



**Universidad de La Habana**

**Facultad de Derecho**

**Departamento de Derecho Civil y Familia**

## **TRABAJO DE CURSO**

**Tema:** La adopción homoparental. Una mirada desde el Ordenamiento Jurídico Cubano.

**Autora:** Paola Martín Morín

4to D

**Tutora:** Yamila González Ferrer

**La Habana, Mayo 2015**

*El silencio es el ruido más fuerte, quizás el mas fuerte de los ruidos.*

Miles Davis

*(...) con la resistencia de los unos y la aspiración de los otros, se van componiendo, en vuelcos y accidentes, las justicias humanas.*

José Martí

**Palabras claves:** adopción, homosexualidad, familia, niñez, atrimonio

**Resumen:**

La adopción homoparental constituye la adopción de un niño por parte de una pareja de personas homosexuales, formándose una familia homoparental. En el ordenamiento jurídico cubano se regula el matrimonio como premisa para la adopción, el cual solo puede ser contraído entre personas heterosexuales. De este modo, no cabe la posibilidad de que las parejas homosexuales puedan adoptar. Existen muchos opositores a la posibilidad de regular e implementar la adopción homoparental, a pesar de que es un proceso que en la actualidad reconocen y llevan a cabo varios países, con resultados satisfactorios. Las investigaciones científicas concluyen que los menores adoptados por estas parejas no presentan trastornos de ningún tipo y que son psicológicamente sanos y tan adaptables como los acogidos por parejas heterosexuales. Es necesario reconocer en la legislación cubana derechos fundamentales de las parejas homosexuales constitutivas de familia, como la posibilidad de contraer matrimonio y adoptar, cuya inobservancia, basándonos en los principios de justicia e igualdad, constituye una forma de discriminación. Atendiendo al interés superior del niño, esta es una vía favorable para insertarlo en el seno de una familia que le profese cuidados, afecto y bienestar.

**Key words:** Adoption, homosexuality, family, childhood, marriage

**Abstract:**

Homoparental adoption is the adoption of a child by a couple of homosexual persons, which forms a homoparental family. Cuban law regulates marriage as a premise to adoption. Marriage cannot occur between homosexual persons. Thus, it is not possible for homosexual couples to adopt. Many oppose the possibility of regulating and implementing homoparental adoption, despite being a process recognized and carried out in several countries with satisfactory results. Scientific research concludes that minors adopted by these couples do not show any kinds of disorders, that they are psychologically healthy, and that

they are as adaptable as those taken in by heterosexual couples. It is necessary that Cuban legislation recognize fundamental rights of homosexual couples that constitute a family, such as the possibility of getting married and adopting. Inobservance of this, based on the principles of justice and equality, is a form of discrimination. Pursuing the child's higher interest, this is a favorable way to insert him or her in a family that provides him or her care, affection and welfare.

# Índice:

	<b>Páginas</b>
<b>Introducción</b> .....	6
<b>Capítulo I:</b> Generalidades de la adopción. Una mirada profunda a la institución de la adopción homoparental.....	11
1.1 Evolución histórica de la adopción.....	11
1.2 Definición. Características. Requisitos. Efectos.....	15
1.3 La adopción homoparental.....	19
1.3.1 ¿Qué es la adopción homoparental?.....	19
1.3.2 Visión de la institución desde la perspectiva del Derecho Internacional. Referencia a legislaciones foráneas.....	23
<b>Capítulo 2:</b> Un nuevo horizonte a las puertas de nuestra legislación.....	28
2.1 Especial referencia a la institución del matrimonio en la legislación cubana. Su regulación como premisa para la adopción. ....	28
2.2 La adopción homoparental en el Sistema Jurídico Cubano.....	32
<b>Conclusiones</b> .....	37
<b>Recomendaciones</b> .....	39
<b>Bibliografía</b> .....	40

## Introducción:

La atención a la infancia ha constituido siempre un objetivo cimero de la Revolución cubana. Sin duda alguna, constituyen los niños los pilares fundamentales de nuestra sociedad y en pos de su desarrollo progresivo, educación y felicidad, es que se trabaja a diario, no solo desde las instituciones escolares, sino también y esencialmente desde la familia, la cual juega un rol trascendental en su formación y crecimiento. Siempre, y no en vano, escuchamos decir que la familia es la primera escuela del hombre.

Especial atención merecen, en este sentido, aquellos niños que por diversas razones no cuentan con la dicha de recibir el amor que profesa un núcleo familiar y se encuentran en una situación de desamparo filial. Para esta problemática, el Derecho ofrece una vía de solución que permite dar a estos niños la oportunidad de recibir una crianza impregnada de cuidados, afecto y atención, a la vez que se erige como un camino de compensación y realización humana en pos de satisfacer el deseo de maternidad y paternidad de familias responsables y con cualidades personales suficientes para garantizar la educación, seguridad y formación de un menor que presenta la condición expuesta. Esta vía es la adopción.

Dicha institución ha existido en la mayoría de los pueblos antiguos, solo que esta figura jurídica conocida por dichas civilizaciones no es la misma que se contempla en las legislaciones actuales, ya que ha tenido una evolución a través de la historia, modificando sus objetivos según las transformaciones de la estructura socio- económica de los distintos países y épocas. Ha tenido, desde la antigüedad<sup>1</sup>, una particular importancia que se ratifica y mantiene en nuestros días. Su figura fue reconocida en fuentes del Derecho tan antiguas como el Código de Hammurabi y en el Antiguo Testamento.

---

<sup>1</sup>La figura de la adopción se conoce desde antiguas civilizaciones en Egipto, Caldea, Babilonia, India, Israel, Grecia y Palestina; se menciona en los poemas homéricos. Cita, Fernández Guerra, Irma Reneé y Luis Lorenzo Palenzuela Páiz, Consideraciones sobre la adopción extraterritorial de niños cubanos, Digital.

La adopción es una relación jurídica de filiación creada por el Derecho entre dos personas que no son biológicamente progenitor e hijo entre sí, es decir, que no tienen un vínculo sanguíneo directo, la cual tiene lugar mediante un acto jurídico judicial, fundando entre estos dos sujetos esencialmente involucrados, relaciones de derechos y deberes paterno-filiares semejantes a los que tienen lugar en la familia consanguínea. De sus características se puede decir que es un acto jurídico plurilateral, mixto, solemne, constitutivo e irrevocable y los principios fundamentales de la institución son la integración familiar, referido esencialmente a quienes más lo necesitan y el beneficio del adoptado que se sobrepone a cualquier otro interés.

Las puertas para acceder a la adopción están permeadas de un riguroso camino, en el que se valoran por la autoridad competente, los requisitos que deben cumplir los presuntos adoptantes, recogidos en el Código de Familia. En este sentido, cabe señalar que no todas las personas pueden adoptar y que para hacerlo deben enfrentarse a un proceso extenso y estricto, dada la connotación de un acto como este, en el que está en juego la forma de vida y desarrollo del niño.

Por otra parte, la homosexualidad constituye uno de los temas más controvertidos que enfrenta la sociedad contemporánea y puede ser definida como una orientación sexual basada en la interacción o atracción sexual, afectiva, emocional y sentimental hacia individuos del mismo sexo. El deseo de las personas homosexuales de constituir su relación de manera estable y de contar con los correspondientes efectos jurídicos que el matrimonio tiene, ha hecho que estudiosos del Derecho se proyecten sobre la necesidad de darle un amparo legal a estas uniones y consecuentemente a otras cuestiones que se configuran a raíz de las mismas, siendo una de ellas, el anhelo de muchas de esas parejas de tener un niño, lo cual puede hacerse posible a través de la adopción homoparental.

Mucho se ha expuesto sobre el tema y existen diferentes doctrinas, que aceptan o rechazan la regulación jurídica del fenómeno, basados en patrones como la adaptabilidad del menor, su inclinación sexual, su desarrollo adecuado y otros factores sobre los que existen diversos puntos de vista. Sin embargo, a pesar de las diferentes posturas, más de veinticinco años de investigación

científica demuestran que no existen diferencias sustanciales o resultados negativos para los menores criados por parejas homosexuales, en comparación con los criados en el seno de familias heterosexuales.

Los países del mundo se han proyectado de manera diversa respecto al tratamiento legal tanto del matrimonio como de la adopción homoparental. La consideración que recibe la homosexualidad, e incluso la definición legal de la misma, es sumamente variable en correspondencia con cada cultura, tradición y costumbres y por ende, guarda relación con el nivel de aprobación de cada sociedad. Dedicaremos un epígrafe a legislaciones foráneas de importante referencia para ilustrar, desde una mirada internacional, el tema en cuestión.

Teniendo en cuenta principios fundamentales que consagra la Constitución Cubana, como la igualdad, la justicia y la no discriminación, se impone la necesidad de transformar los preceptos que regulan dichas instituciones, pues son violatorios de dichos principios constitucionales y se pueden entender como supuestos discriminatorios. La funcionalidad o no de una familia no está dada por la inclinación sexual de los padres, sino por sus valores morales y otros aspectos que los convierten en personas de bien, siendo esto lo que transmitirán a sus hijos.

La adopción debe verse como un instrumento para lograr la protección infantil, como una forma de ayudar a los menores que se encuentran en una situación de desamparo filial. El superior derecho de estos niños es tener un espacio familiar en el que puedan sentirse miembros de un hogar y establecer una relación de apego que les permita desarrollarse y crecer en el contorno afectivo que todo ser humano merece.

Como miembros de una sociedad socialista y futuros juristas con grandes valores humanos, nos sentimos identificados y comprometidos con el tema y esperamos desde nuestra posición y a través de este trabajo, contribuir al bienestar de los niños sin amparo filial.

Luego de haber sentado las bases de nuestra investigación, nos planteamos como **Problema Científico**: ¿Cuáles son los elementos del ordenamiento

jurídico cubano que han de cambiarse a fin de que beneficien a las parejas homosexuales constitutivas de familia que desean llevar a cabo la adopción?

Frente a tal problemática nos trazamos como **Hipótesis**: A partir de una reforma legislativa que permita el matrimonio homosexual, cabría la posibilidad de legitimar la adopción por parte de parejas homosexuales constitutivas de familia.

Para revalidar nuestra hipótesis delimitamos como **Objetivo General** de la investigación: Demostrar que a partir de una reforma legislativa que permita el matrimonio homosexual, las parejas homosexuales constitutivas de familia tendrían derecho a adoptar.

A fin de dar cumplimiento al objetivo general de modo más factible definimos como **Objetivos Específicos**:

Analizar la evolución histórica de la adopción y sus aspectos generales a partir de su definición, características, requisitos, efectos y otros aspectos importantes, con especial referencia a la adopción homoparental.

Caracterizar, desde un estudio comparado, la regulación de la adopción homoparental en legislaciones foráneas.

Caracterizar la institución del matrimonio en nuestro ordenamiento jurídico como premisa para los procesos de adopción y como impedimento para la adopción homoparental.

Los **métodos y técnicas** empleados en la investigación fueron:

- Exegético- analítico en el análisis y valoración de las normas jurídicas, teniendo como principal fuente la Constitución y el Código de Familia.
- Jurídico- Comparado para analizar las tendencias doctrinales y normativas en el Derecho Comparado.
- Análisis- Histórico, este método resulta adecuado para el análisis de los fundamentos históricos de la adopción, partiendo del estudio de los criterios doctrinales que han abordado el tema.
- El fichaje para el logro de una más rápida localización e indagación relacionada con la institución.

- La revisión de documentos para conocer y elaborar todos los fundamentos expuestos en la investigación.

Con el fin de dar cumplimiento a los objetivos propuestos se ha estructurado el trabajo en dos capítulos; el primero titulado: “Generalidades de la adopción. Una mirada profunda a la institución de la adopción homoparental”. En este capítulo abordaremos lo concerniente a la evolución histórica, la naturaleza jurídica, requisitos y aspectos generales de la adopción en el Derecho positivo cubano y haremos referencia a la adopción homoparental a partir de su definición, doctrina que lo ha estudiado y comparación con diferentes legislaciones. El segundo capítulo denominado: “Un nuevo horizonte a las puertas de nuestra legislación”, tratará la institución desde la perspectiva del ordenamiento jurídico cubano, haciendo especial referencia al matrimonio por la relación que guardan entre sí y realizando un análisis crítico de la normativa cubana y los preceptos que contienen dicho fenómeno.

# **CAPÍTULO I: Generalidades de la adopción. Una mirada profunda a la institución de la adopción homoparental.**

## **1.1 Evolución histórica de la adopción**

La adopción es una institución cuyas características o elementos esenciales, así como su regulación legal se han ido transformando según el paso del tiempo. En este sentido, ha sido entendida de diferentes formas según el momento histórico, adaptando sus objetivos según las transformaciones de la estructura socioeconómica de las disímiles épocas y países.

En las antiguas civilizaciones la adopción era un recurso ofrecido por la religión y las leyes a aquellos que carecían de herederos para asegurar la continuación de la estirpe y la supervivencia del culto doméstico, cuya extinción significaba una catástrofe familiar que era necesario evitar. Por ello se llevaba a cabo entre parientes, con un marcado carácter religioso, en detrimento de su carácter jurídico, apareciendo en los pueblos antiguos de Babilonia, Caldea, Egipto, La India, y Grecia con la institucionalización de la familia gentilicia y patriarcal. Sin embargo, fue en Roma donde luego de afianzarse el poder político, se desarrolló la adopción de parientes como la institución jurídica que, según el Dr. Raúl Gómez Treto, con variantes y altibajos, llega a nuestros días.

Los romanos la consideraban una de las fuentes de la patria potestad. Era el acto solemne que daba lugar a las relaciones de filiación ficticias, al incorporar a una familia como hijos o nietos a personas que por lo general le eran extrañas.

En este momento existían dos tipos de adopción la arrogación y la adopción propiamente dicha. La segunda era el acto jurídico solemne a través del cual un sujeto legalmente extraño a una familia, ingresa en él como descendiente, quedando sometido a la patria potestad del adoptante<sup>2</sup>. Implicaba un cambio de familias en virtud de la que se transmitía la patria potestad, cediendo el jefe de familia sus derechos al nuevo padre adoptivo. Podemos afirmar que se

---

<sup>2</sup>Fernández Bulté, Julio, Delio Carreras Cuevas y Rosa María Yáñez, Manual de Derecho Romano, p.70.

adoptaban los hijos de familia mientras que se arrogaban los que eran dueños de sí mismos.

Respecto al procedimiento para la adopción, uno de los preceptos contenidos en las XII Tablas, disponía que el hijo quedara liberado luego de tres ventas si era varón<sup>3</sup>. Esta fuente de conocimiento asiente que la adopción entre parientes consanguíneos tiene antecedentes jurídicos bien pretéritos.

Posteriormente con Justiniano se simplificó el procedimiento, era suficiente la comparecencia de las partes ante un magistrado, quien recogía en un acta la voluntad de los comparecientes. Ello representaba un acto de jurisdicción voluntaria.

También evolucionaron según la etapa o período los efectos de la adopción, de ese modo, inicialmente en la etapa del Derecho Primitivo, el adoptado entraba de forma plena a la familia del adoptante y se le conferían todos los derechos a según su condición de descendiente. En esta época todas las relaciones con la familia primaria o de origen quedaban extinguidas<sup>4</sup>.

Justiniano para evitar los peligros que la adopción provocaba al adoptado respecto a los derechos sucesorios, una vez que este era emancipado por el padre, dividió la adopción en plena y menos plena. La adopción plena tenía lugar cuando el adoptante era un ascendiente del adoptado, quedando el segundo sujeto a la patria potestad del primero y en cuyo caso la adopción surtía todos los efectos primitivos. Así, el rompimiento pleno del adoptado con la familia natural, no le generaba perjuicios hereditarios, porque siempre podría heredar al ascendiente en virtud de su condición de cognado.

La adopción menos plena tenía lugar cuando el adoptante era un extraño sin vínculo de parentesco con el adoptado. Se reconocían los derechos sucesorios de adoptado con relación a su familia natural, independientemente de la adopción y tenía también la posibilidad de suceder abintestato al padre adoptivo.

---

<sup>3</sup>Kemelmajer de Carlucci, Aída y Leonardo B. Pérez Gallardo, Nuevos perfiles del Derecho de Familia Libro Homenaje a la profesora Dra. Olga Mesa Castillo, Digital.

<sup>4</sup> Tenía lugar la llamada *capitisdiminutio*.

En la Edad Media la institución que se analiza fue perdiendo importancia, al punto que casi llegó a caer en desuso, incluso en España, cuna de nuestro Derecho. La arrogación y la adopción vinieron a tener algún reconocimiento en el Derecho español a partir del Fuero Real, las Siete Partidas y la Novísima Recopilación.

El Código Civil español de 1888, ignoró la arrogación, limitándose sólo a regular una especie de adopción omnicompreensiva, como la catalogara el Dr. Gómez Treto<sup>5</sup>. Su preceptiva con un marcado carácter clasista y discriminatorio, pone de relieve el carácter privado y contractual que caracterizaba la adopción en el siglo XIX. El adoptado, tenía menos derechos que el discriminado hijo natural reconocido por el adoptante, y excepción de los derechos relativos a la patria potestad, conservaba sólo los que le correspondían en su familia natural.

Correspondió a la legislación española, el mérito de resucitar la adopción romana, a través del prohijamiento, distinguiendo entre adopción plena y menos plena.<sup>6</sup>A pesar de las limitaciones que imponía a esta institución, admitía que el adoptante fuera un pariente consanguíneo del adoptado. Al efecto regulaba que si la adopción la efectuaba el abuelo del adoptado, pasaba bajo su potestad como si fuese su hijo legítimo.

En la región europea, que se acentuó más el poder burgués, prevaleció el carácter clasista y contractual de la adopción. Sus legislaciones denotaban una acentuada protección a las familias adoptantes más que a los eventuales derechos del adoptado. En las más modernas legislaciones burguesas, fue quedando un poco atrás el carácter contractual y privado que había marcado a la adopción hasta ese momento. Al menos formalmente, se fue abriendo paso su contenido social, al admitirse que su fin primordial es proteger los intereses de los menores adoptados.

Tras las dos guerras mundiales, la institución se fue aproximando a sus características actuales. Los Estados comenzaron a tener una visión de la

---

<sup>5</sup> Ob. Cit. En nota (2) p.98.

<sup>6</sup>Estevez Brasa, Teresa M; Ana María Carrasco y Luis Méndez. "La adopción en el Código Civil, Ley 24.779". Depalma, Buenos Aires, 1997.

institución como medio de protección a la infancia y las diferentes legislaciones, a hacer prevalecer su función social.

Actualmente, las legislaciones han seguido con respecto a la adopción dos sistemas diferentes; el conocido como adopción plena y el de la llamada adopción simple. La adopción simple o semiplena, es aquella donde el adoptado queda sujeto a la potestad de sus adoptantes, pero no se desprende de su familia consanguínea, conservando sus derechos naturales dentro de ella.<sup>7</sup> El adoptante no adquiere el derecho a heredar a su adoptado, ni éste a su adoptante, a no ser por testamento, o que en la escritura de la adopción se hubiese obligado a instituirle heredero. Este tipo de adopción, persigue más que el beneficio y la protección del adoptado, el beneficio a los intereses del adoptante.

La adopción plena, es una forma mucho más completa de asimilar al adoptado en la familia del adoptante, pues el adoptado rompe los vínculos con su familia consanguínea y adquiere con sus adoptantes los mismos derechos y deberes que le asisten al hijo consanguíneo, extendiéndose los efectos de la adopción a los parientes del adoptante y a los descendientes del adoptado.<sup>8</sup> Este tipo de adopción es la que prevalece en Cuba y otros países de Latinoamérica. Con esta forma de adopción, se proporciona al menor una nueva familia, que sustituye totalmente a la consanguínea, con la que se extinguen todos los derechos y deberes, rompiéndose cualquier tipo de discriminación legal entre el hijo adoptivo y el consanguíneo.

Hay países que mantienen la adopción clásica (simple), como la forma de filiación, sin acoger la adopción plena, dando a esta institución de familia el carácter de un contrato, donde persisten los vínculos del adoptado con su familia anterior, sin incorporarlo totalmente a su familia adoptiva.

Un grupo mayoritario de países, mantiene la adopción plena, denominada también en los diferentes ordenamientos jurídicos "legitimación adoptiva", "adopción privilegiada" "arrogación de hijos" o simplemente "adopción".

---

<sup>7</sup>Fernández Guerra, Irma René y Palenzuela Páez, Luis Lorenzo, Consideraciones sobre la adopción extraterritorial de niños cubanos. Digital.

<sup>8</sup>*Idem.*

Ejemplos de ello lo constituyen Bolivia, República Dominicana, Brasil, Puerto Rico, Perú, Panamá, Colombia y Cuba.

Este recuento histórico y doctrinal nos prepara para que podamos ubicar la adopción dentro del sistema de Derecho, o sea, para que podamos distinguir su naturaleza jurídica.

## **1.2 Definición. Características. Requisitos. Efectos**

La profesora Ana María Álvarez-Tabío define la adopción como aquella relación jurídica de filiación que sin base biológica tiene lugar mediante un acto jurídico judicial, es decir, necesita autorización judicial, creando entre los dos sujetos que intervienen (adoptante y adoptado) semejantes relaciones de derechos y deberes paternos filiales iguales a los existentes en las familias consanguíneas.

Al decir de los profesores Leonardo B. Pérez Gallardo y Aída Kemelmajer de Carlucci, la adopción es la institución del ordenamiento jurídico que permite dar una familia a menores que no la tienen. Es la ficción creada por el Derecho para equiparar los lazos que se crean entre la familia biológica y la adoptiva. Con independencia del tipo de adopción que se acoja y del vínculo o no de parentesco que pueda existir entre adoptantes y adoptados, lo importante es hacer prevalecer en cada caso, el respeto al interés superior de la infancia, consagrado en la Convención de los Derechos del Niño.<sup>9</sup>

De lo expuesto podemos ultimar que la adopción no es más que la institución por la que se establece entre dos personas no unidas por un vínculo sanguíneo directo un vínculo de parentesco civil del que se derivan relaciones iguales a las que resultan de la filiación natural, o sea, la relación entre padres e hijos, por lo que de ella se derivan los mismos derechos y deberes de la relación paterno filial. Es un acto jurídico en el que debe existir una declaración de voluntad por parte del o de los adoptantes.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la adopción no ha existido unanimidad en las concepciones, pues existen diferencias entre los distintos ordenamientos jurídicos que le confieren formas constitutivas diversas. En los países cuya

---

<sup>9</sup>Kemelmajer de Carlucci, Aída y Leonardo B. Pérez Gallardo, Nuevos perfiles del Derecho de Familia Libro Homenaje a la profesora Dra. Olga Mesa Castillo, Digital.

legislación exige para la adopción no solo la voluntad del adoptante sino también el consentimiento del adoptado si es mayor de edad, o de sus representantes legales si es menor, se considera como un contrato, donde se configura la relación por la concurrencia de voluntades de ambos. Esta es la corriente seguida por los autores franceses en el Código Napoleónico, el Código Alemán de 1900, el Código Civil Suizo y el Código Italiano de 1865.

Esta teoría ha suscitado debate y ha tenido resistencia, pues se alega que la denominación de contrato debe reservarse al campo económico. En consecuencia lo referente al estado de las personas no puede ser objeto de un contrato, pues se olvidaría el poder de disposición privada que es característica esencial de la institución.

La insuficiencia de la idea del contrato para explicar la naturaleza jurídica de la adopción ha dado lugar a otras teorías como la que lo considera como acto complejo por la pluralidad de actos independientes que lo integran, formado por el consentimiento de las partes y la sentencia judicial. Esta teoría considera la adopción como acto jurídico mixto, acto voluntario bilateral y acto judicial a la vez.

Otra de las concepciones la concibe como negocio jurídico bilateral del Derecho de Familia (esgrimida por la doctrina española). También es muy relevante la teoría sostenida por la doctrina argentina, que según su ordenamiento jurídico, expresa que la adopción no es un acto bilateral porque solo requiere la expresión de voluntad del adoptante.

En este sentido, la califican como institución del Derecho de Familia, fundada en un acto de voluntad del adoptante, que además tiene aspecto bifronte: como acto y como estado. Como acto se refiere al acto jurídico familiar de carácter procesal, pues requiere la manifestación de voluntad del adoptante, concretada por vía de demanda judicial y que se consuma tras el trámite del juicio de adopción con la sentencia. Como estado se refiere al estado civil que nace del acto constitutivo, cuya naturaleza es institucional, pues el emplazamiento adoptivo que crea la sentencia está reglamentada imperativamente por la ley; este conjunto de reglas de derecho de orden público que regulan el estado adoptivo constituye una institución.

En nuestro país la adopción es considerada como un acto jurídico, a partir de la manifestación de voluntad lícita que produce consecuencias jurídicas. El inciso b) del artículo 47 del Código Civil cubano establece que los actos jurídicos son causa de relaciones jurídicas. En relación con su artículo 49 en el cual se establece que el acto jurídico es toda manifestación de voluntad, lícita que produce los efectos dispuestos por la ley, consistentes en la constitución, modificación o extinción de una relación jurídica.

Podemos decir que las características que presenta la adopción son en primer lugar que es un **acto jurídico**, por tratarse de una manifestación de voluntad lícita que produce consecuencias jurídicas; **plurilateral** por intervenir varias voluntades, pudiendo confluir la de los adoptantes, los representantes legales del adoptado, la autoridad que la analiza, y en ocasiones la del propio adoptado, pues la primacía del interés del menor que debe iluminar todo el sentido y espíritu de esta institución, tiene su reflejo, en la necesidad de explorar la voluntad o el parecer del futuro adoptado cuando cuente con siete o más años de edad; **mixto**, al coincidir intereses y efectos de orden privado y público, es decir, de la representación del Estado; **solemne**, al requerir de las formas procesales señaladas en la ley para su plena eficacia; **constitutivo**, al hacer surgir la filiación entre adoptante y adoptado con todas las consecuencias que para el parentesco consanguíneo prevé la ley e irrevocable, al no poderse dejar sin efecto una vez dispuesta y crearse entre adoptante y adoptado relaciones de idéntica naturaleza que la filiación biológica o consanguínea.

En relación con los requisitos de la adopción desde el punto de vista de los elementos personales, pueden adoptar los que cumplan con lo establecido en los artículos 100, 101 y 102<sup>10</sup> del Código de Familia y con respecto a quiénes

---

<sup>10</sup> Artículo 100: Para adoptar deberán reunirse los requisitos siguientes:

- 1) haber cumplido veinticinco años de edad;
- 2) hallarse en el pleno goce de los derechos civiles y políticos;
- 3) estar en situación de solventar las necesidades económicas del adoptado;
- 4) tener las condiciones morales y haber observado una conducta que permita presumir, razonablemente, que cumplirá respecto al adoptado los deberes que establece el artículo 85.

pueden ser adoptados el artículo 103<sup>11</sup> del mismo cuerpo legal, regula los requisitos que estos deben cumplir.

Como requisitos formales se hace referencia en los Artículos 104 al 107 del Código de Familia, entre otras cuestiones, a que:

En todo caso será autorizada judicialmente mediante expediente de jurisdicción voluntaria, en que se deberá justificar todos los elementos personales antes referidos, y mediante resolución fundada, que deberá anotarse en el Registro del Estado Civil donde conste la inscripción del nacimiento del adoptado.

En caso de oposición (artículos 108 y 109 del CF), se archivará el expediente y quedará expedito el derecho de los interesados para promoverla mediante el proceso civil ordinario. Podrán oponerse:

- Los padres del menor que conserven la patria potestad en los casos de los incisos 1, 2, y 3 del artículo 103.
- Los abuelos, y a falta de estos, los hermanos y tíos mayores de edad que tengan a su cuidado al menor en los casos del inciso 4 del propio artículo 103.
- El director del establecimiento que acoge al menor en el caso del inciso 6.

---

**ARTICULO 101:** Los cónyuges realizarán la adopción conjuntamente. No obstante, uno de los cónyuges podrá adoptar al hijo del otro, si el padre o madre del menor que se pretende adoptar consintiera, hubiera fallecido, hubiera sido privado de la patria potestad o fuera desconocido.

**ARTICULO 102:** Los adoptantes han de tener por lo menos quince años más de edad que los adoptados.

<sup>11</sup> **ARTICULO 103.** Solamente podrán ser adoptados los menores de 16 años de edad que se encuentren en algunos de los casos siguientes:

- 1) que sus padres no sean conocidos;
- 2) que hayan sido abandonados intencionalmente por sus padres;
- 3) que por cualquier causa se encuentren en estado de abandono y no reciban el debido cuidado de sus familiares u otras personas que puedan brindárselo, siempre que esta omisión sea culpable;
- 4) que respecto a ellos se haya extinguido la patria potestad por la muerte de los padres o ambos hayan sido privados de aquéllas;
- 5) que estén sujetos a patria potestad, si los que la hayan ejercido dieran su consentimiento; o
- 6) que no estén sujetos a patria potestad, hayan sido abandonados o se encuentren en estado de abandono y que por esta razón hayan sido acogidos en hogares de menores o círculos infantiles mixtos, si los directores de estas instituciones otorgaran su consentimiento.

Sólo podrán impugnar la adopción ya acordada judicialmente los mismos mencionados anteriormente dentro del plazo de seis meses de aprobada la misma y siempre que se acredite la razón que le impidió oponerse en su oportunidad.

Con relación a los efectos que surgen de la institución en cuestión podemos decir que por medio de la misma se establece entre dos personas relaciones de paternidad y filiación, siendo uno de los dos modos de adquirir la patria potestad. La adopción genera derechos y obligaciones para las partes que en ella intervienen.

En este sentido sus efectos coinciden con los de la filiación consanguínea o biológica; obligación de dar alimentos, sucesión, privación, extinción o suspensión de la patria potestad, relaciones de parentesco así como las consecuencias del divorcio de sus padres adoptivos. Los derechos y deberes de los hijos adoptivos serán idénticos a los de los restantes hijos, eliminándose toda diferencia en el tratamiento entre unos y otros, al menos en el plano jurídico y formal.

Otro de los efectos lo constituye el hecho de que la adopción no puede ser revocada una vez dispuesta o autorizada; esto sólo será posible, ante una causa de las que el Código de Familia establece, suspender, privar o extinguir la patria potestad que surge de la ficción jurídica de filiación surgida como consecuencia de la adopción. Y ello no implica que vuelvan a fungir las anteriores relaciones paternas filiales con su familia de origen, sino que podrá ser sometido a tutela, o sujeto de una nueva adopción, o cualquiera de los efectos que tales disposiciones produce en los casos de hijos biológicos.

## **1.3 La adopción homoparental**

### **1.3.1 ¿Qué es la adopción homoparental?**

La homosexualidad constituye uno de los temas más acuciantes que enfrenta la sociedad contemporánea y puede ser definida como una orientación sexual basada en la interacción o atracción sexual, afectiva, emocional y sentimental hacia individuos del mismo sexo. La problemática de este fenómeno estriba en el deseo de estas personas de constituir su relación de manera estable, por lo

que ha surgido para el Derecho y en especial para el Derecho de Familia la necesidad de conferirle un amparo legal a esta relación y a otras cuestiones que surgen a raíz de esas uniones, siendo un tema trascendental el anhelo de muchas parejas homosexuales de formar una familia, donde la adopción sería una vía idónea para darle un hogar a niños que carecen de amparo filial y a la vez satisfacer el deseo de esas personas que no pueden reproducir

La adopción homosexual es la adopción de un niño por parte de una persona o una pareja de personas homosexuales, formándose una familia homoparental. Consiste en que un niño pueda ser adoptado, y así, legalmente sea hijo de los dos miembros de una pareja compuesta por dos personas del mismo sexo.

Existe una amplia evidencia que muestra que los menores criados por parejas del mismo sexo se desenvuelven igual de bien que aquellos criados por progenitores de distinto sexo. Más de 25 años de investigación documentan que no existe relación entre la orientación sexual de los progenitores y cualquier medida de adaptación emocional, psicológica y conductual del menor. Estos datos han demostrado que no existe riesgo para los menores como resultado de crecer en una familia con uno o más progenitores homosexuales.<sup>12</sup>

De hecho, la investigación científica<sup>13</sup> que ha comparado directamente los resultados de niños con padres gays y lesbianas con resultados de niños con padres heterosexuales ha sido muy consistente en demostrar que aquellos son tan aptos y capaces como estos, y sus hijos son psicológicamente sanos y están tan bien adaptados como los niños criados por padres heterosexuales.

---

<sup>12</sup>Pawelski JG, Perrin EC, Foy JM, The effects of marriage, civil union, and domestic partnership laws on the health and well-being of children, *Pediatrics*118, p. 349–640.

<sup>13</sup> Importantes asociaciones y reconocidos especialistas han llevado a cabo investigaciones que demuestran que no existe relación entre la orientación sexual de los padres y la adaptación emocional, psicosocial y conductual del menor. Entre estos: La Asociación Estadounidense de Psicología, la Asociación Estadounidense de Psiquiatría y la Asociación Nacional de Trabajadores Sociales se pronunció sobre ello en un escrito de *Amicus curiae* presentado a la Corte Suprema de California en el año 2006; Gregory M. Herek escribió un artículo en “*The American Psychologist*” en 2006 a favor de la homoparentalidad y La Asociación Psicológica Canadiense tiene importantes investigaciones del año 2004 y 2006 al respecto.

Algunos grupos minoritarios creen que los menores criados por progenitores homosexuales desarrollarán también preferencias homosexuales o bisexuales, o que tendrán más probabilidades de tener una relación del mismo sexo, pero la investigación científica ha demostrado de manera consistente que padres homosexuales son tan capaces y adecuados como los padres heterosexuales.

Una institución que podría beneficiar a los menores criados por parejas del mismo sexo, por la seguridad y estabilidad que significa, es el matrimonio. Permitir a las parejas del mismo sexo que se casen legalmente no tendrá ningún efecto perjudicial sobre los niños criados en hogares heterosexuales, sino que los beneficiará. Se ha demostrado que el bienestar físico, económico y psicológico de los progenitores se incrementa con el matrimonio, y que los hijos se benefician al ser criados por dos personas que se encuentran dentro de una unión legalmente reconocida. Esta satisfacción y armonía familiar permite el desarrollo estable del menor, resultando intrascendente para ello la orientación sexual de los padres.<sup>14</sup>

No es secreto que en muchos debates políticos y conferencias a lo largo de los años que sobre el tema se han dado, se ha afirmado que las parejas heterosexuales constituyen la familia modelo para la formación del menor y que los niños criados por parejas homosexuales están en peores condiciones, sin embargo, estas afirmaciones no encuentran apoyo en la literatura de investigación científica. Por tanto, si fuésemos a identificar alguna diferencia entre los menores que se educan en el seno de una pareja homosexual y una heterosexual esta no puede ser atribuida a la orientación sexual de los padres.

El licenciado Jorge Horacio Raíces Montero, encargado de la compilación del libro "Adopción, la caída del prejuicio" editado por la Comunidad Homosexual Argentina (CHA), explicó en una entrevista para *lanacion.com* que la estructura psíquica de los niños se construye a través de la función del otro, por ejemplo, de poner límites, de cuidar, de jugar y de donar sentido y no del título del padre

---

<sup>14</sup>Postura oficial de la federación española de sociedades de sexología (FESS) sobre el matrimonio y la adopción por parejas homosexuales.

o madre. "Hay muchos padres que gestan sus hijos pero que no se convierten en padres, y hay madres que no gestan sus hijos y son madres perfectas. Todo niño debe ser adoptado, no sólo concebido". Respecto a la elección de la orientación sexual, explica que "Los hijos de parejas homosexuales sólo tienen una elección homosexual en un diez por ciento: la misma proporción que existe para los hijos de las parejas heterosexuales". Sobre sus vínculos sociales, el psicólogo indicó que no son los chicos los que inventan la discriminación, sino que son prejuicios impuestos desde los adultos y que la aceptación de este tipo de familias "puede implicar un gran crecimiento para la sociedad toda".

Las transformaciones de las familias actuales, la caída del pater familias, la nueva visión de la maternidad, así como el auge de las nuevas técnicas reproductivas, al poner en cuestión que la unión hombre-mujer sea un elemento esencial para la procreación, desafían el concepto de familia y parentalidad tradicional.

Si tomamos a la familia tradicional, basada en el poder paterno, como referencia de normalidad y portadora de las condiciones ideales de la organización psíquica, cualquier forma de paternidad que escape a ese modelo traería consigo perturbaciones psicosexuales. Sin embargo, no fue necesario esperar al psicoanálisis para saber lo lejos que está la familia tradicional de ser un modelo ideal. La práctica clínica es el mejor testigo de las fallas y equivocaciones en las relaciones familiares.

Desde el Derecho de Familia, tanto los que se muestran a favor como los que están en contra de habilitar la adopción conjunta por parte de parejas homosexuales, aseguran defender "los derechos superiores del niño", pues lo más importante es que el mismo esté a cargo de personas que le profesen estabilidad, amor y una correcta enseñanza .

### **1.3.2 Visión de la institución desde la perspectiva del Derecho Internacional. Referencia a legislaciones foráneas:**

Los países del mundo se han proyectado de manera diversa respecto a la regulación legal tanto del matrimonio como de la adopción homoparental. La consideración que recibe la homosexualidad, e incluso la definición legal de la misma, es sumamente variable en los diferentes marcos legales que se evalúen. Las diferencias de tratamiento legal que recibe la homosexualidad va desde un pleno amparo jurídico con una completa igualdad de derechos que condena los comportamientos homofóbicos (caso de Países Bajos, Bélgica o Noruega), hasta la condena bajo diferentes penas de los actos homosexuales (Marruecos, Arabia Saudí o Irán).

Los marcos legales establecidos en cada cultura y Estado respecto de la homosexualidad tienen ciertas correspondencias con el nivel de aprobación social con que las distintas poblaciones distinguen a los comportamientos homosexuales. Las legislaciones sobre la homosexualidad, por tanto, también guardan correspondencia con las distintas concepciones médicas, biológicas, religiosas, morales, políticas, sociológicas y de otras especies con que se define dinámicamente a la homosexualidad.

En la historia contemporánea de los países occidentales, los mayores cambios legales respecto de la homosexualidad se producen a partir de la década de 1970. El origen de estos cambios se encuentra en la lucha en defensa de las libertades civiles que se produce en Estados Unidos. La consecución de la igualdad, de derecho y de hecho, para las personas homosexuales se encuentra emparentada con otras exigencias igualitarias, como las luchas feministas o las luchas contra la discriminación racial.

La Organización de Naciones Unidas y la Unión Europea han establecido principios internacionales respecto de la homosexualidad, vinculantes para sus estados miembros. Este el caso de los Principios de Yogyakarta, que extienden explícitamente la Declaración Universal de los Derechos Humanos a las personas homosexuales, bisexuales, transexuales y transgénero.

En este sentido, se instituye en la misma la igualdad de derechos y libertades para toda persona sin distinción alguna (raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición). Asimismo en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.

No obstante, la lucha en defensa de la libertad sexual, reconocida esta en la mayoría de los países del mundo, precisamente por el papel que ha tenido la comunidad internacional respecto al tema, la problemática se suscita en cuanto a la formalización del matrimonio por estas parejas y aún más en cuanto a la posibilidad de adopción por personas de orientación sexual homosexual y parejas estables de la misma característica<sup>15</sup>.

La adopción por parte de parejas del mismo sexo es legal en catorce países <sup>16</sup>y en algunas jurisdicciones de otros tres<sup>17</sup>; además, es legal la adopción del hijo

---

<sup>15</sup>La homosexualidad ha sido despenalizada en los países occidentales, pero en la mayoría aún se les niega el derecho al matrimonio y la adopción.

<sup>16</sup>En lo que respecta a la regulación dentro del derecho civil, la adopción homoparental, es decir, adopción conjunta por parte de parejas del mismo sexo es legal en los siguientes países: Andorra (2005), Argentina (2010), Bélgica (2006), Brasil (2010), Canadá (1999 en adelante, y dependiendo de la provincia), Dinamarca (2010), Islandia (2006), Países Bajos (2001), Noruega (2009), Sudáfrica (2002), España (2005), Suecia (2002), Reino Unido: Inglaterra y Gales (2005), Escocia (2009), e Irlanda del Norte (incierto), Uruguay (2009), Francia (2013).

<sup>17</sup>La adopción conjunta por parte de parejas del mismo sexo es legal en las siguientes jurisdicciones: Australia: Australia Occidental (2002), Territorio de la Capital (2004), y Nueva Gales del Sur (2010); México: Ciudad de México (2010) y Coahuila, Estados Unidos; Distrito de Columbia (1995), New Jersey (1998), Nueva York (2002), Indiana (2006), Maine (2007), California, Connecticut, Illinois, Massachusetts, Oregón, Vermont, Florida y el territorio no incorporado de Guam.

del cónyuge en otros cinco. En algunos países<sup>18</sup> la adopción del hijo del cónyuge está permitida, por lo que el cónyuge puede adoptar al hijo biológico, o incluso adoptivo, de su pareja. Sin embargo, no es reconocida en la mayor parte de los países, aunque en algunos se debate permitirla.

A continuación se muestra una breve referencia sobre el tratamiento que recibe la adopción homoparental en algunos países que considero son de necesaria observancia para comprender la regulación de la institución en cuestión en legislaciones foráneas:

### **Argentina**

En Argentina la ley permite la adopción por una persona, sin referencia alguna a la identidad o preferencia sexual del adoptante. Tras la modificación del Código Civil el 15 de julio de 2010 se permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, otorgándoles así el derecho de adoptar conjuntamente, con los mismos requisitos que ya existían para los matrimonios entre personas de distinto sexo. El sistema argentino establece la adopción “ unipersonal” , es decir que una sola persona adopta a otra, así lo establece el Artículo 312 del Código Civil cuando expresa: “ Nadie puede ser adoptado por más de una persona simultáneamente...” .

La orientación sexual de las personas no resulta ser un requisito para adoptar, es decir, que las exigencias para ser adoptantes son tener más de 30 años de edad, una residencia mínima de 5 años en el país antes de la solicitud de guarda, no ser ascendente, ni hermano o medio hermano, y estar inscripto en el Registro de Aspirantes a guardas con fines adoptivos. Es decir, que la adopción por personas homosexuales no está prohibida en su normativa, lo que no está permitido es la adopción conjunta por personas unidas de hecho ya sean heterosexuales u homosexuales. Por ende, la adopción como principio es unipersonal, la excepción a este principio se pone de manifiesto cuando los

---

<sup>18</sup>Finlandia (2009), Alemania (2004), Groenlandia (2009), Israel (2005) (Israel permitió la adopción en el extranjero y la adopción conjunta completa en varios casos), Eslovenia (2011).

pretensos adoptantes estén unidos en matrimonio, en este caso deberán hacerlo en forma conjunta. No existe un requisito referente a la orientación sexual del pretense adoptante, si bien el Artículo 317 c) del Código Civil dispone que se deja en cabeza del magistrado el estudio de las condiciones personales del que pretende la guarda con fines adoptivos de un niño, lo cual tendrá que ser evaluado a la luz de la conveniencia de la adopción para el niño, principio rector en este tema. La ley 26.618, al permitir el matrimonio por personas del mismo sexo, conlleva a que si alguno de los cónyuges desea adoptar deberán hacerlo en forma conjunta, adecuándose a lo establecido en el artículo 320 del Código Civil.

### **Canadá**

En Canadá la adopción se encuentra regulada por la jurisdicción provincial o territorial, por lo que las leyes pueden variar de una provincia o territorio a otro. La adopción por parejas del mismo sexo es legal en todas las provincias y territorios.

### **España**

En España se contempla la adopción homoparental desde la regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo. Se le reconoce que fue el primer país que estableció la igualdad total en lo relativo a la adopción y matrimonio para las parejas del mismo sexo, puesto que cuando entró en vigor la ley española del 3 de julio de 2005, la legislación holandesa no contemplaba la posibilidad de que las parejas homosexuales adoptasen niños extranjeros y la belga aún no admitía la adopción por parte de matrimonios homosexuales.

### **Israel**

El 11 de febrero de 2008 Israel se convirtió en el primer país de Asia en autorizar la adopción homoparental. Los homosexuales no sólo están autorizados a adoptar a los hijos biológicos de su pareja, sino también a adoptar otros niños.

### **México**

Desde diciembre del 2009, se permite la adopción a parejas homosexuales en la Ciudad de México. Fue el Distrito Federal, el primero en el país en autorizar la adopción a homosexuales, lo cual provocó rechazo por parte de la Iglesia Católica y ha sido impugnado sin éxito por el Partido Acción Nacional, en cuya impugnación ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación se elevó a rango federal el reconocimiento y derechos de los que en el Distrito Federal adopten a un infante o infantes. En el Distrito Federal y otros estados de la república mexicana la población menor de 35 años se ha manifestado a favor de la medida, mientras el rechazo, generalmente por cuestiones religiosas se incrementa con la edad. El 18 de agosto del 2010 el Supremo Tribunal resolvió que las parejas homosexuales tienen el mismo derecho de poder adoptar a un menor en la Ciudad de México.

### **Sudáfrica**

Sudáfrica es el único país africano que permite la adopción conjunta a las parejas del mismo sexo. la Ley de la Infancia de 2005 permite la adopción conjunta, ya sea por parejas de distinto o mismo sexo, o del hijo del cónyuge. El matrimonio entre personas del mismo sexo es legal desde 2006, y es equivalente al matrimonio entre personas de sexo opuesto para todos los efectos, incluida la adopción.

### **Uruguay**

A principios del año 2009 se aprobó el proyecto, que es parte de una modificación al Código de la Niñez y la Adolescencia, que habilitó a parejas con cuatro años de unión civil o concubinato -incluidas las homosexuales- a solicitar un menor en adopción. La ley fue promulgada por el Poder Ejecutivo en octubre de 2009, siendo Uruguay el primer país de América Latina en abrir las adopciones a las parejas homosexuales. En noviembre del 2012 comenzó en el Congreso el debate acerca de la posibilidad de abrir el matrimonio a las parejas homosexuales, siendo aprobado en abril de 2013 otorgando idénticos derechos en materia de adopción y reproducción asistida a las parejas de igual y distinto sexo.

## **Capítulo 2: Un nuevo horizonte a las puertas de nuestra legislación:**

### **2.1 Especial referencia a la institución del matrimonio en la legislación cubana. Su regulación como premisa para la adopción.**

Teniendo en cuenta el tema central que nos ocupa en esta investigación, que es la adopción por parte de una familia homoparental, se impone hacer alusión a la regulación que brinda la legislación cubana sobre la institución del matrimonio, que aparece como premisa en nuestra normativa para poder llevar a cabo la tramitación que implica adoptar a un menor de edad. Es latente el desamparo jurídico que azota a cientos de personas homosexuales en nuestros días, producto del vacío legislativo que sucumbe a nuestro ordenamiento legal en cuanto al tema de las uniones de parejas homosexuales.

En este sentido, debemos comenzar haciendo referencia a preceptos constitucionales que son piezas claves para el análisis que se propone, así como al Código de Familia en lo referente a las instituciones en cuestión. En primer lugar es válido hacer mención al artículo 36 de la Carta Magna, que define al matrimonio como la unión voluntariamente concertada de un hombre y una mujer con aptitud legal para ello, con el fin de hacer vida en común<sup>19</sup>, texto que es copia exacta del artículo 2 del Código de Familia vigente. A partir de la letra de ambos artículos nos damos cuenta de que solo es reconocido el matrimonio entre personas heterosexuales, no dando esta posibilidad a personas de un mismo sexo. De este modo, se puede afirmar que en la actualidad cubana existe una ausencia total de legislación que reconozca y proteja a la familia homosexual.

A partir de ello debemos decir que la familia, en sentido general, es la instancia mediadora entre el individuo y la estructura social. Todas las definiciones al

---

<sup>19</sup> ARTÍCULO 36: El matrimonio es la unión voluntariamente concertada de un hombre y una mujer con aptitud legal para ello, a fin de hacer vida en común. Descansa en la igualdad absoluta de derechos y deberes de los cónyuges, los que deben atender al mantenimiento del hogar y a la formación integral de los hijos mediante el esfuerzo común, de modo que este resulte compatible con el desarrollo de las actividades sociales de ambos.

La ley regula la formalización, reconocimiento y disolución del matrimonio, y los derechos y obligaciones que de dichos actos se derivan.

respecto coinciden en considerarla como la “célula fundamental de la sociedad”, que a pesar de los cambios que ha experimentado, continúa siendo funcional para los individuos que la forman, transmisora de valores y actitudes positivas. Esa es precisamente la piedra angular que caracteriza la existencia de la familia: las funciones que cumple, más allá de su extensión, composición u orientación sexual de sus miembros.<sup>20</sup>

Aún conociendo que entre las funciones más básicas de la familia se encuentra la biológica o reproductora, no es menos cierto que en nuestros días dada la heterogeneidad familiar que existe en la sociedad y gracias también al desarrollo científico- tecnológico alcanzado que ha posibilitado nuevas vías reproductivas más allá de las naturales, se puede hablar de una concepción de familia que pase por alto o sea no contentiva de esta función.

No constituye un secreto que la pareja homosexual tendría limitaciones lógicas en el ejercicio de la función biológico- reproductora, pero lo mismo sucede con las parejas heterosexuales que no pueden tener hijos y a pesar de esta peculiaridad nunca han sido rechazadas dentro la concepción de familia. Sobre esa base, la ley debe reconocer, en igualdad de condiciones, a todas las formas de amor conyugal y con ello a todas las modalidades de familia, incluida la que conforman las parejas del mismo sexo.

La familia homosexual puede ser definida de muchas maneras, nosotros proponemos una aproximación jurídica que la entienda como la unión voluntaria de dos personas del mismo sexo, con propósitos de convivencia singular y estable (con todas las consecuencias que esto pueda implicar en el plano legal, económico y afectivo), que pueden incluir o no la tenencia de hijos mediante cualquiera de los procedimientos posibles, la adopción, o la guarda y cuidado de hijos anteriores.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> Roselló Manzano, Rafael. “Reflexiones sobre la protección jurídica de la pareja homosexual como modelo familiar: presente y perspectivas en Cuba.” Ponencia presentada en la III Conferencia Internacional “Mujer, Género y Derecho”, mayo 2010.

<sup>21</sup> *Ibíd*em

Sin embargo, al margen de este reconocimiento desde un punto de vista material, es incuestionable que la regulación del matrimonio homosexual y a su vez el hecho de darle un tratamiento jurídico a las uniones homoparentales que las legitime como familia en una ley ordinaria, sería inconstitucional a la luz de lo que establece el ya mencionado artículo 36 de la Constitución, que recoge taxativamente la posibilidad de contraer matrimonio solamente entre personas de diferente sexo.

Es por ello que se impone la necesidad de referirnos a un principio elemental para el Derecho y que además se encuentra recogido en nuestra Ley de Leyes en los Artículos 41 y 42<sup>22</sup>: la igualdad. A partir de la letra de estos artículos y en especial teniendo en cuenta la proscripción que hace el legislador a cualquier discriminación lesiva a la dignidad humana, es evidente que, aún y cuando tal vez no fue el animus legislatoris reprimir la discriminación por razón de orientación sexual, el texto normativo presenta una formulación amplia que permite encausarla como una forma más de lacerar esa dignidad humana a la que alude el creador de la norma. Por tanto, partiendo de este análisis, así como de la trascendencia que el respeto al principio de igualdad tiene en cualquier sistema jurídico, consideramos que los artículos 36 de la Constitución y 2 del Código de Familia, que definen el matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer, son violatorios de dicho principio y por ende, representan un supuesto de discriminación.

Por otra parte, el profesor Roselló Manzano hace alusión también al artículo 35 de la Constitución, afirmando que al disponer la protección estatal para “la familia, la maternidad y el matrimonio”, la enumeración de sustantivos, separada por comas, indica que sin dudas se protege a la familia en general como “célula fundamental de la sociedad” y no solamente a la familia fundada en el matrimonio y alega que aunque el texto constitucional, después de la reforma de 1992, privilegia la función educativa de la familia cuando expresa

---

<sup>22</sup> ARTÍCULO 41: Todos los ciudadanos gozan de iguales derechos y están sujetos a iguales deberes.

ARTÍCULO 42: La discriminación por motivo de raza, color de la piel, sexo, origen nacional, creencias religiosas y cualquier otra lesiva a la dignidad humana está proscrita y es sancionada por la ley. Las instituciones del Estado educan a todos, desde la más temprana edad, en el principio de la igualdad de los seres humanos.

que el Estado le atribuye “responsabilidades y funciones esenciales en la educación de las nuevas generaciones”, no es correcto pensar que esto excluya a las familias homosexuales, las cuales están perfectamente capacitadas para dicha función, aunque no puedan procrear a través de los métodos tradicionales, pues la función educativa no se ejerce solo respecto de los hijos, amén de que la pareja homosexual puede convivir con hijos de anteriores matrimonios.<sup>23</sup>

Es importante recordar que el más sublime fin de las normas jurídicas, a través de las cuales se encausa el Derecho, es regular y así proteger las más trascendentales relaciones sociales, las que por su connotación y relevancia es necesario que cuenten con un tratamiento legal a partir de su positivización en el ordenamiento jurídico. Cuando relaciones sociales dignas de protección quedan fuera de la ratio de la norma, en la materia de que se trate, se hace evidente que el Derecho no está siendo lo suficientemente consecuente con ese determinado fenómeno social, y por ende, la normativa logra poca o ninguna eficacia, quedando desprotegido un grupo importante de esas relaciones que se desarrollan en la sociedad, produciendo efectos, formando consecuencias, creciendo cada vez más y así, anhelando que el Derecho las reconozca y proteja.

Partiendo de ello, propongo las siguientes interrogantes: ¿La relación singular y estable de una pareja homosexual no constituye una relación social con trascendencia jurídica? ¿Es esa unión singular y estable menos importante que la que mantiene una pareja heterosexual? ¿Si dos principios constitucionales supremos son la igualdad y la justicia, sería descabellado darle un tratamiento legal equitativo a las relaciones sociales que desarrollan las parejas homosexuales? Llamo a la reflexión al respecto, teniendo en cuenta, además, que la Constitución Cubana en su artículo 9 inciso a) establece que el Estado es garante de la dignidad plena del hombre, del disfrute de sus derechos y del

---

<sup>23</sup> Roselló Manzano, Rafael. “Reflexiones sobre la protección jurídica de la pareja homosexual como modelo familiar: presente y perspectivas en Cuba.” Ponencia presentada en la III Conferencia Internacional “Mujer, Género y Derecho”, mayo 2010.

desarrollo integral de su personalidad. Por tanto, a tenor de los planteamientos realizados y en virtud de los principios que refrenda nuestra Carta Magna, queda claro que las parejas homosexuales constitutivas de familia deben ser protegidas y el Estado debe asegurar dicha protección a través de diferentes vías, siendo una de las más importantes su reconocimiento y la concesión para ellas de efectos jurídicos derivados de su relación, pues de lo contrario, no solo nos enfrentamos a un vacío normativo de trascendencia, sino también a una actitud estatal desatinada en detrimento de dichas familias y contraria al mandato constitucional de velar por los intereses de todos los ciudadanos.

## **2.2 La adopción homoparental en el Sistema Jurídico Cubano:**

Como ya habíamos señalado, nuestro Código de Familia en su artículo 2 ofrece una definición de matrimonio, que es la unión voluntariamente concertada de un hombre y una mujer con aptitud legal para ello, a fin de hacer vida en común. A partir de este precepto se hace notorio que solo es reconocido el matrimonio entre personas heterosexuales, no dando la posibilidad de que personas de un mismo sexo puedan unirse en matrimonio. Consecuentemente, en el Capítulo III de este Código, referente a la adopción, tampoco se da cabida a la posibilidad de que una pareja de homosexuales adopte a un menor de edad, ya que los trámites para ello deben realizarlos los cónyuges conjuntamente, como establece el artículo 101.<sup>24</sup>

Es decir, solo se podrá llevar a cabo la adopción si se está dentro de una relación matrimonial formalizada, de otra manera la ley es clara en que no sería posible. Entonces, las parejas homosexuales, cuyas posibilidades de contraer matrimonio están vetadas en nuestro ordenamiento jurídico, tampoco podrán adoptar.

---

<sup>24</sup> **ARTICULO 101.** Los cónyuges realizarán la adopción conjuntamente. No obstante, uno de los cónyuges podrá adoptar al hijo del otro, si el padre o madre del menor que se pretende adoptar consintiera, hubiera fallecido, hubiera sido privado de la patria potestad o fuera desconocido.

Excepto por cónyuges, nadie podrá ser adoptado por más de una persona.

El punto cardinal de esta cuestión se encuentra en resaltar la necesidad de transformar los mencionados preceptos, de manera tal que sean más inclusivos y analizar cuál es el punto de vista preponderante en la sociedad cubana con respecto al fenómeno y su regulación jurídica. Las preocupaciones de un alto porcentaje de la población versan sobre el carácter disfuncional que puede adoptar la formación y educación de los menores que se encuentren en el seno de una familia homoparental. Al respecto propongo el planteamiento de las siguientes preguntas: ¿Acaso todas las familias heterosexuales son funcionales? ¿Será la orientación sexual de los padres el medidor e indicador de la funcionalidad de una familia?

Es una verdad irrefutable que existen muchísimas familias de padres y madres heterosexuales en la sociedad cubana y en las diversas sociedades del mundo, que son totalmente disfuncionales; se ve a diario en los Tribunales casos de niños que son víctimas de violencia, tanto moral y psicológica, como física; niños cuyos padres ejercen profesiones deshonorosas y ellos perciben ese ejemplo de actitudes abominables; niños que son abusados, maltratados y que merecen una oportunidad de tener una vida decorosa, una educación adecuada y que en definitivas cuentas, merecen ser felices.

Por otra parte, el modelo de padre y madre como norma es limitado. En otras culturas existen modos diferentes de crianza.<sup>25</sup> Además, la división de roles MASCULINO/FEMENINO está atravesando también transformaciones importantes en nuestra sociedad. Hay diferentes factores que están contribuyendo paulatinamente a cambios profundos en los clásicos modos de crianza, entre los que se pueden mencionar: la incorporación de la mujer, de modo cada vez más permanente, a la vida laboral y profesional; la mayor autonomía e independencia de la mujer, así como su lucha contra la sumisión, lo que rompe con concepciones discriminadoras típicas de la sociedad machista y por último, los significativos cambios tecnológicos que permiten y fomentan la participación del hombre en la crianza de los hijos a través de diferentes mecanismos, como la leche artificial o los pañales y otros como las lavadoras, aspiradores y microondas, que le facilitan el trabajo doméstico.

---

<sup>25</sup> Actualmente en África muchos niños son criados por sus hermanos mayores.

De este modo, muchos hombres y mujeres sin pareja o en su papel de tíos/as, abuelos/as, hermanos/as ejercen en nuestra sociedad la maternidad y la paternidad y nadie se atrevería a verlo como algo inaceptable, aun y cuando esto no responde al modelo familiar clásico que constituye la madre y el padre biológicos junto a los hijos. Nadie diría que estos modelos atípicos de crianza van en detrimento del correcto desarrollo y educación del menor o que influyen en su calidad de vida y armonía familiar, a no ser en casos muy puntuales dadas las peculiaridades de cada familia y los valores que en sus hogares se profesen.

Claramente son prejuicios heterosexistas los que subyacen bajo las creencias de que la crianza de los niños en el seno de familias homoparentales influye negativamente en su educación, personalidad y otros factores relativos al menor, más aun cuando ya hemos señalado que los estudios e investigaciones científicas realizados, concluyen que no existen diferencias significativas entre la situación de los pequeños criados por parejas hetero u homosexuales.

El debate, ciertamente hipócrita, no está tanto en lo que ocurre, sino en su legitimación; esto es, en dar valor social, garantías y derechos a una parte de nuestra realidad. El pensamiento y las instituciones más conservadoras se han hecho expertas en negar esta verdad muchas veces no deseada e incluso temida por algunos, aun más cuando les afecta directamente en su propia historia, condenándola a la marginalidad o al olvido. Por ello, no toleran que esa realidad se haga visible, participe del espacio público y, peor aún, se convierta en cuerpo legal.

La homosexualidad no es óbice para formar una familia respetable. No es una elección que menoscabe los buenos principios, no es un factor que genere comportamientos que merezcan ser reprimidos. Es simplemente la manifestación de una libertad más que posee el ser humano, que es decidir plenamente sobre su sexualidad sin represiones, ataduras y sin discriminación.

La adopción, por su parte, debe verse como un instrumento para lograr la protección infantil, como una forma de ayudar a niños y niñas que no han tenido familia propia o que por diversas razones ya no la tienen y se encuentran en los centros de protección que ofrece el Estado Cubano a

menores que se hallan en esta situación, siendo estos los hogares para niños que carecen de amparo filial. No es menos cierto que estos centros realizan una labor increíble y que cuentan con el apoyo de brigadas de trabajo, dentro de las que destacan los trabajadores sociales. Sin embargo, por muy positiva que sea la actividad que se lleva a cabo en estas instituciones, no se puede pasar por alto que nunca representa para el menor lo mismo que ser acogido en seno de una familia, donde reine el espíritu afectivo y se le profese amor hogareño.

El superior derecho de estos niños es tener un espacio familiar en el que puedan recibir la ayuda y atención que necesitan para superar problemas de antaño y al mismo tiempo, establecer una relación de apego que les permita desarrollarse y conformar una estructura personal integrada. Lo que van a esperar, y de alguna forma también pedirán a su nueva familia, es que les quieran de forma incondicional, les ayuden a reconciliarse con su pasado y a tener confianza con el presente. Por eso, tienen derecho a esperar de la legalidad, del Estado y de los servicios de protección infantil que logren garantizárselo, no que proyecten en una institución que a ellos se debe, prejuicios morales que ya deben ser superados.

Por supuesto que no estamos hablando de una tramitación carente de seriedad. La ley debe reconocer en igualdad de condiciones a todas las formas de amor conyugal y a todas las modalidades familiares y no debe excluir, a priori, a ninguna de ellas porque estaría vetándoles ab initio de la posibilidad de llevar a cabo el proceso adoptivo, pero naturalmente, la Administración competente debe examinar con el mayor rigor posible toda solicitud de adopción antes de concederla, y debe velar en todo momento por el interés y derechos del menor adoptado.<sup>26</sup>

Hoy, en pleno siglo XXI, muchos somos conscientes de la necesidad de ir instaurando paulatinamente un proceso inclusivo, con un respaldo legal que permita a nuestro país superar una barrera que afecta a sectores considerables de la sociedad. Somos una nación que defiende valores heredados de una

---

<sup>26</sup> Jornada sobre "Sexualidad y Adopción" realizada por el Colegio Oficial de Psicólogos de Bizkaia. España. 22 de Junio del 2015.

doctrina marxista-leninista, a partir de la cual el orden jurídico responde al momento histórico y a la lucha de clases. Hemos superado carencias culturales, religiosas y políticas en diferentes esferas, lo que nos ha convertido en un pueblo más fuerte, unido y preparado. Se impone ahora la tarea de seguir transformando aquello que nos limita. Como dijo nuestro Comandante en Jefe Fidel Castro Ruz, “Revolución es cambiar todo lo que debe ser cambiado”.

## **Conclusiones:**

- La adopción como institución jurídica, ha tenido diferente tratamiento jurídico a través de la historia, llegando a nuestros días como una institución en la que intervienen de manera especial los poderes públicos con el principal objetivo de satisfacer los intereses de niños carentes de amparo filial, lo cual la ha convertido en una figura jurídica eminentemente social.
- La adopción como institución del Derecho de Familia dentro de la relación filial, es acogida en nuestro ordenamiento jurídico en su forma plena y en las legislaciones foráneas de forma plena o semiplena, atendiendo a las características de cada país y con el principal objetivo de defender el interés superior del menor adoptado, rompiendo el carácter discriminatorio que se produce en ocasiones, entre hijos adoptivos e hijos consanguíneos.
- La homosexualidad no es óbice para formar una familia respetable. No va en detrimento de los buenos principios, no es una conducta que deba reprimirse. Constituye una libertad más del ser humano, que le permite decidir plenamente sobre su sexualidad sin ser discriminado.
- La adopción homoparental constituye una vía idónea para darle un hogar a los menores que carecen de amparo filial y a la vez satisfacer el deseo de esas personas que por lógicas razones, tienen limitaciones en el ejercicio de la función biológico- reproductora, pero cuentan con aptitudes para desempeñar con gran decoro, el trascendental papel que representa ser padre y madre.
- La adopción de menores por parejas homosexuales no repercute negativamente en la crianza, formación y educación de los mismos, pues años de investigación científica documentan que las familias homoparentales son tan capaces como las heterosexuales para desempeñar dicha labor y los resultados hasta el momento son satisfactorios con respecto a la adaptabilidad de los niños y su adecuado crecimiento.
- Las legislaciones del mundo no le dan un tratamiento homogéneo al matrimonio y la adopción en personas homosexuales. La consideración que recibe la homosexualidad e incluso la definición legal de la misma, es sumamente variable en los diferentes marcos legales que se evalúen. Las diferencias en cuanto al reconocimiento legal que se le da al fenómeno, transcurren desde un pleno amparo jurídico con una completa igualdad de

derechos que castiga los comportamientos homofóbicos, hasta la condena bajo diferentes penas de los actos homosexuales.

- El matrimonio para parejas homosexuales, se encuentra vetado en el ordenamiento jurídico cubano, pues la ley establece que solo pueden contraer matrimonio las parejas heterosexuales. Al mismo tiempo solo pueden adoptar los cónyuges conjuntamente, de manera que las parejas homosexuales al no poder contraer matrimonio, consecuentemente tampoco tienen permitido adoptar.
- Teniendo en cuenta principios fundamentales que consagra la Constitución Cubana en materia de igualdad y justicia, se impone atemperar las normas de acuerdo a las condiciones actuales y a la realidad imperante y ajustar los preceptos que regulan la adopción y el matrimonio, de manera que sean inclusivos de los derechos que corresponden, en este sentido, a las personas homosexuales, pues de lo contrario se está incurriendo en un supuesto de discriminación y de lesión a la dignidad humana.
- La adopción constituye un instrumento para lograr la protección infantil, atendiendo siempre al interés superior del niño. Por tanto, es deber del Estado, con respaldo en la legalidad, habilitar todas las vías posibles para insertarlo en el hogar ideal, de manera que no proyecten en una institución que a los niños se debe, prejuicios morales de antaño, que ya en nuestros días deben ser superados.

## **Recomendaciones:**

A partir de la investigación realizada y teniendo en cuenta lo establecido en nuestro Ordenamiento Jurídico, proponemos que:

- Sin olvidar el camino que queda por recorrer y que la tarea de lograr un sistema jurídico más inclusivo y justo es ardua, es fundamental no claudicar y seguir luchando para lograr que la homosexualidad sea aceptada como una libertad más del ser humano y con ella sus lógicos efectos, que abarcan los derechos que le son inherentes, entre ellos contraer matrimonio y adoptar un niño. Pertenece a una sociedad machista, con una fuerte herencia patriarcal; conocemos nuestra realidad y a ella nos debemos, pero no podemos conformarnos.
- Teniendo en cuenta principios fundamentales que consagra la Constitución Cubana en materia de igualdad y justicia, se impone atemperar las normas de acuerdo a las condiciones actuales y a la realidad imperante, ajustando los preceptos que regulan la adopción y el matrimonio para evitar la discriminación. Entre las vías posibles pudiese estar: reformar el artículo 36 de la Constitución y el 2 del Código de Familia, de manera que se elimine el requisito de la diferencia de sexos para contraer matrimonio, lo cual estaría en consonancia con los contenidos de los artículos 9 a), 35, 41 y 42 de nuestra Ley de Leyes. Otra vía podría ser incluir un nuevo precepto, que le confiera respaldo jurídico a la unión entre homosexuales constitutiva de familia, como regulación paralela basada en la protección de la familia que consagra el artículo 35 de la Carta Magna, donde se le de a dicha unión un régimen legal con las mismas o similares consecuencias jurídicas que el matrimonio heterosexual, sin importar su nomen iuris, dentro de las cuales estaría el derecho a adoptar.

## **Bibliografía:**

### **Fuentes doctrinales:**

- Ceccarelli, Pablo Roberto. *Configuraciones edípicas contemporáneas: reflexiones sobre las nuevas formas de paternidad*. Revista de la Asociación peruana de psicoterapia psicoanalítica de niños y adolescentes, Lima, Perú, nº7, 2004.
- Estevez Brasa, Teresa M; Ana María Carrasco y Luis Méndez. "La adopción en el Código Civil, Ley 24.779". Depalma, Buenos Aires, 1997.
- Fernández Bulté, Julio, Delio Carreras Cuevas y Rosa María Yáñez, Manual de Derecho Romano, p.70.
- Fernández Guerra, Irma Reneé y Luis Lorenzo Palenzuela Páiz. *Consideraciones sobre la adopción extraterritorial de niños cubanos*. Digital.
- Fiorini, Leticia. *Reflexiones sobre la homoparentalidad en Homoparentalidades, nuevas familias*. Lugar Editorial, Buenos Aires.2009
- Gómez Treto, Raúl, "La adopción de hijos en el Derecho histórico, comparado, internacional y cubano y la protección a la niñez y la juventud", Revista Jurídica No 3, abril-junio 1984, año II, p. 95.
- Jaitin, Rosa (2007). *Homosexualidad, homoparentalidad, la cuestión del grupo. Capítulo 14 en Homoparentalidades, nuevas familias*. Lugar Editorial, Buenos Aires, Argentina.

- Kemelmajer de Carlucci, Aida y Pérez Gallado, Leonardo, Lineamientos generales sobre la adopción de niños desde una perspectiva comparada argentino – cubana, Martisa Herrera. Digital.
- Mesa Castillo, Olga, Temas de Derecho de Familia
- Pawelski JG, Perrin EC, Foy JM, The effects of marriage, civil union, and domestic partnership laws on the health and well-being of children, *Pediatrics*118, p. 349–640.
- *Revista Cubana de Derecho*, No. 20, julio- diciembre de 2002, La Habana, p. 30.
- Roselló Manzano, Rafael. “Reflexiones sobre la protección jurídica de la pareja homosexual como modelo familiar: presente y perspectivas en Cuba.” Ponencia presentada en la III Conferencia Internacional “Mujer, Género y Derecho”, mayo 2010.

### **Fuentes legales:**

- Constitución de la República de Cuba
- Ley No. 1289, Código de Familia Cubano de 1975.

### **Internet:**

- **CUBA: FAMILIA EN TIEMPO DE CAMBIO**, septiembre/2005, publicado en <http://www.cimacnoticias.com/noticias/05sep/s05092707.html>, consultado: 15/abril/2015.
- **DELGADO PERALTA**, Domingo, “Análisis de la evolución y situación de la familia”, 2006, publicado en [http://www.mercaba.org/FICHAS/Familia/analisis\\_de\\_la\\_evolucion\\_y\\_situa.htm](http://www.mercaba.org/FICHAS/Familia/analisis_de_la_evolucion_y_situa.htm), consultado: 21/marzo/2015.

- **GARCÍA CANTERO**, Gabriel, “Matrimonio y parejas de hecho”, 2000, publicado en <http://www.archimadrid.es/alfayome/menu/pasados/revistas/2000/jun2000/num219/Aqui/aqui3.htm>, consultado: 21/marzo/2015.
- **GÓMEZ OLMEDA**, M<sup>a</sup> Oliva, “Los derechos en las parejas de hecho”, 2003, publicado en <http://www.cea-online.es/noticias/autocea7.asp>, consultado: 18/abril/2015
- **GROSSMAN**, Joana, “Two states offer different legal paths on same-sex marriage”, 2003, publicado en <http://www.cnn.com/2003/Law/11/20/fl.grossman.samesex/index.html>, consultado: 23/abril /2015.
- “**LAS BODAS DE HOMOSEXUALES SERÁN REALIDAD A PRINCIPIOS DEL PRÓXIMO AÑO**”, España, 2004, publicado en <http://www.forofamilia.org/modules.php?name=Noticias&file=article&sid=91>, consultado: 23/abril /2015

