores de edad ejercen su autonomía progresiva: por ejemplo, los adolescentes menores de 18 años, poder decidir acerca del cuidado de su propio cuerpo (aquellos tratamientos no invasivos, aquellos que no comprometan su salud o provoquen un riesgo grave en su vida o en su integridad física), por el contrario si esto no es así, deberán prestar su consentimiento junto con el de sus progenitores., en el caso de no haber acuerdo, siempre el juez deberá decidir conforme el interés superior del niño. Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas,

⁸⁷Art. 613, Código Civil y Comercial de la Nación (2015)

⁸⁸ Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes que se encuentren en la República Argentina. (2005), Honorable Congreso de la Nación.

niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros⁸⁹. Si bien esta ley rige desde el 2005, hasta la actualidad, cuenta con dificultades para implementarse totalmente en nuestro país. Entre varias cosas que no se pueden cumplir esta por ejemplo que el estado debe garantizar a los niño, niña o adolescente la asistencia de un letrado, en todo procedimiento judicial o administrativo⁹⁰; como así también: la creación de la figura del defensor de los Derechos de NNyA, quien tendrá a su cargo velar por la protección y promoción de sus derechos consagrados en la CN, la Convención sobre los Derechos del Niño y las leyes nacionales⁹¹. Entre los derechos que protege se encuentran los relativos al acceso universal y gratuito a servicios de salud, educación y vivienda, a poder expresarse libremente y ser oídos, conforme su edad y grado de madurez; tienen derecho a jugar, hacer deporte, a un medio ambiente sano; derecho a la identidad, a la libertad, a la no discriminación, intenta el fortalecimiento de los vínculos familiares; entre otros derechos que esta ley protege íntegramente.

Herrera (2015) señala distintas maneras de protección de dichos derechos ya mencionados: a través de políticas públicas universales (art 4 y 5 de la ley 26061); a través del dictado de medidas de protección integral propiamente dichas (art.33 a 38): y el dictado de medidas de protección excepcional (art.39 a 41). En el referido a las políticas públicas, se puede ver en las medidas relacionadas con el acceso a determinados servicios y prestaciones, como los centros de salud, los establecimientos educativos, entre otros. Respecto a las medidas de protección propiamente dichas, las cuales tienen el objetivo de actuar frente a las amenazas o violaciones de los derechos de los niños, niñas o adolescentes; en estos casos lo que se intenta es fortalecer el vínculo familiar, ya que la falta de recursos materiales de los padres, de la familia, de los representantes legales o responsables de las niñas, niños y adolescentes, sea circunstancial, transitoria o permanente, no autoriza la separación de su familia nuclear, ampliada o con quienes mantenga lazos afectivos, ni su institucionalización⁹². Por tal motivo en el art.37 se enumeran algunas medidas de protección, para que el menor pueda seguir conviviendo con su familia: becas de estudio o para jardines

⁸⁹ Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes que se encuentren en la república Argentina. (2005), Art. 3, Inc. D, Honorable Congreso de la Nación.

⁹⁰ Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes que se encuentren en la república Argentina. (2005), Art.27, Inc. C, Honorable Congreso de la Nación.

⁹¹ Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes que se encuentren en la república Argentina. (2005), Art. 47, Honorable Congreso de la Nación.

⁹² Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes que se encuentren en la república Argentina. (2005), Art. 33, último párrafo, Honorable Congreso de la Nación.

maternales; asistencia integral a la embarazada; programas de fortalecimiento y apoyo familiar, etc.⁹³.

Respecto de las medidas de excepcionales, son aquellas utilizadas, cuando se hayan agotado las medidas del artículo 33, y cuando no sea posible que el niño, niña o adolescente pueda reincorporarse a su familia de origen y de ningún familiar. Por lo tanto excepcionalmente se separa al menor de su familia de origen o con quien se encuentra conviviendo, aplicándose así la adopción. El art 41 detalla las causas por las que se implementarían estas medidas excepcionales del artículo 39⁹⁴:

- a) Permanencia temporal en ámbitos familiares considerados alternativos...teniendo en cuenta la opinión de NNyA;
- b) Solo en forma excepcional, subsidiaria y por el más breve lapso posible puede recurrirse a una forma convivencial alternativa a la de su grupo familiar, debiéndose propiciar, a través de mecanismos rápidos y ágiles, el regreso de las niñas, niños y adolescentes a su grupo o medio familiar y comunitario...supervisadas por el organismo administrativo local competente y judicial interviniente.
- c) Las medidas se implementarán bajo formas de intervención no sustitutivas del grupo familiar de origen, con el objeto de preservar la identidad familiar de NNyA;
- d) Las medidas de protección excepcional que se tomen con relación a grupos de hermanos deben preservar la convivencia de los mismos;
- e) En ningún caso, las medidas de protección excepcionales pueden consistir en privación de la libertad;
- f) No podrá ser fundamento para la aplicación de una medida excepcional, la falta de recursos económicos, físicos, de políticas o programas del organismo administrativo.

Esta ley se basa en el ISN, el principio más importante en el que deben apoyarse las decisiones concernientes al instituto en cuestión.

3.3 Conclusión parcial

⁹³Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes que se encuentren en la república Argentina. (2005), Art. 37, Honorable Congreso de la Nación.

⁹⁴Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes que se encuentren en la república Argentina. (2005), Art. 41, Honorable Congreso de la Nación.

Como vemos nuestro cuerpo normativo, abarcan de manera integral el instituto de la adopción, basado en el interés superior del niño como principio rector, del cual se desprenden el resto de los principios, sin mención de la condición sexual de los adoptantes o progenitores, ni cualquier otro tipo de parámetro fundado en ideologías, religión, sexo, cultura, raza, etc. Los principios generales que rigen la adopción deben ser respetados y analizados conforme cada caso particular, evaluando la capacidad e idoneidad de los pretendientes adoptantes.

CAPÍTULO IV:
Adopción homoparental en el derecho Argentino

4.1 introducción parcial.

En este capítulo se realizara el análisis de la AH en el ordenamiento jurídico argentino, su evolución hasta su regulación en nuestro sistema jurídico, sus principales características. Se describirá la ley de matrimonio igualitario, que fue trascendental para la concreción este tipo de institución.

4.2 Evolución jurídica hasta llegara a la adopción homoparental

En nuestro país los cambios legislativos en adopción se fueron dando gradualmente, recién con la sanción de la ley 26618⁹⁵, las parejas homosexuales podían contraer matrimonio y ser aspirantes a adopción de niños, niñas o adolescentes sin ningún tipo de impedimento, cumpliendo los mismos requisitos que las parejas heterosexuales. Argentina comenzó a legislar la adopción a partir de la ley 13252⁹⁶ del año 1948, permitiendo regular situaciones que se daban hasta ese momento, como por ejemplo la entrega de niños a familias, dándose de esta manera todo tipo de falsificaciones de actas públicas, entre otros delitos, para hacer pasar a esos niños como hijos biológicos de quienes no eran sus padres. Entre sus requisitos, esta ley establecía: que el adoptado debía ser menor de 18 años de edad ⁹⁷, nadie podía ser adoptado por más de una persona, excepto que los adoptantes sean cónyuges, o que el cónyuge sobreviviente adoptara al hijo adoptado por su esposo/a; se exigía una diferencia de edad no menor de 18 años entre el adoptante y el adoptado⁹⁸, tampoco podían adoptar las personas que tuvieran menos de 40 años de edad, excepto los cónyuges que estuvieran casados más de 8 años, también se impedía la adopción en el caso de la existencia de hijos biológicos ⁹⁹. Se limitaba la adopción de varios menores, por cada persona o matrimonio, excepto que las adopciones se realizaran en el mismo acto¹⁰⁰. Respecto del plazo de guarda era bastante extenso: 2 años y se establecía un solo juicio para la adopción, aunque ya en esta ley se podía observar la importancia de escuchar al menor en el proceso, de acuerdo a su edad y grado de madurez¹⁰¹. En el artículo 12 de esta ley, la adopción tomaba la forma de la AS, aunque no se encontraba regulada específicamente, ya que el adoptado no adquiriría vínculo familiar con los parientes del adoptante, ni derechos sucesorios por representación¹⁰².

⁹⁵ Ley 26.618 de Matrimonio Civil. (2010). Honorable Congreso de la Nación Argentina.

⁹⁶ Ley 13.252 de Adopción. (1948), Provincia de Buenos Aires. Derogada por Ley N°19134 (1971)

⁹⁷ Ley N°13.252, Art. 2, (1948), Provincia de Buenos Aires. Derogada por Ley N°19134 (1971)

⁹⁸ Ley N° 13.252, Art. 3, (1948), Provincia de Buenos Aires. Derogada por Ley N°19134 (1971).

⁹⁹ Ley N°13.252, Art., (1948), Provincia de Buenos Aires. Derogada por Ley N°19134 (1971)

¹⁰⁰ Ley N° 13.252, Art. 4, (1948), Provincia de Buenos Aires. Derogada por Ley N°19134 (1971).

¹⁰¹ Ley N° 13.252, Art. 9, (1948), Provincia de Buenos Aires. Derogada por Ley N°19134 (1971).

¹⁰² Ley N° 13.252, Art. 12, (1948), Provincia de Buenos Aires. Derogada por Ley N°19134 (1971).

En 1971 se sanciona la ley 19134¹⁰³, derogando la anterior mencionada. Tuvo grandes modificaciones, se contemplaba la AS y AP. También se modificaron y disminuyeron requisitos: el adoptante deberá ser mayor de 35 años de edad, excepto que tuvieran más de 5 años de casados¹⁰⁴; se podía adoptar varios menores de distinto sexo, simultanea o sucesivamente¹⁰⁵; la existencia de hijos concebidos o nacidos no impedía la adopción. El plazo de guarda era de 1 año¹⁰⁶, aunque dicho plazo no era necesario en la adopción del hijo del cónyuge y se mantuvo un solo juicio de adopción¹⁰⁷. Respecto a la condición civil de los adoptantes, seguía siendo que solo podía adoptarse cuando los adoptantes sean cónyuges, o cuando el cónyuge sobreviviente adoptara al hijo adoptado por su esposo/a¹⁰⁸.

En 1990, se sanciona la Ley 23849¹⁰⁹ en Argentina, que adquiere rango constitucional en 1994 con el artículo 75 inc. 22. Esta Convención sobre derechos del niño incorporo entre otras cosas: como principio rector, el ISN sobre el que se debe basar las decisiones tomadas, respeto a ellos; derecho después del nacimiento a un nombre, nacionalidad, a conocer a sus padres y ser cuidados por ellos; derecho del niño a preservar su identidad, entre otras.

En 1997 se sanciona la ley 24779¹¹⁰, que se incorpora al Código Civil, título IV, sección segunda del libro 1º, art 311 a 340. Se siguen modificando y disminuyendo requisitos: solo podían adoptar aquellas personas que hayan cumplido 30 años, salvo los cónyuges que tuvieran más de tres años de casados, o aquellos que acreditaran que no podían tener hijos¹¹¹; el plazo de guarda se reduce de seis meses a un año¹¹²; además se estableció la necesidad de dos procesos para la adopción: uno para el de guarda con fines de adopción y otro para la adopción propiamente dicha. Se prohíbe expresamente la entrega en guarda de menores mediante escritura pública o acto administrativo¹¹³. Respecto a la condición civil de los adoptantes, establecía que nadie podía ser adoptado por más de una persona simultáneamente, salvo que los adoptantes, sean cónyuges. Sin embargo en caso de fallecimiento de uno de los conyuges o de ambos, se podía dar una nueva adopción sobre el

¹⁰³ Ley N°19134 (1971), Poder Ejecutivo Nacional, B.O 29-06-1971. Derogada por Ley N°24.779

¹⁰⁴ Ley N°19.134, Art. 5, Derogada por Ley N°24.779

¹⁰⁵ Ley N°19.134, Art. 3, Derogada por Ley N°24.779.

¹⁰⁶ Ley N°19.134, Art. 6, Derogada por Ley N°24.779

¹⁰⁷ Ley N°19.134, Art. 10, Derogada por Ley N°24.779

¹⁰⁸ Ley N°19.134, Art. 2, Derogada por Ley N°24.779

¹⁰⁹ Declaración Universal de los Derechos del Niño, Ley N° 23.849. Apruébase la Convención sobre los Derechos del Niño. (1990)

¹¹⁰ Ley N°24779 (1997), Honorable Congreso de la Nación Argentina.

¹¹¹ Ley N°24779 (1997), Art. 315 inc. A., Honorable Congreso de la Nación Argentina.

¹¹² Ley N°24779, Art. 316, Honorable Congreso de la Nación Argentina.

¹¹³ Ley N°24779, Art. 318, Honorable Congreso de la Nación Argentina.

menor ¹¹⁴. También se suma el derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos, pudiendo acceder al expediente de adopción a partir de los 18 años¹¹⁵; esto tiene su base en la Convención sobre Derechos del Niño.

El año 2004 se sanciona la ley 25854¹¹⁶ que crea el registro único de aspirantes a guarda con fines adoptivos. Desde el 2016 todas las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires conforman la red federal de registros.

desarrollo armonioso de su infancia. ¹¹⁷

En el año 2005 se sanciona la ley 26061¹¹⁸, la cual protege de manera integral los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en la República Argentina. Garantizando el ejercicio de los derechos reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico, y de los tratados internacionales, reconocidos por la Nación, basándose en el interés superior del niño. Se hace hincapié en el derecho de los NNyA a ser oídos, a tener en cuenta su opinión, conforme su edad, madurez y discernimiento. Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

Hasta acá vemos, que no existía ningún tipo de igualdad, ni de regulación respecto de adopciones homoparentales, solo se mencionan requisitos basados en el estado civil de las personas para que puedan adoptar conjuntamente, y hasta entonces el matrimonio igualitario no estaba regulado en nuestro país, quedando fuera de toda posibilidad una adopción conjunta.

En 2010, el derecho argentino tuvo un significativo cambio, con la ley 26618¹¹⁹ de matrimonio civil, la cual modificó el Código Civil vigente en ese momento. Argentina fue el primer país en América Latina en reconocer el matrimonio entre parejas homosexuales. Permitiendo tener los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o diferente sexo. En materia de adopción, fue un gran avance ya que uno de los requisitos para adoptar conjuntamente es estar casados legalmente y hasta la sanción de esta ley, esto no era posible; las parejas homosexuales adoptaban, solo uno de

¹¹⁴ Ley N°24779, Art. 312, Honorable Congreso de la Nación Argentina.

¹¹⁵ Ley N°24779, Art. 328, Honorable Congreso de la Nación Argentina.

¹¹⁶ Ley 25.854 de Creación del Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos. (2004), Honorable Congreso de la Nación Argentina.

¹¹⁷ Juzgado de 1 Instancia De Familia y Minoridad N° 1 de Río Grande “M.D.C. y B. D s/ADOPCIÓN”, del 19/02/2015. Cita online: AR/JUR/495/2015

¹¹⁸ Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes que se encuentren en la República Argentina. (2005), Honorable Congreso de la Nación.

¹¹⁹ Ley 26.618 de Matrimonio Civil. (2010). Honorable Congreso de la Nación Argentina

ellos y la otra persona, no le correspondía vínculo jurídico con el adoptado. En su art 42, la ley 26618 establece:

Todas las referencias a la institución del matrimonio que contiene nuestro ordenamiento jurídico se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo como al constituido por DOS (2) personas de distinto sexo.

Los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo, así como un matrimonio constituido por personas de distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones¹²⁰.

Existe un fallo de la primera AH en la ciudad de Rio Grande, provincia de Bs As con fecha febrero del año 2015, en los autos caratulados J.F.M N°1 “M.D.C. y B. D s/ADOPCIÓN”, expte n°22.038/2014 donde la jueza fundamenta su decisión de dar en adopción plena a dos hermanos menores a un matrimonio gay, basándose en los requisitos de la ley de adopción 24779, actualmente derogada. Los menores se encontraban judicializados, como consecuencia del fallecimiento de su madre y por la necesidad de asistencia médica, de manera urgente. En el año 2011 los futuros aspirantes formalizaron su unión, casándose legalmente; en el año 2013 se les otorgo la guarda de los menores y finalmente en el año 2015 la jueza Susana del Valle García les concedió la AP de los dos hermanos. La jueza fundamento su decisión, aludiendo que se cumplían los presupuestos formales y sustanciales de la ley 24.779, en sus arts. 325, inc. a)¹²¹ y c)¹²²; es decir, que los menores eran huérfanos de padre y madre y además se encontraban en un establecimiento asistencial. Así mismo el matrimonio cumplió con el requisito de estar inscriptos en Registro único de adoptantes, contaban con estabilidad económica, vivienda y comodidades aptas para el grupo familiar.

Así también en el fallo, se menciona que los peticionantes cumplen con los requisitos citados en el art 315 del código: “podrá ser adoptante toda persona que reúnan los requisitos establecidos con este código cualquiera fuese su estado civil, debiendo acreditar de manera fehaciente e indubitable, residencia permanente en el país por un periodo mínimo de cinco años, anterior a la petición de la guarda”...¹²³

La jueza fundamento su decisión basándose en el interés superior de los niños, analizando su caso particular, donde se puede ver: “que los actores brindan cariño, protección y una

¹²⁰ Ley 26618 de Matrimonio Civil (2010) Art.42. Honorable Congreso de la Nación Argentina

¹²¹ Ley N°24779, Art. 325 inc. A, Honorable Congreso de la Nación Argentina.

¹²² Ley N°24779, Art. 325 inc. C, Honorable Congreso de la Nación Argentina.

¹²³ Ley N°24779, Art. 315 1° párrafo.

formación acorde a la evolución psicofísica a los niños”. Cita también lo prescripto por el art 20 de la convención internacional sobre derechos del niño¹²⁴, en cuanto a que "...los niños temporalmente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especial del estado..."; siendo la principal obligación de éste, bregar por la familia y la inclusión del niño en ella, en aras a su protección integral, y dotarlo de una cuando ésta no exista o no concurra a su cuidado y resguardo dentro de los límites de razonabilidad socialmente aceptados (arts. 3; 9; 18; 19 y 20 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño).

La jueza al otorgar la adopción plena de los menores al matrimonio, resalto en todo momento, que constituye una familia conforme el art.20 de la convención internacional sobre derechos del niño. Se puede observar que los tratados internacionales, que desde 1994, tienen jerarquía constitucional son la base, sobre la cual se sustentan las distintas leyes nacionales, siempre respetando los derechos fundamentales de los NNyA para un Con la reforma en el año 2015 del Código unificado, permitió que puedan ser adoptantes tanto un matrimonio, como ambos integrantes de una unión convivencial o una sola persona ¹²⁵. Lo que permite a parejas homosexuales, poder adoptar conjuntamente, cuando estuvieran casados y se agrega a los integrantes de una unión convivencial. Este nuevo código regula entre sus principios generales: el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído, respeto por su identidad; el agotamiento de posibilidades de permanencia en su familia de origen o ampliada; la preservación de vínculos fraternos; y como principio más importante, el interés superior del niño¹²⁶. Otro cambio introducido, es la AI, sumada a las adopciones ya reguladas: simple y plena. Además se pasó de un solo proceso para la adopción, a cuatro. Uno administrativo y tres judiciales. Se disminuye el plazo de guarda a 6 meses¹²⁷. Se permite a los divorciados, poder adoptar conjuntamente; el requisito de la edad es de 25 años¹²⁸, se elimina la condición de tres años de matrimonio y se cambió a 16 años la diferencia de edad entre el adoptado y el adoptante¹²⁹; se introduce el derecho del adoptado a iniciar autónomamente la acción para conocer sus orígenes¹³⁰. Como se observa no existe ningún impedimento, en el ordenamiento argentino, para la adopción por parte de parejas homosexuales.

¹²⁴ Declaración Universal de los Derechos del Niño, Ley N° 23.849. Apruébase la Convención sobre los Derechos del Niño. (1990).

¹²⁵ Art. 599 1° párrafo, Código Civil y Comercial de la Nación (2015)

¹²⁶ Art. 595, Código Civil y Comercial de la Nación (2015)

¹²⁷ Art. 614, Código Civil y Comercial de la Nación (2015)

¹²⁸ Art. 601 inc. A, Código Civil y Comercial de la Nación (2015).

¹²⁹ Art. 599, Código Civil y Comercial de la Nación (2015).

¹³⁰ Art. 596, Código Civil y Comercial de la Nación (2015).

4.3 Ley 26618 de Matrimonio Igualitario.

En 1992, la OMS designa a la homosexualidad, como enfermedad mental. Como vemos la lucha de estas minorías, viene siendo denegada en el plano jurídico a lo largo de muchos años. En el año 2002, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, regulo a través de la ley 1004 las uniones civiles, fue un paso para reconocer varios derechos a la comunidad homosexual, por ejemplo hablaba de la libertad de conformar una unión, por parte de dos personas, con independencia de su sexo u orientación sexual; se pedía como requisito un mínimo de dos años de convivencia, salvo que tuvieran descendencia y dicha unión debía estar inscripta en el registro civil correspondiente. Esta ley permitía a parejas del mismo sexo a gozar de ciertos derechos, como ser: estar incluido/a en la obra social de su pareja, estar dentro del grupo familiar acompañante en el caso de internación de la pareja en terapia intensiva, etc. Como vemos solo se reconocía ciertos derechos y no estaba regulado a nivel nacional.¹³¹

Antes de la sanción de la ley de matrimonio igualitario, el código de Vélez Sarsfield, en su art 42, establecía tres requisitos para la existencia del mismo: que el consentimiento fuera expresado personalmente en forma plena y libre; la diversidad sexual y la presencia de una autoridad competente para la celebración del acto¹³². Podemos citar un fallo que tuvo lugar en el año 2009, antes de la regulación del matrimonio homosexual a nivel nacional, el mismo se dio en el Juzgado en lo Contencioso administrativo y Tributario Nro. 15 De la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, donde se presenta un amparo contra Ciudad de Buenos Aires a fin de que se ordene a las autoridades del Registro Civil y Capacidad de las Personas celebrar un matrimonio entre dos personas del mismo sexo, ya que su denegación se basó en la orientación sexual de los demandantes, con lo cual se configura una discriminación¹³³. Con lo cual se declaró la inconstitucionalidad de los arts. 172 y 188 del Código Civil, por ser violatorios de los arts. 16 y 19 de la CN, y del art. 11 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. El argumento por parte de la parte actora fue: “Informó que la oficial pública a cargo del Registro Civil de la calle Uriburu ofreció a los actores la alternativa de la unión civil, conforme la ley 1004, régimen jurídico que les permitiría concretar la aspiración de formar una familia (v. fs. 38)”.

Manifestó que no existe discriminación alguna, puesto que los actores no han

¹³¹ Ley N° 1004, de Unión Civil. (2002), Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires.

¹³² Art. 42. Ley N°24.779 (1997), Honorable Congreso de la Nación Argentina.

¹³³ Juzgado en lo Contencioso administrativo y Tributario Nro. 15 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires “F. A. c.GCBA”, del 10/11/2009. Cita online: AR/JUR/42627/2009.

acreditado hallarse en la misma situación fáctica y jurídica que el resto de las personas que han decidido contraer matrimonio conforme a la legislación vigente. En su criterio, el principio de igualdad no requiere tratar a todos los individuos de igual manera, sino sólo a los iguales. Agregó que la igualdad garantizada por la Constitución es la igualdad ante la ley, por lo que la diversidad de circunstancias justifica los diversos tratamientos legales. En su criterio, la discriminación alegada por los actores no resiste el menor análisis (v. fs. 41).

Con la sanción de la ley 26618, se elimina como requisito la diversidad sexual, para contraer matrimonio, dejando en claro la igualdad de derechos y obligaciones para ambos integrantes del matrimonio, sin importar que sean de igual o distinto sexo. Para dar un cierre jurídico, se sanciona nuestro código unificado en el año 2015, sobre la base de principios fundamentales como el de igualdad y no discriminación, libertad, solidaridad familiar, entre otros.

En la actualidad los requisitos para la existencia del matrimonio son: el consentimiento de ambos contrayentes expresado de manera personal y conjuntamente, ante una autoridad competente. Otros cambios sustanciales fueron el cambio de nombre de “marido” y “mujer”, para pasar a decirles “cónyuges”, dándole una neutralidad al concepto de matrimonio; además se permite la adopción por parte de parejas homosexuales, modifica los fines u objetivos del matrimonio, ya no se basa en la procreación y la asistencia mutua, sino además se basa en fines individuales de cada integrante, a través de la solidaridad y la asistencia familiar.

4.4 Adopción homoparental

La AH es una institución jurídica por la cual una persona o parejas homosexuales, puedan adoptar legalmente a un niño, niña o adolescente.

La AH en nuestro país se impuso por la lucha de reconocer el derecho de esta comunidad de poder formar una familia al igual de los heterosexuales. Este punto de partida de su lucha por la igualdad de derechos, también se acompaña en darles la posibilidad a todos los niños, niñas y adolescentes a formar parte de una familia que les brinde amor, cuidados y comprensión, más allá de los géneros. Los homosexuales solo pueden procrear a través de las diferentes técnicas de reproducción humana asistida, y en muchos casos por un tema económico u otros motivos, es de difícil acceso, por lo que la última opción para poder construir una familia, es a través de la adopción.

La adopción es una institución que busca la protección de la familia, basada en el interés superior de los menores involucrados, donde el Estado primero, trata de agotar todas

las posibilidades de permanencia en la familia de origen, pero en el caso que fracase, se busca la alternativa de la adopción, para que ese niño, niña o adolescente pueda crecer en un ambiente familiar sano, confortable y pueda satisfacer sus necesidades materiales y afectivas. Otro tipo de AH posible además de la que se da cuando el menor se encuentra en situación de adoptabilidad, donde se otorga la guarda preadoptiva a un matrimonio, a miembros de una unión convivencial o a una sola persona; es la adopción por integración, donde el menor ya se encuentra conviviendo en una familia con personas del mismo sexo, pero esta adopción viene a consolidar el vínculo jurídico.

Entre varios casos que hemos ido citando a lo largo del trabajo, añadiremos dos. Uno se dio en el año 2013, en Juzgado de Familia N°1 de La Plata, donde una mujer obtuvo la adopción plena de una menor de edad y luego su cónyuge del mismo sexo, solicitando también la adopción plena, para que quede jurídicamente regulado una situación familiar existente hace años. La decisión fue tomada a favor de la petición de la cónyuge, otorgándose la adopción plena a favor de las dos mujeres. Se fundamentó la decisión en el interés superior del niño, ya que la relación familiar era beneficiosa para la menor, donde ambas progenitoras se ocupaban de sus necesidades afectivas y materiales. El fallo cita:

Jerarquizando el interés superior del niño, por encima de los preconceptos, prejuicios y supuestos subyacentes que aún corren por las arterias de nuestra sociedad, es imprescindible valorar si la adopción es o no beneficiosa para el niño frente a cada historia que es única, tiene su propia identidad y porvenir. Lo que es bueno para uno puede no serlo para otro. Se lesiona el principio de justicia al clausurar caminos que desmoronen la razón primordial de la decisión judicial: cuidar de la persona del niño, lo que se identifica con la atención de sus necesidades vitales” (Grosman,, p. 52).

Otro fallo se da en el Juzgado de Familia N° 5 de Viedma, en el año 2016 donde La cónyuge de la madre de un menor solicitó la adopción de integración de este. El juez le hizo lugar basándose en el interés superior del niño. El fallo cita:

La adopción de integración, por su parte, pasa a conformar un tercer tipo con rasgos propios y regulación especial y queda expresamente excluida de la definición, al funcionar de manera inversa a la adopción de niños y niñas con derechos insatisfechos, ya que el ingreso de un tercero a una familia monoparental —cónyuge o conviviente del padre o madre del adoptivo— se produce primero, satisfaciéndose los requerimientos afectivos y formativos, que luego darán lugar al reconocimiento legal.

Esta visión constitucional del ejercicio del derecho a la convivencia familiar de los niños y niñas, plasmada en el texto que regula las relaciones privadas, convierte a la adopción en una institución jurídica de interés social a la que sólo es posible recurrir si se transitó un camino previo de apoyo y fortalecimiento a la familia de origen, se descartó que el motivo del desprendimiento fuesen cuestiones superables de índole material o económico, o, para el especial supuesto de las adopciones de integración, que el derecho a la convivencia familiar se vea satisfecho en la nueva conformación de la familia.¹³⁴

Las pautas para la selección de guardadores en las adopciones comunes, tienen que ver con su capacidad e idoneidad para cumplir con la responsabilidad parental; pautas que deben ser evaluadas al momento de tomar una decisión y siempre fundadas en el ISN. A estos fines, se acude a la guarda preadoptiva. Cuando el juez debe decidir acerca de la adopción, solo debe reconocer el vínculo de filiación existente gestado en el plazo de la guarda preadoptiva, ya que para ese momento la relación de ambas partes ya es un hecho.

En la primera AH en la RA se menciona que los peticionantes cumplen con los requisitos citados en el art 315 del código, sin mención de su orientación sexual como límite o condicionante: “podrá ser adoptante toda persona que reúnan los requisitos establecidos con este código cualquiera fuese su estado civil, debiendo acreditar de manera fehaciente e indubitable, residencia permanente en el país por un periodo mínimo de cinco años, anterior a la petición de la guarda”...¹³⁵

4.5 Conclusión parcial

A lo largo de este capítulo analizamos el largo camino jurídico, desde el año 1948 donde se regulo por primera vez la adopción de menores, con falencias propias de la época, donde era impensado adopciones por parte de homosexuales, hasta la actualidad donde no existe impedimento jurídico alguno, para la concreción de las adopciones homoparentales. El cambio social, fue receptado paulatinamente por nuestro ordenamiento jurídico, regulando la mayoría de las realidades familiares existentes.

¹³⁴Juzgado de Familia N° 5 de Viedma “T. C. B. s/ adopción”, del 20/05/2016. Cita online: AR/JUR/41677/2016.

¹³⁵Art. 315 1° párrafo. Ley N°24.779 (1997), Honorable Congreso de la Nación Argentina.

CONCLUSIÓN FINAL

En el presente trabajo se han analizado los principios en los que se basa la institución adopción y los derechos en juego, desde el año 1948; donde se regula por primera vez la adopción de menores y resultaba impensable que parejas del mismo sexo pudiesen adoptar - hasta la actualidad - donde no existe impedimento jurídico para la concreción de a las mismas. Asimismo desde 1948 con la ley 13252 la adopción conjunta solo podía darse si los adoptantes eran cónyuges, pero permitía la adopción de una sola persona, con lo cual no se pedía como requisito un tipo de orientación sexual, es decir que nunca estuvo prohibida la adopción para homosexuales, más allá que no se podía adoptar de manera conjunta, por estar prohibido el matrimonio homosexual.

En nuestro país los cambios legislativos en adopción se fueron dando gradualmente, recién con la sanción de la ley 26618, las parejas homosexuales podían contraer matrimonio y ser aspirantes a adopción de niños, niñas o adolescentes sin ningún tipo de impedimento, cumpliendo los mismos requisitos que las parejas heterosexuales. A lo largo de este trabajo se logró poner de manifiesto la evolución del derecho de familia en miras de un nuevo paradigma de constitucionalización del derecho privado.

Como respuesta a las inquietudes planteadas, podemos decir que las adopciones homoparentales no transgreden derechos, ni principios contenidos en nuestro bloque de constitucionalidad. Porque nuestro bloque respecto de las adopciones, se refiere a la capacidad e idoneidad que los adoptantes deben tener para la crianza y el ejercicio de la responsabilidad parental, sin mención de requisitos basados en la condición u orientación sexual de los adoptantes, lo cuales pertenece a su vida privada, la cual es protegida por nuestra CN.

Tanto las personas a favor como en contra del matrimonio de personas el mismo sexo basan sus argumentos en el derecho de igualdad, receptado por nuestra ley suprema en su art. 16. Por ejemplo uno de los argumentos en contra sostiene que la regulación de este tipo de familias, destruye el fin de la familia, que sería el de procreación, ya que las personas de igual sexo no pueden procrear de manera natural, pero si lo pensamos desde los derechos humanos, este argumento es discriminatorio y no se basa en la igualdad, ya que en ese caso, deberíamos dejar de lado otras realidades familiares existentes, por ejemplo familias que no pueden tener hijos o que simplemente no lo desean. Además hoy en día con el avance de la ciencia, las parejas homosexuales pueden convertirse en padres a través de las diferentes técnicas de

reproducción humana asistida.

La igualdad, y la no discriminación, están íntimamente relacionados con el respeto por la diversidad, las diferencias propias entre los seres humanos, basándose en otro principio base que es el de libertad que tenemos cada uno de nosotros. Debemos entender como sociedad que la igualdad no significa que todos debemos comportarnos igual, ser iguales unos con otros, o eliminar al que es diferente, sino todo lo contrario es el respeto por las diferencias, el respeto porque todos somos beneficiarios de la protección de las leyes, sin distinción alguna. Nuestro bloque constitucional deja claro que bajo ningún punto de vista se pueden desconocer derechos fundamentales, en razón de ningún tipo de discriminación.

Otro argumento utilizado es que los tratados sobre derechos humanos, ya mencionados, donde hablan del matrimonio y de la familia formada por un hombre y una mujer, por ejemplo el Art. 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, primer párrafo y el Art. 17 de la Convención americana sobre Derechos Humanos, segundo párrafo. Pero si analizamos los términos y definiciones fueron escritos hace mucho tiempo, y por lo tanto están desactualizados a las realidades familiares existentes, por lo tanto se deben interpretarse las leyes de manera dinámica, asimismo se puede observar que no dice el matrimonio del “hombre con la mujer”, sino que habla del hombre y la mujer, es decir que hace referencia al derecho de todo ser humano, sea hombre o mujer a contraer matrimonio y formar una familia, sin mención de la orientación sexual, ni de una forma específica de modelo familiar.

El derecho a la vida familiar, es decir a ser padres y madres, es un derecho universal, que no hace referencia solo a personas heterosexuales, por lo tanto la opción de la adopción por parte de parejas homosexuales, es un recurso que no se les puede negar, por el simple hecho de sus preferencias sexuales. Tampoco debemos olvidarnos del derecho del niño a tener una familia, que le brinden amor, contención, que supla sus necesidades materiales, para que este puede desarrollarse íntegramente. Gran cantidad de menores esperan una familia para poder cumplir ese sueño, y el Estado no puede restringirles ese derecho, basado en prejuicios, ya que nuestra legislación es clara ante la igualdad de derechos, como también es clara al decir que cada adopción es distinta a la otra, y que debe ser evaluada según las circunstancias particulares de cada niño, niña o adolescente, como así también debe evaluarse según cada pretensión adoptante. La decisión de los magistrados para negar una adopción debe estar fundada en nuestra legislación, en lo que se crea mejor para cada menor en particular. Las mismas pueden negarse, cuando por ejemplo los adoptantes no tengan la capacidad o la idoneidad para ser padres de ese niño, pero jamás puede fundarse en la orientación sexual de los mismos.

Otro argumento utilizado en contra, es que este tipo de adopción puede afectar el interés superior del niño, pero son argumentos basados en prejuicios, en estereotipos formados socialmente por años; jurídicamente solo puede negarse una adopción por motivos graves relacionados con la capacidad de ser padres o madres, ya que la formación de vínculos afectivos entre los niños y sus futuros padres, no es condicionada por la elección sexual de los mismos; ya que el amor entre las personas nace de manera natural y espontánea, el afecto no distingue raza, religión, sexo, etc.

Otro argumento en contra se basa en decir que los niños criados por personas homosexuales, sufrirán discriminación social y por lo tanto esto puede afectar su interés superior, pero si analizamos todos sufrimos alguna vez discriminación social, ya sea por ser hijos de padres separados, por no tenerlos con vida, etc.; por lo tanto no puede ser utilizado este argumento, para su negación.

La negación de matrimonio igualitario no permitía la protección integral de la familia, porque se dejaba de lado realidades existentes, sin regulación jurídica. Hoy en día nuestro bloque constitucional, protege de manera integral la familia, sin importar su composición. La familia es un derecho humano, que debe ser protegido socialmente, porque es un cimiento indispensable en toda sociedad.

Los DDHH son asexuados, sin consideración del género, ni de la orientación sexual de las personas, ya que eso forma parte de la vida privada e íntima de cada uno, y bajo ningún punto de vista puede ser tenido en cuenta para juzgar la capacidad e idoneidad como progenitores, por lo tanto toda persona humana tiene derecho a formar una familia. Los principios generales que rigen la adopción deben ser respetados y analizados conforme cada caso particular, evaluando la capacidad e idoneidad de los pretendientes adoptantes, siempre en beneficio del interés superior del niño en cuestión. Pero Jamás el interés superior del niño puede ser utilizado para tapar discriminación en contra de los adoptantes por su orientación sexual, o cualquier otro tipo de condición.

Gay, lesbianas, bisexuales, trans, etc., todos tenemos los mismos derechos a formar una familia, ya que todos los seres humanos somos diferentes, con características diversas, pero la ley debe ser igual para todos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina

- Ahumada, M. A. (2016) Responsabilidad parental de los progenitores adolescentes (trabajo de Grado) Córdoba: Universidad Siglo 21
<https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/bitstream/handle/ues21/14053/AHUMADA%20MIRTA.pdf?sequence=1>
- Arias de Ronchietto, C. E. (2013) La identidad personal y familiar. Su concreción y desarrollo en el vínculo paterno-filial y familiar por adopción plena. Revista de Derecho Civil N° 1 <https://ar.ijeditores.com/articulos.php?idarticulo=66757&print=2>
- Audino, L. N. (2014) Adopción y derecho a la identidad (trabajo de Grado) Córdoba: Universidad Siglo 21
<https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/bitstream/handle/ues21/13297/Audino%2C%20Ludmila%20Natacha.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Azpiri, J. O. (2015), Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho de Familia. Buenos Aires: Hammurabi.
- Basset, U. C., (2017). La adopción como reconocimiento de una filiación preexistente. Recuperad de: <https://informacionlegal-com-ar.ebook.21.edu.ar/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad82d9b0000016cb5c8b58ccab44313&docguid=iD68E30A59AFB40275E894A305E3FAF19&hitguid=iD68E30A59AFB40275E894A305E3FAF19&tocguid=&spos=8&epos=8&td=36&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DFD042D199&searchFrom=&savedSearch=false&context=114&crumb-action=append&>
- Clérico, L. (2011) El matrimonio igualitario: Igualdad y/o autonomía En Solari, N. E. & Von Opiela (Directores) Matrimonio entre personas del mismo sexo. Ley 26618 (pp. 39 – 66) Buenos Aires: La ley
- Figari, C. (2011) Matrimonio igualitario: Ciencia y acción política En Solari, N. E. & Von Opiela (Directores) Matrimonio entre personas del mismo sexo. Ley 26618 (pp. 101 - 128) Buenos Aires: La ley
- Gargarella, R. (2011) Razones para el matrimonio igualitario: El argumento de la igualdad En Solari, N. E. & Von Opiela (Directores) Matrimonio entre personas del mismo sexo. Ley 26618 (pp. 69 - 75) Buenos Aires: La ley
- Graham M. & Herrera M., (2014). “Derecho de las familias, infancia y adolescencia: una mirada crítica y contemporánea”, 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus.

- Guilistasti, J (2018) Adopción y vocación hereditaria en el Código Civil y Comercial, algunos interrogatorios sobre los alcances de la regulación actual. Recuperado de <https://informacionlegal.com.ar.ebook.21.edu.ar/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad6adc60000016a73d57bc5ab4cfb37&docguid=i16E2882809E6A6FF6DF4DF2163266F2F&hitguid=i16E2882809E6A6FF6DF4DF2163266F2F&tocguid=&spos=1&epos=1&td=1&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DFD042D199&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append&>
- Gutiérrez Goyoschea, V. (2018). Nuevos desafíos de los registros de pretensos adoptantes en la adopción de hoy. Recuperado de <https://informacionlegal-com-ar.ebook.21.edu.ar/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad82d9a0000016cb5c110c03ba41621&docguid=i54F768F54A86AF7BB2470C68CA75114C&hitguid=i54F768F54A86AF7BB2470C68CA75114C&tocguid=&spos=1&epos=1&td=1&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=69&crumb-action=append&>
- Herrera, M. (2008) El derecho a la identidad en la adopción Buenos Aires: Universidad
- Herrera, M. (2014) Principales cambios en las relaciones de familia en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Recuperado de <http://www.saij.gob.ar/marisa-herrera-principales-cambios-relaciones-familia-nuevo-codigo-civil-comercial-nacion-dacf140723-2014-10-02/123456789-0abc-defg3270-41fcanirtcod>
- Herrera, M. (2015) Manual del Derecho de las Familias. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- <https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/bitstream/handle/ues21/14069/MORAN%20LAURA%20NOEMI%20%281%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Kelmemajer de Carlucci A (2014) Capítulo introductorio En Kelmemajer de Carlucci A, Herrera M. & Lloveras, N *Tratado de Derecho de Familia* (pp. 9 – 93) Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- Medina, G. & Roveda, E. G., (2016), Derecho de Familia. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Méndez, R. A. (2016) El procedimiento de la adopción en el Código Civil y Comercial de la Nación Recuperado de <http://www.saij.gob.ar/romina-mendez-procedimiento-adopcion-codigo-civil-comercial-nacion-dacf160521-2016-08/123456789-0abc-defg1250-61fcanirtcod?&o=18&f=Total%7CFecha%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema/Derecho%20civil/relaciones%20de%20familia%5B#>
- Morán, L. (2017) La adopción y el derecho a la Identidad. El acceso del adoptado al conocimiento de su origen.(Trabajo de Grado)Universidad Siglo 21, Argentina
- Naciones Unidas (2013) Orientación sexual e identidad de género en el derecho internacional de los derechos humanos. Recuperado de <http://acnudh.org/wp->

content/uploads/2013/11/orentaci%C3%B3n-sexual-e-identidad-de-g%C3%A9nero2.pdf

Nofal, L. (2010) Adopción homoparental: derechos LGT a la adopción (Trabajo de Grado) Universidad de Belgrano, Buenos Aires.

http://repositorio.ub.edu.ar/bitstream/handle/123456789/555/398_Nofal.pdf?sequence=1

Pérez González, A. A. (2016) Homoparentalidad. Un nuevo tipo de familia (Trabajo de Grado) Universidad de Chile, Santiago de Chile

<http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/142548/Homoparentalidad-un-nuevo-tipo-de-familia.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Solari, N. E. (2011) Aspectos axiológicos de la ley En Solari, N. E. & Von Opiela (Directores) Matrimonio entre personas del mismo sexo. Ley 26618 (pp. 191 – 210) Buenos Aires: La ley

Valdivia Sánchez, C. (2008) La familia: concepto, cambios y nuevos modelos La revue du REDIF (1): 15 – 22.

https://mimateriaenlinea.unid.edu.mx/dts_cursos_md/lic/DE/PF/AM/05/cambios.pdf

Verplaetse, S. N. & Kowalenko, A. (2014). Las familias monoparentales y el derecho a constituir una familia: ¿Cómo se satisface en un sistema jurídico?. Recuperado de: <https://informacionlegal-comar.ebook.21.edu.ar/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad82d9a0000016cb5c7201ff37c1a8a&docguid=i3C8DB0CB067FFD92896DEE233D59C71C&hitguid=i3C8DB0CB067FFD92896DEE233D59C71C&tocguid=&spos=1&epos=1&td=3&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DFD042D199&searchFrom=&savedSearch=false&context=105&crumb-action=append&>

Zanino, B. (2016) Adopción de integración <http://www.nuevocodigocivil.com/la-adopcion-de-integracion-como-reconocimiento-a-otra-forma-de-organizacion-familiar-y-sus-implicancias-en-los-derechos-humanos-de-ninos-ninas-o-adolesce>

Legislación

Código Civil y Comercial de La Nación (2015) Ley N°26994

Constitución de La Nación Argentina (1853 y modificaciones) Ley N°24430

Convención Americana sobre Derechos Humanos, Ley N°23.054 Aprobación de la citada Convención, llamada Pacto de San José de Costa Rica. (1984).

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965.

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Ley N° 23179, Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979.

Declaración Universal de los Derechos del Niño, Ley N° 23.849. (1990).

Declaración Universal de los Derechos Humanos, Adoptada y proclamada por la Resolución 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

Declaración Universal de los Derechos y Deberes del Hombre, Aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, Colombia, 1948.

Ley de Adopción N°13.252 (1948) Derogada

Ley de Adopción N°19.134 (1971) Derogada

Ley de Adopción N°24.779 (1997) Derogada

Ley de Guarda con fines adoptivos N°25.854 (2003)

Ley de matrimonio civil N°26.618 (2010)

Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes N°26.061 (2005)

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1986) Ley N° 23.313.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y Culturales (1986) Ley N° 23.313.

Jurisprudencia

Cámara de Familia de 2a Nominación de Córdoba “P. M. A. c. G. F. P. A. s/ divorcio vincular”, del 06/05/2015. Recuperado el 18/04/2019 de: <https://informacionlegal-com-ar.ebook.21.edu.ar/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad82d9b0000016c8dcc6a270abe414e&docguid=i6F5FE2496A8C4E017BB9D37D5C6E8150&hitguid=i6F5FE2496A8C4E017BB9D37D5C6E8150&tocguid=&spos=1&epos=1&td=1&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DF29AAD1D3&searchFrom=&savedSearch=false&context=143&crumb-action=append&>

Juzgado de 1 Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires- N 15 “V.A.F. y otros c. GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)”, del 24/06/2011. Recuperado el 20/09/2018 de: <https://informacionlegal-com-ar.ebook.21.edu.ar/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad82d9b0000016c88f0a908176734c0&docguid=i9E6DFBD8D2F9C880BBE7CC24861B636D&hitguid=i9E6DFBD8D2F9C880BBE7CC24861B636D&tocguid=&spos=2&epos=2&td=2&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DF29AAD1D3&searchFrom=&savedSearch=false&context=17&crumb-action=append&>

Juzgado de 1 Instancia De Familia y Minoridad N° 1 de Rio Grande “M.D.C. y B. D s/ADOPCIÓN”, del 19/02/2015. Recuperado el 27/09/2018 de: <https://informacionlegal-com-ar.ebook.21.edu.ar/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad82d9b0000016c88f6d64873a6d285&docguid=iA56563E6D063E2BD181DAF31558EF583&hitguid=iA56563E6D063E2BD181DAF31558EF583&tocguid=&spos=1&epos=1&td=1&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DF29AAD1D3&searchFrom=&savedSearch=false&context=36&crumb-action=append&>

Juzgado de 1ra Instancia en lo Civil y Comercial y de Familia de 2a Nominación de Río Cuarto “O., M. B. - Adopción Plena”, del 18/12/2014. Recuperado el 11/12/2018 de: <https://informacionlegal-com-ar.ebook.21.edu.ar/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad82d9b0000016c8dbf948df95ed03b&docguid=iB548D7829A712261D7BA2FAE92FA83DB&hitguid=iB548D7829A712261D7BA2FAE92FA83DB&tocguid=&spos=1&epos=1&td=1&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DF29AAD1D3&searchFrom=&savedSearch=false&context=90&crumb-action=append&>

Juzgado de Familia de 4a Nominación de Córdoba “L., S. F. y A., C. P.”, del 06/08/2003. Recuperado el 19/04/2019 de: <https://informacionlegal-com-ar.ebook.21.edu.ar/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad82d9a0000016c8dc6bcb8398b170e&docguid=i0B0D2DCBB9E44724A58F78389553ADAF&hitguid=i0B0D2DCBB9E44724A58F78389553ADAF&tocguid=&spos=1&epos=1&td=1&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DF29AAD1D3&searchFrom=&savedSearch=false&context=126&crumb-action=append&>

Juzgado de Familia N° 5 de Viedma “T. C. B. s/ adopción”, del 20/05/2016. Recuperado el 06/07/2019 de: <https://informacionlegal-com-ar.ebook.21.edu.ar/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad82d9b0000016c8dd4>

32eab9b9425d&docguid=i37BF0FCEDC8AE5BD6711225B44443535&hitguid=i37BF0FCEDC8AE5BD6711225B44443535&tocguid=&spos=1&epos=1&td=1&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DF29AAD1D3&searchFrom=&savedSearch=false&context=193&crumb-action=append&

Juzgado de Familia Nro. 1 de Corrientes “R., M. E. s/ adopción de integración”, del 26/10/2016. Recuperado el 23/03/2019 de: <https://informacionlegal-com-ar.ebook.21.edu.ar/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad82d9a0000016c8dc3a180f937319e&docguid=i1BFD64478C97FCDDDB0EFA3FD695A683D&hitguid=i1BFD64478C97FCDDDB0EFA3FD695A683D&tocguid=&spos=1&epos=1&td=1&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DF29AAD1D3&searchFrom=&savedSearch=false&context=109&crumb-action=append&>

Juzgado de Familia Nro. 1 de La Plata “A., C. L. s/ adopción”, del 04/06/2013. Recuperado el 23/06/2019 de: <https://informacionlegal-com-ar.ebook.21.edu.ar0/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad82d9b0000016c8dd215fecacb537e&docguid=i0BBC51126C7212420D4388A4C4B61EC8&hitguid=i0BBC51126C7212420D4388A4C4B61EC8&tocguid=&spos=1&epos=1&td=1&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DF29AAD1D3&searchFrom=&savedSearch=false&context=177&crumb-action=append&>

Juzgado en lo Contencioso administrativo y Tributario Nro. 15 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires “F. A. c. GCBA”, del 10/11/2009. Recuperado el 19/04/2019 de: <https://informacionlegal-com-ar.ebook.21.edu.ar/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad82d9b0000016c8dcef9e4334f147b&docguid=i38A18501DA4D9A5C3AA446BEB37F7F4B&hitguid=i38A18501DA4D9A5C3AA446BEB37F7F4B&tocguid=&spos=1&epos=1&td=1&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DF29AAD1D3&searchFrom=&savedSearch=false&context=160&crumb-action=append&>

Juzgado Nacional De 1ra Instancia En lo Civil Nro. 81 “S., I. N. y otro c. A., C. L. s/ impugnación de filiación”, del 14/06/2017. Recuperado el 20/10/2018 de: <https://informacionlegal-com-ar.ebook.21.edu.ar/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad82d9a0000016c8db5db5a64544ea9&docguid=iF00EB0C1EE7AB134B90DE189D824115A&hitguid=iF00EB0C1EE7AB134B90DE189D824115A&tocguid=&spos=3&epos=3&td=8&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DF29AAD1D3&searchFrom=&savedSearch=false&context=69&crumb-action=append&>

Tribunal Colegiado De Familia Nro. 4 De Rosario “X., X.X. y Otros s/Filiación Post Mortem”, del 13/10/2017. Recuperado el 28/09/2018 de: <https://informacionlegal-com-ar.ebook.21.edu.ar/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad82d9a0000016c8da71909f93730de&docguid=i1021828A65DB3E7FF6A123B563EF30F6&hitguid=i1021828A65DB3E7FF6A123B563EF30F6&tocguid=&spos=1&epos=1&td=1&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DF29AAD1D3&searchFrom=&savedSearch=false&context=42&crumb-action=append&>