



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

**MATERNIDAD Y PATERNIDAD LGBTI: REALIDADES
EXCLUIDAS DE LA LEY DE ADOPCIÓN
UNA MIRADA DESDE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO
DISCRIMINACIÓN**

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES**

OSCAR GONZALO VILLASECA MOLINA

PROFESOR GUÍA
DOCTOR CLAUDIO NASH ROJAS

SANTIAGO DE CHILE
AGOSTO DE 2016

A mi madre, porque esta historia comenzó a escribirse en ella.

AGRADECIMIENTOS

Esta memoria de grado no hubiese sido posible sin el aporte de muchas personas que estuvieron presentes a lo largo de su proceso de construcción.

Ha sido un gran desafío, y por qué no decirlo, la concreción de un sueño, el poder realizar este trabajo que nace desde una inquietud personal y que por mucho tiempo fue sólo un proyecto, o una idea a desarrollar.

Mis agradecimientos a todas aquellas personas que de alguna u otra forma se hicieron presentes en el proceso de formación de esta memoria, y en especial a mis amigos que me impulsaron a concretar este proyecto, a mi familia por su incondicional apoyo y al profesor Claudio Nash por compartir este proceso con sus observaciones, conocimientos y gran disposición.

TABLA DE CONTENIDOS

RESUMEN.....	13
INTRODUCCIÓN.....	14
CAPÍTULO I: ESTATUTO LEGAL DE ADOPCIÓN EN CHILE Y EL DEBATE SOBRE PATERNIDAD Y MATERNIDAD LGBTI. NOCIONES GENERALES	20
1. Introducción.....	20
2. Primera parte: Nociones generales sobre adopción en Chile	21
2.1. La adopción en Chile antes de la entrada en vigencia de la ley 19.620	21
2.1.1. El pacto de familia	21
2.1.2. La adopción legitimante	22
2.1.3. Adopción simple y plena.....	23
2.2. La adopción en la ley 19.620	24
2.2.1. Antecedentes de la reforma de la ley 19.620.....	24
2.2.1.1. La Convención de Derechos del Niño	24
2.2.1.2. La reforma al estatuto de filiación	26
2.2.2. El régimen de adopción en la ley 19.620	26
2.2.3 Estructura de la Ley N°19.620.....	28
2.2.4. El reglamento de la ley de adopción.....	29
2.3. Características de la adopción	30
2.4. Principios informadores de la ley 19.620.	31
2.4.1. El principio de preferencia de la familia matrimonial	32
2.4.2. El principio del interés superior del niño.....	34
2.5. Concepto de adopción.....	36
2.6. Identificación del problema.....	37
3. Segunda Parte: La adopción homoparental ¿hacia dónde apunta el debate?	40
3.1. Análisis discursivo acerca de la maternidad/ paternidad- lésbica/gay adoptiva	42
3.2. ¿Hacia dónde debe apuntar el debate?	51

4. Conclusiones	55
------------------------------	-----------

CAPÍTULO II: PATERNIDAD GAY Y MATERNIDAD LÉSBICA, REALIDADES NO CONSIDERADAS EN LA LEY DE ADOPCIÓN..... 59

1. Introducción	59
------------------------------	-----------

2. Estatuto de adopción en Chile: la omisión de la paternidad gay y maternidad lesbica	61
---	-----------

2.1. La adopción conyugal.....	61
2.1.1. Requisitos exigidos por ley	63
2.1.2. Imposibilidad de adopción conjunta por parejas homosexuales	68
2.2. La adopción por persona individual.	71
2.2.1. Requisitos exigidos por ley	71
2.2.2. Crítica a su carácter excepcional	75
2.3. La adopción por integración.....	77
2.3.1. Requisitos exigidos por ley	79
2.3.2. La adopción del hijo por parte del padre o madre y su actual cónyuge.....	80
2.3.3. La situación del progenitor biológico no adoptante	81
2.3.4. Caso de adopción por los ascendientes del niño o niña.....	83

3. Cuestionamientos respecto a la idoneidad parental-marental de personas y parejas gay-lesbicas. ..	84
---	-----------

3.1. Parejas de hecho del mismo sexo y su situación legal	84
3.2. En cuanto a las motivaciones para adoptar	89
3.3. La idoneidad moral.....	96
3.3.1. ¿Qué sucede con las y los adoptantes individuales?	97
3.3.2. El caso de los hermanos colombianos.....	102
3.3.3. La Corte Constitucional de Colombia y el concepto de moral social.....	106
3.3.3.1. Sentencia C-814 de 2001	107
3.3.3.2. Sentencia C- 710 de 2012	112
3.3.3.3. Conclusiones parciales acerca de la jurisprudencia de la Corte Constitucional	116
3.3.4. Chile en cifras: porcentaje de adopciones realizadas por personas solteras	117

4. Los estudios científicos sobre paternidad y maternidad gay-lesbica: la discusión respecto a la idoneidad psicológica.....	118
---	------------

4.1.	¿Qué dicen los estudios?.....	121
4.1.1.	Críticas a los estudios sobre paternidad y maternidad gay	130
5.	Entre la inidoneidad y la discriminación: algunas conclusiones a desarrollar	132

CAPÍTULO III: IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN: ALGUNAS NOCIONES

GENERALES..... 137

1.	Introducción	137
2.	Igualdad y no discriminación: algunos enfoques teóricos	138
2.1.	Sujetos del principio de igualdad: estructuras, individuos, comportamientos	138
2.2.	La igualdad como categoría de análisis individual versus un enfoque estructural en el derecho	141
2.2.1.	FERRAJOLI y BOBBIO: igualdad, diferencia y naturaleza del prejuicio.....	141
2.2.2.	SABA y VILHENA: (Des)Igualdad estructural	146
3.	Normativa internacional	149
4.	Definición de discriminación	150
5.	Análisis de la definición de discriminación a la luz del caso particular de personas LGBTI que desean adoptar	151
6.	Conclusiones	157

CAPÍTULO IV. ADOPCIÓN POR PERSONAS Y PAREJAS LGBTI: UNA MIRADA

DESDE EL PRINCIPIO DE LA IGUALDAD Y LA NO DISCRIMINACIÓN..... 160

1.	Introducción	160
2.	PRIMERA PARTE: No discriminación, igualdad ante la ley y orientación sexual e identidad de género: ¿Qué han dicho los tribunales y organismos internacionales?	161
2.1.	Estándares de los tribunales y organismos internacionales	161
2.2.	Discriminación por orientación sexual. Algunas conclusiones	171
3.	SEGUNDA PARTE: Orientación sexual en el ámbito de la maternidad y paternidad LGBTI: análisis de	

jurisprudencia	173
3.1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos	173
3.1.2. Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal (1999)	173
3.1.3 Fretté vs. Francia (2002)	176
3.1.4. E.B. vs. Francia (2008)	184
3.1.5. Gas y Dubois vs. Francia (2012)	191
3.1.6. X y otros vs. Austria (2013)	196
3.1.7. Conclusiones parciales	204
3.2. Sistema Interamericano de Derechos Humanos	209
3.2.1 Caso Atala Riffo e hijas vs. Chile	209
3.2.2. Conclusiones parciales	214
3.3. Resoluciones de las Altas Cortes Latinoamericanas en el ámbito nacional	216
3.3.1. Corte Constitucional de Colombia	216
3.3.1.1. Sentencia T-290- 1995	216
3.3.1.2. Sentencia C- 814-2001	218
3.3.1.3. Sentencia T-276- 2012	222
3.3.1.4. Sentencia SU-617-14	225
3.3.2. Suprema Corte de Justicia de México	228
3.3.2.1. Acción de inconstitucionalidad 2/2010	228
3.3.3. Brasil	230
3.3.3.1. Tribunal Superior de Justicia Recurso N°889.852RS(2006/02091374)	230
3.3.4. Chile: El caso de Alexandra Benado y Alejandra Gallo	233
3.3.5. Conclusiones parciales	234
4. Conclusiones	238

CAPÍTULO V: DERECHO COMPARADO Y RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO DE CHILE..... 244

1. Introducción	244
2. Legislaciones en otros países	245
2.1. España	246
2.2. México	250

2.3. Argentina	252
3. Igualdad, no discriminación y orientación sexual en el ámbito interamericano	253
3.1. Generalidades.....	253
3.2. El Derecho a la vida privada.....	259
3.3. El derecho a establecer una familia y concepto de familia	261
4. Responsabilidad internacional del Estado de Chile ante la exclusión de parejas LGBTI de la ley de adopción	266
4.1. Solución propuesta, y aplicación del principio de proporcionalidad.....	266
4.2. La consagración del Derecho Internacional de Derechos Humanos en el ámbito interno	277
5. Conclusiones	282
CONCLUSIONES.....	287
BIBLIOGRAFÍA.....	293

RESUMEN

Según la encuesta nacional UDP (2010), sólo un 22,2 % de los encuestados opina que los homosexuales debiesen poder adoptar hijos, en tanto que un 54,1 % está de acuerdo con que la homosexualidad es una opción sexual tan válida como cualquier otra, denotando lo controversial que puede llegar a ser el debate sobre homoparentalidad.

La presente memoria, pretende analizar la relación entre la dificultad e imposibilidad de adoptar por personas y parejas LGBTI, respectivamente, y la discriminación estructural que históricamente ha afectado a este sector de la sociedad.

De acuerdo con este objetivo, se realizará un análisis de las principales instituciones de la ley de adopción N° 19. 620, a la luz del principio de igualdad y no discriminación, identificando cuáles obstan a la adopción, y visibilizando las distintas situaciones de desigualdad concreta que afecta a personas y parejas LGBTI (y eventualmente a sus hijos), en el marco de la discriminación por orientación sexual. Se hará un análisis del derecho internacional de derechos humanos y sus interpretaciones jurisprudenciales en materia de adopción homoparental, llevándolo al contexto de las obligaciones internacionales del Estado de Chile, con el objeto de proporcionar directrices sobre su responsabilidad internacional y de las soluciones legales existentes.

Cabe señalar que actualmente Chile tiene pendiente ante la Comisión Interamericana un caso en que dos madres lesbianas han sido discriminadas al no poder reconocer a sus hijos legalmente, de modo que el informe respectivo podría cambiar radicalmente los paradigmas existentes respecto a la materia.

INTRODUCCIÓN

Las personas lesbianas, gay, bisexuales, trans, e intersex (LGBTI) han estado históricamente sujetas a discriminación en distintos ámbitos de sus derechos, y son víctimas de violencia, persecución y abuso por motivo de su orientación sexual, expresión de género e identidad.

Este trato discriminatorio se manifiesta de múltiples formas: asesinatos, tortura, malos tratos, agresiones sexuales, detenciones arbitrarias, injerencias en la vida privada, denegación de empleo y oportunidades educativas -sólo por nombrar algunos ejemplos- y se hace presente tanto en la vida privada como pública.

La discriminación por motivo de orientación sexual – al igual que la discriminación por motivos de género o de raza, entre otras- tiene una raigambre sociocultural de alcances globales, pero con importantes matices entre una sociedad y otra.

En este sentido, los Estados y sociedades imponen a las personas normas relativas a la orientación sexual y la identidad de género, a través de sus costumbres y sus leyes, interviniendo en el modo en que las personas se autodeterminan y relacionan entre sí. Sin ir más allá, podemos mencionar la penalización de las relaciones homosexuales, que sólo a principio de la década de los ochenta comenzó a reconocerse como una forma de discriminación, pues, se consideraba (y se sigue considerando en muchos países) como delito de sodomía, lo que acarrea durísimas sanciones. En este mismo sentido, se discrimina a las personas LGBTI en situaciones concretas, como: no permitir su ingreso a las fuerzas armadas del Estado (o su expulsión por motivos de orientación sexual), la prohibición de realización de

manifestaciones y encuentros públicos con motivo de sus demandas legítimas (lo que ha sido muy común en países de Europa del este, por nombrar un ejemplo), o el no reconocimiento de sus derechos tanto en el ámbito patrimonial como extrapatrimonial, derivado, a su vez, del no reconocimiento de las parejas LGBTI como uniones afectivas que requieren de igual protección en ámbitos como la vivienda, la seguridad social, la salud y la sucesión por causa de muerte.

En todos estos casos, vemos que la acción u omisión del Estado y sus organismos –en distinto grado-, contribuye a perpetuar e institucionalizar las perspectivas sociales estereotípicas respecto de las personas LGBTI en el ámbito global de sus respectivas vidas, incluyendo el modo en que se relacionan con otras personas. La forma en que el Estado obstaculiza el desenvolvimiento pleno de los proyectos particulares de las personas LGBTI, obedece a los patrones socioculturales de sociedades heteronormativas que han permanecido relativamente constantes a lo largo de la historia.

La situación de desigualdad en que se encuentran las personas LGBTI, afecta principalmente la esfera de sus vidas privadas, también en aquellos casos en que a través de la legislación y su interpretación judicial, se impide que parejas del mismo sexo puedan concretar sus proyectos personales a efectos de formar una familia a través de las instituciones legales que el Estado establece: por ejemplo, contrayendo matrimonio, acogéndose a un pacto de unión civil, intentando reconocer de forma conjunta a sus hijos o adoptando niños o niñas.

La adopción en nuestro ordenamiento jurídico –en específico en la ley 19.620-, es establecida como una institución para protección de los niños y niñas que se encuentran en situación de desamparo, producto de que sus padres biológicos no han

podido o querido brindarles la familia que necesitan, siendo el interés superior de estos niños, el criterio formal que sirve para distinguir entre las distintas realidades familiares a efectos de concederles o no la adopción. En función de este criterio, además, la ley establece un sistema de preferencias, en donde la familia matrimonial es la única que puede adoptar de forma conjunta, y además, tiene prioridad a efectos de poder adoptar, respecto de las personas solteras. Por su parte, las parejas de hecho no pueden adoptar niños, de modo que la única forma en que una pareja pueda adoptar en calidad de tal, es a través de un matrimonio, lo que implica necesariamente dejar fuera de tal posibilidad a las parejas del mismo sexo, que en nuestro país no pueden casarse.

Ello se suma a la dificultad que enfrentan las personas LGBTI solteras al momento de adoptar, no porque la ley lo impida, sino, por la consideración de la orientación homosexual como un factor que incide en forma negativa respecto de su idoneidad como padres o madres. Esto evidencia, además, la existencia de prejuicios y estereotipos respecto a las personas LGBTI en personeros y funcionarios encargados de los procedimientos de calificación de idoneidad parental, cuyos informes constituyen un antecedente relevante a efectos de solicitar o no la adopción, y a su vez, para que ésta sea concedida.

Esta imposibilidad y obstaculización de la adopción, genera diversos problemas: en primer lugar, las personas y parejas LGBTI son discriminadas en razón de su orientación sexual a efectos de lograr la adopción de un niño o niña, lo que vulnera a su vez el derecho a la vida privada, dentro del cual queda comprendida la orientación sexual y la posibilidad de establecer relaciones de afecto y de familia con otras personas en función de tal orientación. En esta medida, la paternidad o maternidad

adoptiva, queda marginada de ser considerada como un proyecto de vida efectivo respecto de cualquier pareja o persona LGBTI.

En segundo lugar, vulnera derechos respecto de las personas LGBTI consideradas como familias, incluyendo en este concepto a parejas de hecho que con o sin hijos, han mantenido relaciones continuas de afecto y con proyecciones de vida en conjunto. Si bien, en el caso de las parejas del mismo sexo sin hijos, estas son consideradas como entidades familiares –así se ha reconocido recientemente en el ámbito del Derecho Internacional de Derechos Humanos-, la imposibilidad de adopción conjunta, implica el desconocimiento de una vía a través de la cuál estas familias podrían concretar sus proyectos en común de tener hijos o hijas.

Por su parte, las parejas del mismo sexo con hijos, configuran una realidad familiar innegable, principalmente por la existencia de relaciones filiativas que en los hechos ya se encuentran constituidas, por lo que en estos casos, no se debe hablar de la imposibilidad de ser padres o madres a través de la adopción –pues, ya existe paternidad o maternidad- sino, del no reconocimiento de los vínculos filiativos que padres o madres de orientación homosexual tienen con sus hijos por parte del ordenamiento jurídico estatal, debido a que la normativa sobre adopción y filiación, no permite que un niño tenga dos madres o dos padres. En este caso particular, el no reconocimiento de la doble paternidad o maternidad, afecta los derechos de los hijos de estos padres y madres en ámbitos como la educación, la salud y la seguridad social -entre otros- lo que significa innegablemente una vulneración al interés superior de estos hijos e hijas.

En este sentido, en el ámbito de las parejas –con o sin hijos-, argumentar que la imposibilidad de adoptar vulnera el derecho de éstas a constituir una familia puede ser

discutible, debido a que ya se encuentran constituidas como familia. Sin embargo, los efectos discriminatorios sobre el proyecto de vida personal y familiar que provoca la exclusión de la homoparentalidad en la ley de adopción, priva a las parejas LGBTI de constituir familias con hijos (o de que sus vínculos filiativos sean reconocidos legalmente) en circunstancias de que cualquier pareja de distinto sexo casada puede, al menos en abstracto, optar a dicha posibilidad a través de la adopción.

Desde esta perspectiva, la imposibilidad o dificultad de adoptar que afecta a parejas o personas LGBTI respectivamente, no sólo supone estereotipos respecto a éstas en razón de su orientación sexual, sino también, respecto a lo que se entiende por familia, primando un concepto de ella arraigado en el matrimonio entre personas de distinto sexo.

Como ya se ha indicado, ello conlleva vulneraciones al derecho de igualdad ante la ley y al derecho a la vida privada (con el amplio alcance ya señalado), consagrados en los artículos 24, 1.1 y 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Estas situaciones de desigualdad –como se ha señalado- plantean, además, cuestiones relevantes respecto al derecho de protección a la familia y de vulneración del derecho de medidas de protección a los niños por parte del Estado, consagrados en los artículos 17 y 19 de la Convención, respectivamente, lo que implica el incumplimiento por parte del Estado del deber de respeto y garantía de estos derechos.

En este orden de cosas, el Derecho Internacional de Derechos Humanos, aporta importantes herramientas que coadyuvan a encontrar soluciones en el ámbito jurídico, social y político, a efectos de subsanar situaciones de discriminación que afectan a personas LGBTI, tanto en el ámbito de los instrumentos internacionales -así por ejemplo, los Principios de Yogyakarta, que consagran una serie de disposiciones

contra la discriminación por orientación sexual y la identidad de género-, como a través de la interpretación que organismos y tribunales internacionales y regionales otorgan a la consagración de derechos en los pactos internacionales; como ha sucedido con la doctrina hoy consolidada sobre la orientación sexual como criterio prohibido de discriminación, comprendida en cláusulas generales como la de “otra condición social”; la consideración de la orientación sexual como un ámbito propio de la vida privada; o la constatación de que la familia es un concepto abierto en el cual se comprende también a las parejas del mismo sexo con o sin hijos.

Todas estas consideraciones han tenido cabida en el debate sobre adopción por parejas y personas LGBTI, al menos en el ámbito internacional, y en aquellos países que han legislado sobre el tema, bajo principios de interpretación dinámica y evolutiva de los derechos y de la democracia.

Bajo estas consideraciones, y con el objetivo de plantear una perspectiva sobre la paternidad y la maternidad que sea inclusiva de la realidad de las personas LGBTI, específicamente respecto de la ley de adopción –pero, no excluyente de otros ámbitos-, presentamos esta memoria de grado en donde se analiza la ley de adopción en Chile, indentificándose las concretas situaciones de desigualdad que afectan a personas y parejas LGBTI producto de su no consideración en ella, y a la luz de los criterios que el Derecho Internacional de Derechos Humanos ha asentado en relación a la orientación sexual y la familia, sosteniendo la responsabilidad internacional que compromete al Estado de Chile en función de sus obligaciones convencionales y de la evolución de un concepto de igualdad que inserta a las paternidades y maternidades LGBTI en el esquema general de discriminación estructural del que han sido objeto por años.

CAPÍTULO I: Estatuto legal de adopción en Chile y el debate sobre paternidad y maternidad LGBTI. Nociones generales

1. Introducción

El presente capítulo tiene como propósito mostrar un panorama general del estatuto legal de la adopción en Chile para efectos de dar cuenta de los conceptos más básicos de esta institución y que son necesarios al introducirse en el debate sobre la adopción homoparental, y así mismo, poder evidenciar qué aspectos de la actual legislación son los más cuestionables¹ a la hora de iniciar esta discusión. Para ello es relevante detenerse en los principios y discusiones que dieron lugar a la promulgación de la ley N° 19.620, y reflexionar sobre los conceptos que en ella se utilizan.

El capítulo finaliza con una segunda parte en donde se identifica un problema jurídico, a saber: la dificultad o imposibilidad de que las personas y parejas LGBTI, respectivamente, puedan adoptar, planteándose cómo tendría lugar un eventual debate sobre adopción homoparental en Chile, proponiendo además -según la experiencia comparada- el enfoque de una discusión que tenga como centro los derechos

¹ A este respecto, se abordará el tema de la paternidad gay y maternidad lésbica en relación a la adopción desde diferentes perspectivas, así, en el capítulo II de esta memoria, se analizará con profundidad los criterios de idoneidad moral e idoneidad psicológica, necesarios para efectos de acceder a la adopción de un niño o niña. Tales criterios han sido objeto de estudio tanto desde la psicología, como desde la sociología y el derecho, con un enfoque en la orientación sexual de los solicitantes de adopción. En el capítulo IV, a su vez, se abordará la paternidad/maternidad gay-lésbica desde el principio de igualdad y no discriminación, dentro un marco de discriminación estructural en razón de la orientación sexual.

humanos de las personas LGBTI, sus hijos y su reconocimiento como familias.

2. Primera parte: Nociones generales sobre adopción en Chile

2.1. La adopción en Chile antes de la entrada en vigencia de la ley 19.620 ²

2.1.1. El pacto de familia

La promulgación del Código Civil no trajo aparejada consigo la regulación del instituto de la adopción, ni en su texto legal ni por medio de otra ley. Algunas razones de esta ausencia de legislación pueden ser “el espíritu desfavorable que en la época se tenía hacia la adopción además del escaso o nulo arraigo que la institución había tenido en la legislación chilena”. ³

La primera ley de adopción N° 5.343 entró en vigencia en 1934, regulando lo que se denominaba como pacto de familia y que “no constituye estado civil ni rompe lazos con la familia originaria”. ⁴ Dicha ley presentó deficiencias, y se le reemplazó por la ley N° 7.613 de 1943. Esta ley permitía adoptar a “las personas naturales capaces, mayores de cuarenta años y menores de setenta, siempre que carecieren de descendencia legítima o tuvieran hijos mayores de edad que prestaren su

² Una síntesis histórica de la adopción en Chile aparece también en RAMOS, R. 2007. Derecho de Familia. Santiago de Chile, Editorial Jurídica, Sexta Edición. Pp. 479-485.

³ CORRAL, H. 2002. Adopción y filiación adoptiva. Santiago de Chile. Editorial Jurídica. p. 37

⁴ Ibid, p. 38.

consentimiento”.⁵ El adoptado podía ser cualquier persona mayor o menor de edad.

“La adopción sólo hacía nacer relaciones entre adoptado y adoptante. Pero el adoptado y sus descendientes podían tomar el o los apellidos de los adoptantes”⁶ y podía terminar por mutuo disenso de las partes, por sentencia judicial por ingratitud del adoptado o voluntad del adoptado mayor de edad, entre otras.

2.1.2. La adopción legitimante

El modelo de adopción legitimante fue establecido por la ley N° 16.346 de 1965.

El objeto de la legitimación adoptiva, según el artículo 1 de esta ley, era conceder el estado civil de hijo legítimo de los legitimantes adoptivos con sus mismos derechos y obligaciones.

Por su parte, “los adoptantes debían ser cónyuges con cinco años como mínimo de casados [...] por excepción se permitía la adopción en caso de viudez o disolución del matrimonio de los adoptantes por declaración de nulidad”.⁷

El adoptado debía ser menor de dieciocho años que estuviera en situación de desprotección (abandonado, huérfano, hijo de padres desconocidos). Se permitía también la adopción del hijo de uno de los cónyuges.⁸

⁵ Ibidem.

⁶ Ibidem.

⁷ Ibid, p. 40.

⁸ Ibid, p. 40.

2.1.3. Adopción simple y plena

En 1988 se promulga la ley N° 18.703. En ella se regula un modelo dual de adopción consistente en adopción simple -que no crea estado civil- y la adopción plena, que crea estado civil y que viene a sustituir la legitimación adoptiva.

“La adopción simple se establece como una forma de dar cauce jurídico y formalización a la custodia que parientes y terceros suelen hacer por iniciativa de un menor en situación irregular”.⁹ Se permite adoptar bajo esta modalidad a las personas mayores de edad que tengan una diferencia de edad mínima con el adoptado de quince años y no se acepta la adopción por más de una persona salvo que se trate de cónyuges.

“La adopción simple no modifica el estado civil ni la filiación anterior del adoptado y se trata de una situación transitoria, pues, se extingue por mayoría de edad del adoptado si la adopción no se convierte en plena”.¹⁰

Por su parte, la adopción plena replica la situación de la legitimación adoptiva pero, perfeccionando la normativa.

Hasta el año 1999 el sistema adoptivo contemplaba un modelo múltiple de adopciones.

Por una parte subsistía en total vigencia y con algunas modificaciones, la adopción común, de la ley N° 7.613 de 1943, aplicable a adoptados mayores y menores de edad

⁹ Ibid, p. 42.

¹⁰ Ibid, p. 43.

y que no constituía estado civil de hijo.

Luego, estaba el régimen de adopción exclusiva para menores de edad regulado por la ley N° 18.703 el que admitía un modelo dual: la adopción simple que no constituía estado civil filiativo y la adopción plena, que sólo se admitía a los cónyuges y que otorgaba al adoptado el estado civil de hijo legítimo.

Se regulaba también la adopción internacional, permitiendo que se otorgara de acuerdo a la ley personal de los adoptantes, controlando la idoneidad de estos y la ventaja de la adopción.

2.2. La adopción en la ley 19.620

2.2.1. Antecedentes de la reforma de la ley 19.620.

2.2.1.1. La Convención de Derechos del Niño

La Convención de Derechos del Niño entra en vigor en Chile en el año 1990, publicándose en el Diario Oficial el 27 de Septiembre del mismo año.¹¹

El artículo 20 de la Convención establece que los niños que sean temporal o permanentemente privados de su medio familiar; o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado (artículo 20.1), debiendo éste garantizar, de conformidad con la ley interna,

¹¹ La Convención establece en su artículo 1 que, “para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”. Convención sobre los derechos del Niño, Niña y Adolescente. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, 20 de noviembre de 1989. [En línea] <http://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_MNcdn.pdf> [Consulta: 6 marzo 2015].

otros tipos de cuidado para esos niños (artículo 20.2).

Entre esos otros tipos de cuidados, diversos al medio familiar, está entre otros: la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción, o de ser necesaria la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores (artículo 20.3). De este modo, “la adopción aparece en la Convención como una institución que se justifica, no en el interés de los adoptantes, sino por sobre todo en el interés y la necesidad de protección y asistencia del niño. La adopción no es la única forma de protección ni la que se considera prioritaria”.¹²

Por su parte, el artículo 21 de la Convención reglamenta directamente la adopción para los Estados que permiten o reconocen un sistema adoptivo.

Se establece que los Estados que consagran la adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial, y velarán porque la adopción sea sólo autorizada por autoridades competentes, las que determinarán “que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario” (artículo 21. a).

La Convención obliga a los Estados a reconocer la adopción internacional como otro medio de cuidar al niño, pero sólo en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen (artículo 21 b). Los Estados en estos casos deben velar porque el niño adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen (artículo

¹² Ibid, p. 46.

21.c) y adoptar medidas para evitar que las adopciones internacionales sean ocasión de beneficios financieros indebidos para los que participan en ellas.

Otras normas de la Convención que son importantes a efectos de la adopción son el interés superior del niño (artículo 3), el deber del Estado de respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley y sin injerencias ilícitas (artículo 8) y el reconocimiento del derecho del niño en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos (artículo 7).

2.2.1.2. La reforma al estatuto de filiación

El proyecto inicial de la ley de adopción se presenta en forma conjunta con el proyecto que modificaba el Código Civil en materia de filiación y que daría lugar a la reforma de la ley N° 19.585 de 1998, en este sentido, “la aprobación de la ley de filiación motivó que el Poder Ejecutivo preparara un nuevo proyecto de adopción que, fundándose en la igualdad de derechos de los hijos biológicos consagrada por la reforma de la ley N° 19.585, reemplazara el modelo múltiple en un esquema de adopción única y siempre filiativa”.¹³

2.2.2. El régimen de adopción en la ley 19.620

La ley N° 19.620 se promulga el 26 de julio de 1999 y se publicó en el Diario Oficial

¹³ CORRAL, H. Op. Cit., p. 49.

el 5 de agosto del mismo año.

Según el profesor CORRAL las cuestiones de fondo que más se debatieron en el último trámite de la ley ante la Comisión de Constitución del Senado (Informe de 21 de octubre de 1998) y ante la Comisión Mixta de Senadores y Diputados (Informe de 1 de junio de 1999) fueron las siguientes: a) Adopción por personas solteras: se discutió si debía o no aceptarse la adopción por personas solteras y si esta adopción era plural o singular; b) Inicio del trámite antes del nacimiento del adoptado; c) La acreditación de los organismos privados ante el Servicio Nacional de Menores: se discutió la forma en que debían ser autorizados por el Estado los organismos privados para intervenir en los procedimientos de adopción; d) La preferencia de adoptantes residentes: hubo discrepancias sobre si debía o no otorgarse preferencia a los matrimonios chilenos por sobre los extranjeros.

La ley por su parte, establece un solo tipo de adopción, derogando la ley N° 7.613 y la ley N° 18.703. Se suprime la adopción simple.

La adopción única, corresponde a la forma de adopción plena, es decir, aquella que finge que el adoptado es hijo del adoptante y que solo se aceptaba para menores de edad. A este respecto el profesor CORRAL agrega que: “[...] se ha quebrantado el principio de que la adopción plena era para dotar al hijo de una familia compuesta de figura paterna y materna unidos en matrimonio para dar paso a la adopción por parte de personas singulares viudas o solteras”,¹⁴ dando cuenta de la perspectiva tradicional que en esta memoria se critica.

Se innova además en el procedimiento, pues, se separan las gestiones para

¹⁴ Ibid, p. 53.

declaración de susceptibilidad del niño o niña de ser adoptado del proceso mismo de adopción.

En cuanto a las adopciones internacionales, exige que los adoptantes no residentes completen la adopción conforme a la ley chilena y se añade una sanción penal para el que solicitare o aceptare recibir una contraprestación por facilitar la entrega de un menor en adopción.

Por otra parte, se otorga una mayor intervención del Servicio Nacional de Menores (SENAME) pero, se reconoce también la participación de instituciones provenientes del sector privado, las que deben ser acreditadas ante el señalado servicio público.

2.2.3 Estructura de la Ley N°19.620

La ley de adopción se estructura de la siguiente forma: El Título I sobre Disposiciones generales; el título II: De los procedimientos previos a la adopción; el Título III: De la Adopción; y el Título IV: De las sanciones. La ley termina con un título de Disposiciones finales.

El profesor René RAMOS PAZOS aclara además que en materia de procedimiento se debe distinguir dos etapas: “una primera referida a los aspectos previos a la adopción, y una segunda que se trata de la adopción propiamente tal. La primera termina con una resolución que declara al menor susceptible de ser adoptado y la segunda con la sentencia que se pronuncia sobre la solicitud de adopción”.¹⁵

¹⁵ RAMOS, R. Op. Cit., p. 485.

2.2.4. El reglamento de la ley de adopción

Promulgado mediante Decreto Supremo N° 94, del Ministerio de Justicia, de 18 de noviembre de 1999, y publicado en el Diario Oficial en el año 2000, este reglamento se preocupa de la forma de actuación del SENAME, conforme a su estructura interna, de los registros que debe llevar de acuerdo con la ley y de los contenidos de los programas de adopción, además de lo referido a la acreditación de los organismos privados que establece la ley, así como todo lo referido a la adopción internacional. El Reglamento entiende así dar cumplimiento a los artículos 9 y 12 de la Convención de La Haya que se refieren a la existencia de una Autoridad Central en materia de adopción y la labor de los organismos acreditados.

Este Reglamento además realiza una mención al interés superior del niño o niña en su artículo 1, indicando que éste debe “considerar su realización personal, espiritual y material, y el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, de modo conforme a la evolución de sus facultades”,¹⁶ dando cuenta de cómo el principio del interés superior del niño es primordial en todo ámbito de nuestra legislación vigente sobre adopción.

¹⁶ Artículo 1º: Las disposiciones del presente Reglamento se aplicarán considerando siempre el interés superior del niño. Dicho interés superior considerará su realización personal, espiritual y material, y el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, de modo conforme a la evolución de sus facultades. CHILE. Ministerio de justicia. 2005. Decreto 944: Aprueba Reglamento de la Ley 19. 620 que dicta normas sobre adopción de menores. 16 marzo 2005. [En línea] < <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=161518> > [Consulta: 6 marzo 2015].

2.3. Características de la adopción

Según el profesor Hernán CORRAL, la adopción en Chile presenta las siguientes características:¹⁷

a) Es una institución de orden público: Las normas que regulan la adopción son imperativas e inderogables por la voluntad de los particulares, mientras que los consentimientos tanto de los padres biológicos como del niño o niña susceptible de adopción no son consentimientos negociales, sino presupuestos de hecho exigidos como requisitos para la activación de un interés público.

Por ello se explica además la intervención que toca al SENAME y los organismos privados acreditados, y la supervisión por dicho servicio.

b) Judicialidad de la adopción: La adopción es hoy materia de intervención de los tribunales de justicia, pues, son los órganos jurisdiccionales competentes los que están encargados tanto de declarar que una niña o un niño puede ser susceptible de adopción, como de constituirla.

Son competentes para conocer en materia de adopción, los tribunales de familia (Artículo 8 N° 13 Ley N° 19.968 y Artículo 18 inciso 1° Ley N° 19.620).

c) Subsidiariedad: La ley prevé la adopción como una institución subsidiaria o supletoria y no como una alternativa a la filiación biológica. Ello se extrae de los artículos 1 y 15. 3 de la ley N° 19.620, y del artículo 8 del Reglamento.

¹⁷ CORRAL, H. Op. cit., p. 75-78.

d) Gratuidad: La adopción se constituye por un acto de mutua generosidad. La ley prohíbe de manera expresa que los agentes que intervienen como intermediarios lo hagan con propósitos de ganancias pecuniarias, y los organismos acreditados deben ser organizados como corporaciones o fundaciones, es decir, personas jurídicas sin fines de lucro. Además, la ley castiga al que solicita o acepta una contraprestación para facilitar la entrega de un niño en adopción (Artículo 42 Ley N° 19.620).

e) Irrevocabilidad: La irrevocabilidad es consecuencia de la imitación que hace la filiación adoptiva de la filiación por naturaleza. Así como ésta no puede cancelarse, revocarse o resolverse por ingratitud, indignidad, etc., tampoco procede dejar sin efecto la adopción filiativa. Ello sin perjuicio de que se declare la nulidad (artículo 38 ley N° 19.620).

f) Limitación de edad: Sólo permite la adopción de menores de 18 años de edad que se encuentren en determinadas situaciones (artículos 8 y 12 de la ley N° 19.620).¹⁸

2.4. Principios informadores de la ley 19.620.

Para el profesor CORRAL, los principios que inspiran el régimen de adopción en Chile son: 1) El interés superior del niño; 2) La subsidiariedad de la adopción o la prioridad de la familia biológica; 3) La inseparabilidad de los hermanos biológicos; 4) La

¹⁸ RAMOS, R. Op. cit., p.486.

preferencia de la familia matrimonial; 5) La reserva relativa; 6) La verdad biológica y la protección de la identidad del niño y 7) La aceptación limitada de la expatriación del niño adoptado.

No obstante, para efectos de esta tesis, sólo serán desarrollados el principio del interés superior del niño y el de preferencia de la familia matrimonial.

2.4.1. El principio de preferencia de la familia matrimonial

Este principio plantea que al ser la adopción una institución establecida para dar al niño o niña una familia que le brinde el medio adecuado para su mejor desarrollo tanto espiritual como material, ante la carencia o insuficiencia de su familia biológica, la familia matrimonial es la que de mejor forma puede otorgar al niño o niña ese medio.

Este principio aparece claramente en el mensaje que envió el entonces Presidente de la República don Patricio Aylwin, para presentar el proyecto de ley de adopción. En él señala que: “en resumen, inspiran a este proyecto razones de protección y defensa de los derechos de los menores a permanecer con su familia biológica y en nuestro país, o a falta de ésta, el derecho a ser adoptados por una familia sustituta, confiriéndose prioridad a los matrimonios chilenos [...]”.¹⁹

Así, CORRAL señala que: “Nadie dudó, cuando se dictaron las primeras leyes de legitimación adoptiva que ese medio ideal era el conformado por padre y madre que se encontraban unidos y vinculados jurídicamente para fundar una familia mediante el

¹⁹ Mensaje del Ex Presidente de la República Don Patricio Aylwin, con fecha 05 de enero de 1993, Cuenta en Sesión 37, Legislatura 325, p.4.

pacto matrimonial”.²⁰

CORRAL, parte de la base de que la filiación adoptiva emula a la filiación biológica que tiene lugar a través de la procreación, y así para él “parece de sentido común que, si lo que se pretende es hacer expirar los vínculos de la familia biológica, ello se haga por su reemplazo por la más estable y sólida de las filiaciones: la matrimonial”,²¹ agregando además que la ley N° 19.620 no ha respetado en su integridad esta doctrina, ya que acepta la adopción por personas solteras, viudas o divorciadas,²² no obstante que la preferencia matrimonial aparezca claramente, pues, la adopción por personas individuales sólo procede respecto de personas residentes en Chile y siempre que no existan cónyuges interesados en adoptar, así lo preceptúa en su artículo 21 la ley n° 19.620: “En caso de que no existan cónyuges interesados en adoptar a un menor que cumplan con todos los requisitos legales o que sólo les falte el de residencia permanente en Chile, podrá optar como adoptante una persona soltera, divorciada o viuda, con residencia permanente en el país, respecto de quien se haya realizado la misma evaluación y que cumpla con los mismos rangos de edad y de diferencia de edad con el menor que se pretende adoptar. Este interesado deberá, además, haber participado en alguno de los programas de adopción a que se refiere el artículo 7°”.

²⁰ CORRAL, H. Op.cit., p. 68.

²¹ Ibid, p. 69.

²² El 17 de mayo de 2004, se publica en el Diario Oficial la Ley N° 19.947 que establece una Nueva Ley de Matrimonio Civil, la que introdujo modificaciones a la ley Sobre Adopción: 1) Impuso la prohibición de conceder la adopción a los cónyuges respecto de los cuales se ha declarado la separación judicial. Sin embargo, en caso de que los cónyuges hayan iniciado la tramitación de una adopción, podrán solicitar que ésta se conceda, aún después de declarada la separación judicial o el divorcio, si convienen al interés superior del niño. 2) Se introduce como titulares de la solicitud de adopción a los divorciados.

Como puede apreciarse, este principio estructural de la ley de adopción, origina problemas al menos en dos sentidos: primero, establece un sistema de preferencias, entre las familias matrimoniales y las personas individuales que desean adoptar, de modo que, el Estado de Chile a través de esta preferencia, prioriza al modelo de familia matrimonial en el ámbito de la adopción, por sobre al modelo de familia monoparental, de manera que el número de niños susceptible de adopción por personas individuales se restringe necesariamente a aquellos que no fueron adoptados por matrimonios. Un segundo problema, dice relación con que sólo las parejas de distinto sexo pueden acceder al matrimonio, y por tanto, a la adopción conjunta o por integración (adopción del hijo de la pareja), lo que a su vez constituye un obstáculo insalvable para las parejas LGBTI que deseen adoptar niños y niñas bajo estas modalidades legales, dando cuenta de una norma que a través de la preferencia, y la omisión (no alude a otras realidades familiares más que la matrimonial y la monoparental) provoca efectos discriminatorios.

2.4.2. El principio del interés superior del niño

Este principio de derecho internacional, está consagrado en la Convención sobre Derechos del Niño en su artículo 3, en donde se establece que: “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”.²³

Este principio fue introducido por la Ley N° 19.585 en el Código Civil para toda

²³ Convención sobre los Derechos del Niño, Niña y Adolescente. Op. Cit., Artículo 3.

filiación.

En este sentido, el artículo 222 del cuerpo legal citado, establece que la preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo. A su vez el artículo 242 del mismo texto, ordena al juez que resuelve sobre aspectos de potestad paterna atender como consideración primordial, al interés superior del hijo.

El interés superior del niño rige también nuestra legislación sobre adopción, así la misma Convención establece en su artículo 21 que los Estados que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial, y en el mismo sentido la Ley N° 19.620 recoge este principio, así se deja ver de lo dispuesto en su artículo 1 que establece que la adopción tiene por objeto velar por el interés superior del adoptado. Por su parte, el reglamento de la ley de adopción en su artículo 11 dispone que debe privilegiarse el interés del niño por sobre el de las personas interesadas en adoptar. El artículo 1.2 del reglamento, establece a su vez que el interés superior del niño considerará su realización personal, espiritual y material, y el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, de modo conforme a la evolución de sus facultades.

Los principales problemas en relación a este principio estructurante de la ley de adopción, dicen relación con aquellas interpretaciones en que se plantea que la orientación sexual de personas LGBTI, contraría los intereses de los niños en cuanto a la salud y protección de sus derechos, y en razón de ello, por ejemplo, podría argumentarse que estas parejas y personas no debiesen ser consideradas como potenciales adoptantes.

Veremos más adelante que este argumento no puede tener lugar a la luz de los estudios científicos y la jurisprudencia actual, agregando además, que al argumentar

en esta dirección, se invisibiliza y estigmatiza a las familias de padres y madres LGBTI.

2.5. Concepto de adopción

En derecho comparado son diversos los conceptos que se han dado en relación a la adopción. A saber: RIVERO HERNÁNDEZ (España) define la adopción como “el acto jurídico en cuya virtud se establece, entre adoptante y adoptado, una relación semejante a la paterno filial”.²⁴

Para el autor Argentino, Jorge MAZZINGHI “la adopción es una institución conforme a la cual se constituye por sentencia judicial, un vínculo de filiación capaz de producir los mismos efectos que las otras especies de filiación”.²⁵

LÓPEZ del CARRIL señala que “la adopción es una institución social y jurídica, que forma parte del derecho de familia y que puede funcionar independientemente o en concurrencia en el vínculo biológico”.²⁶

El profesor CORRAL define la adopción como “la constitución por sentencia judicial o pacto solemne de un vínculo jurídico entre una o dos personas llamadas adoptante o adoptantes y otra denominada adoptado que resulta análoga en sus presupuestos y

²⁴ RIVERO HERNÁNDEZ, F. 1997 En: LACRUZ, J. L., LUNA, A., RAMS, J., y RIVERO, F. Elementos de Derecho Civil IV, Derecho de Familia, 4a edición. Barcelona, Bosch, pp. 540-541.

²⁵ MAZZINGHI, J. Derecho de familia, t IV, 3a edición. Buenos AIRES, Depalma, 1999, pp. 201-202.

²⁶ LÓPEZ DEL CARRIL, J. 1984. Derecho de familia. Buenos Aires, Abeledo Perrot, p 551.

efectos a la relación que existe entre padres e hijos y que extingue o se superpone a la relación del adoptado con sus progenitores biológicos”.²⁷

Para CORRAL la adopción se construye sobre la relación de “paternidad-maternidad y filiación que se produce a través de la procreación biológica”,²⁸ es decir, “es el establecimiento legal de un vínculo similar análogo o sustancialmente idéntico al que existe entre un padre o madre y su hijo biológico”,²⁹ señalando que el vínculo jurídico que establece la adopción se construye sobre el modelo de filiación por naturaleza, que es su arquetipo.

De esta manera, se identifica en los respectivos conceptos de adopción, la influencia que ha tenido la construcción de esta institución como una forma de reemplazo, o imitación de los vínculos biológicos de sangre, y por tanto, de la filiación biológica, o relación filiativa existente entre un niño o niña y su padre y madre, vale decir, en el contexto de una relación afectiva entre personas de distinto sexo. Sin duda, éste es el concepto restringido de adopción que ha sido recogido por nuestra ley, y que excluye desde un comienzo realidades familiares como las que se dan y pueden darse en el contexto de relaciones afectivas entre personas del mismo sexo.

2.6. Identificación del problema

La ley chilena sobre adopción de niños, establece en su artículo 20 que “podrá

²⁷ CORRAL, H. Op, Cit., p. 74.

²⁸ Ibid, p. 59.

²⁹ Ibidem.

otorgarse la adopción a los cónyuges chilenos o extranjeros [..]” y en su artículo 21 que: “En caso de que no existan cónyuges interesados en adoptar a un menor [...] podrá optar como adoptante una persona soltera, divorciada o viuda [...]”. Como en Chile sólo pueden contraer matrimonio dos personas de distinto sexo, ninguna pareja LGBTI puede adoptar. Además, las personas que pretendan adoptar individualmente lo harán por excepción a un matrimonio, dada la presencia del principio de preferencia matrimonial, y si esa persona es homosexual, su orientación probablemente será escondida dado que puede ser considerada como nociva para el interés superior del niño o niña y por ello no otorgarse la adopción, lo que da cuenta tanto en la ley N° 19.620 como en los hechos de una situación de discriminación hacia las personas LGBTI que no les permite adoptar.³⁰

Las normas sobre adopción, las relativas a filiación y matrimonio, no permiten desarrollar a los homosexuales el proyecto de vida que libremente escojan, ya que estos no pueden acceder a todas las posibilidades de autodeterminación de su vida afectiva y familiar, al no poder contraer matrimonio ni adoptar hijos conjuntamente (además de las dificultades que conlleva adoptar individualmente). Al ser ésta una posibilidad con la que sí cuentan los heterosexuales casados, se origina una situación de discriminación con base en la orientación sexual, que vulnera derechos fundamentales a una vida privada, libre desarrollo de la personalidad, y de constitución y protección de la familia, respecto de las parejas LGBTI, pues, al omitirse a éstas de los supuestos de adopción, se les imposibilita de constituir legalmente una familia a

³⁰ Así consta en el estudio denominado: Las representaciones expertas sobre las solicitantes individuales en los procesos de adopción. 2012. Por María Isabel Jociles “et. al”. Revista de Dialectología y Tradiciones Populares. Julio-diciembre 2012. V. LXVII. (2): Pp. 535-558. Este estudio será revisado en el Capítulo II.

través de una de sus formas establecidas: la de adoptar niños.

El conflicto en la ley de adopción radica en que sus disposiciones establecen una clara preferencia respecto del tipo de familia fundada en el matrimonio entre hombre y mujer, cuya finalidad es la procreación.

Este concepto de familia permea todo nuestro ordenamiento jurídico, y la ley de adopción no es la excepción, pues, se intenta replicar en la filiación adoptiva el modelo de filiación biológica producto de la procreación y las relaciones de sangre.

Ciertamente, dentro de este concepto las parejas homosexuales no tienen cabida alguna, así lo plantea CARDOSO al decir que en el derecho de familia la heterosexualidad se ha naturalizado, pues, en la familia se distribuyen roles de género, y de acuerdo a ello se dividen sexualmente los trabajos, división que se replica a nivel social”.³¹

Frente a dicha naturalización, la homosexualidad es desnaturalizada y mostrada como una “amenaza a la estructura social de género [...] y a la expresión de la sexualidad asumida como natural y normal”.³² Agrega CARDOSO, además, que la oposición a las relaciones homosexuales dice relación con la estabilidad familiar, pues, se supone que no encajan en el modelo tradicional ni cumplen con su finalidad principal: la procreación, en circunstancias de que la estabilidad familiar es importante

³¹ “Las diferencias sexuales son naturalizadas y las distinciones de género son presentadas como derivadas de diferencias biológicas y no como socialmente construidas” Esta categorización de sexos, género y actividades es necesaria en sociedades patriarcales para proteger sus estructuras de poder que privilegian lo masculino por sobre lo femenino, y de ahí que las relaciones heterosexuales sean valoradas como naturales y normales. CARDOSO, E. 2013. Género, heteronormatividad y argumentos a favor del matrimonio homosexual en la jurisprudencia de tribunales brasileños. Dilemata. Revista Internacional de Éticas Aplicadas. (11): 213.

³² Ibidem.

para efectos de la crianza, educación y socialización de los hijos, se argumenta que las parejas homosexuales “no encajan en los roles de padres varones y madres mujeres, además de considerarse que la sexualidad de los homosexuales es promiscua [...]. Estos argumentos son utilizados para afirmar que las parejas del mismo sexo no pueden formar relaciones estables y por eso no merecen estatus de familia”.³³

3. Segunda Parte: La adopción homoparental ¿hacia dónde apunta el debate?

En nuestro país la adopción de niños y niñas por personas o parejas LGBTI es un tema que no tiene presencia en el ámbito público, y por ello es difícil analizarlo, pues, aún no se ha dado un debate en donde sea posible identificar las diferentes posturas de los actores políticos implicados.

No obstante, se ha planteado en el último tiempo la necesidad de realizar una reforma a la actual ley de adopción y al estatuto jurídico de los niños en general. Entre las reformas que se comentan y que podrían llegar a debatirse se encuentra la creación de una nueva institución que sustituya al SENAME, la promulgación de una ley de garantía de los derechos de los niños, la creación de la defensoría del niño y también la inclusión de las parejas homosexuales como posibles adoptantes. Se une además al contexto, la demanda presentada ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Comisión IDH) por tres parejas del mismo sexo que interpusieron una acción de protección -que fue denegada- dado que el Registro Civil les negó el derecho a contraer matrimonio. Dicha demanda ante la Comisión IDH

³³ Ibid, p. 214.

abarca además la imposibilidad legal de adoptar niños en que encuentran las parejas homosexuales en Chile.³⁴

Por su parte, Beatriz GIMENO, Ex Secretaria General de la Federación Estatal de Gays y Lesbianas de España, ha argumentado que en los debates sobre derechos civiles de los ciudadanos gays y lesbianas, ha ido ganando otro debate de corte más conservador, pues: “Se discute si a los gays y las lesbianas se les permite adoptar niños (...) Es decir, la ausencia de una legislación al respecto elimina el problema”.³⁵ Agrega luego que: “lo más importante del debate son los derechos de los niños [...] lo que hace parecer que la familia tradicional es la única en la que estos derechos son respetados”,³⁶ y finaliza diciendo que “como lo más importante es el bienestar de los niños, hay que estar seguros [de que la adopción por personas LGTBI es viable]. No hay bastantes estudios, y por tanto, hay que hacer más estudios para que no quede duda”.³⁷

Enfocar un eventual debate desde la perspectiva de los derechos humanos de las personas y parejas LGBTI, no implica desproteger a los niños respecto de su interés superior, sino simplemente situar estos argumentos en el lugar que corresponde, y ese

³⁴ El Movilh anuncia además que la demanda seguirá su curso dado que en la cuenta pública de 2014, la Presidenta de República, Michelle Bachelet, no hiciera mención alguna respecto a estos temas. CORTÉS, C. 2014. Matrimonio igualitario y adopción: Movilh confirma que demanda contra el Estado chileno continuará. [En línea]. La Tercera. 23 mayo 2014. <<http://www.latercera.com/noticia/nacional/2014/05/680-579381-9-matrimonio-igualitario-y-adopcion-movilh-confirma-que-demanda-contra-el-estado.shtml>> [Consulta: 7 marzo 2015].

³⁵ GIMENO, B. 2002. El debate de la adopción por parejas del mismo sexo. En: Foro Europeo sobre el derecho al matrimonio y la adopción. Federació d' Associacions Coordinadora Gai-lesbiana.

³⁶ Ibidem.

³⁷ Ibidem.

lugar u oportunidad procesal es el juicio de adopción en donde el juez pondera, en virtud de los antecedentes que se le presentan, la conveniencia de que un niño sea adoptado o no de acuerdo a su mayor interés.

¿Por qué el sólo mencionar que se debatirá sobre adopción LGBTI suscita inmediatamente preocupaciones respecto al interés superior de niños y niñas, en cuanto a su ajuste psicosocial, en relación a su orientación sexual e incluso en atención a la posible discriminación social de la que pudieren ser objeto? Sin duda, tras estas apreciaciones se esconden prejuicios e ideas estereotipadas sobre la homosexualidad.³⁸ El solo hecho de que dicha posible relación causal entre la orientación homosexual de padres e hijos sea objeto de estudio ya resulta extraño, e independiente de las respuestas que arrojen tales estudios, llama la atención la preocupación que existe en torno a la posible homosexualidad de los niños, pues, se da a entender que la homosexualidad es algo negativo, vinculado a enfermedades psicológicas, promiscuidad, e incluso necesariamente a enfermedades de transmisión sexual y por tanto indeseada en la sociedad.

¿Cómo se ha dado la discusión sobre la adopción homoparental en otros países? A continuación, serán revisadas algunas generalidades para el análisis del debate.

3.1. Análisis discursivo acerca de la maternidad/ paternidad- lésbica/gay adoptiva

En este apartado, quisiera proseguir con un análisis discursivo sobre el debate de la

³⁸ UZIEL, Anna. 2010. Develando prejuicios: ¿Por qué los hombres homosexuales son padres de segunda categoría? Estudios feministas, Florianópolis Janeiro. Abril 2010. V 18 (1): 263-275

homoparentalidad y la adopción, específicamente respecto a la sesión de la Comisión de Justicia del Senado en España, sobre el proyecto de ley por el que se modifica el Código Civil respecto al matrimonio de parejas homosexuales y su reflejo en situaciones de homoparentalidad, celebrada en junio de 2005.

Begoña MÁRQUEZ plantea en su texto “Discurso experto y acción social: la construcción de la homoparentalidad como asunto político”, que dadas las transformaciones del concepto de familia en el último tiempo y el impulso de políticas públicas de acuerdo a dichas transformaciones, ha sido relevante el papel de los expertos en asesoramiento y legitimación de la puesta en marcha de estas políticas. Con ello ha cobrado importancia también el análisis de los discursos de estos expertos, para saber cómo se construye el debate sobre la familia y sus formas no convencionales.

Afirma así, sobre el papel que desempeñan los expertos, “que el fundamento de esta actividad es retórica y descansa sobre prácticas discursivas que transforman los debates (como por ejemplo el de la familia española hoy) en elemento de dominio social”.³⁹

En este estudio los recursos utilizados por los expertos en la discusión se han denominado: “Recurso a la ciencia”, “Recurso al derecho” y “Recurso al bienestar del niño”. Dentro de cada recurso encontramos, a su vez, distintas estrategias dependiendo del sector que se encuentre argumentando.

El recurso a la ciencia se utiliza como herramienta de persuasión del auditorio, para efectos de darle más credibilidad y validez al discurso. Una primera estrategia que

³⁹ MÁRQUEZ, B. 2010. Discurso experto y acción social: la construcción de la homoparentalidad como asunto político. Documentos de Trabajo Social. Colegio Profesional de Trabajo Social de Málaga. (48): p. 160.

encontramos en este recurso consiste en la enumeración de estudios, vale decir, “el experto recurre a la enumeración de diferentes estudios, aludiendo a conceptos, ideas, imágenes, aceptadas tanto por él como por quienes le escuchan”. Es muy común que se cite por ejemplo estudios psicológicos que traten la relación entre interés superior del niño y la paternidad o maternidad LGBTI.

Otra estrategia utilizada consiste en la devaluación de la evidencia empírica contraria, “particularmente respecto de opiniones o afirmaciones que la gente acepta como verdaderas en el contexto de la homoparentalidad”.⁴⁰

Una tercera estrategia es aquella que consiste en el temor a futuras recriminaciones debido a una toma de decisión equivocada. En este sentido, los oponentes “presentan un futuro sombrío y preocupante y hacen sentir la amenaza de algo real o imaginario”,⁴¹ como por ejemplo al decir que los niños adoptados serán necesariamente homosexuales, o que tendrán daños psicológicos, o enfermedades, etc., y que una vez siendo adultos podrían demandar al Estado por haber permitido tales adopciones.

El recurso al derecho, se explica en la contraposición de los derechos sociales respecto de los derechos naturales. Los defensores de los derechos sociales se identifican con aquellos sectores más progresistas y que “entienden garantizados universalmente estos derechos [...] no por política asistencial, pues, son garantía de igualdad y libertad reales”.⁴² Por su parte, los derechos naturales, “son aquellos que

⁴⁰ Ibid, p. 164.

⁴¹ Ibid. p. 165

⁴² Ibid, p. 166.

posee el hombre por el solo hecho de haber nacido, otorgados por el orden natural mismo”.⁴³ La autora afirma que quienes defendieron argumentos basados en derechos naturales, “adoptan posturas del arco conservador de la sociedad [...] y utilizan términos peyorativos, identificando homosexualidad con marginalidad y lo que ello conlleva”.⁴⁴

Otra estrategia utilizada es aquella denominada “realidad social versus ordenamiento jurídico”, que plantea el problema de que el derecho cumple una labor más regulatoria que garante, vale decir, se reconoce la existencia de la paternidad y la maternidad LGBTI, “pero el que el ordenamiento jurídico concreto llegue a posteriori, daña los derechos inherentes a las personas, que deben tener rango superior”.⁴⁵

Por último, se hace mención al recurso del bienestar del niño. En él se acude a estrategias como: la identidad sexual del niño (aquí se plantea que los niños de familias con padres o madres LGBTI, tendrán problemas de identidad sexual o tendrán más alta probabilidad de ser homosexuales), (teoría del contagio);⁴⁶ la estrategia de relevancia del ambiente familiar, amor y sensibilidad (vale decir, que el resguardo del interés superior del niño no depende de la orientación sexual de sus adoptantes); y la estrategia de la psicopatología y la homosexualidad (en donde se intenta vincular la homosexualidad a enfermedades psicológicas o a la antinatura, como producto de condiciones adversas, o como una desviación sexual, lo que sería poco propicio para

⁴³ Ibid, p. 167.

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ Ibid, p. 168.

⁴⁶ Ibid, p. 171.

el niño adoptado).

En base a esta breve descripción de los argumentos más utilizados en el debate español, es posible identificar ciertos elementos de ella en un eventual debate en Chile, así por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia en el caso Atala e hijas y el Tribunal Constitucional en el caso Peralta, siguen razonamientos que se fundamentan en el derecho natural y estrategias del recurso al bienestar del niño.

Fernando MUÑOZ en su texto “[...] Los argumentos contra la crianza homoparental en los casos Atala y Peralta”, sostiene que tras la argumentación que desarrollan los ministros del Tribunal Constitucional respecto de la constitucionalidad del artículo 102 del Código Civil -referente al matrimonio- en el caso Peralta⁴⁷, existe implícitamente una postura contraria a la crianza homoparental de niños.

Los ministros argumentan que una finalidad esencial del matrimonio es la procreación (entendida como cópula sexual), y como los homosexuales no pueden procrear, no pueden contraer matrimonio.⁴⁸ MUÑOZ, plantea que los homosexuales sí

⁴⁷ El caso Peralta se inicia con la solicitud de inscripción de los matrimonios realizados en Argentina y Canadá que solicitaron dos parejas en el Registro Civil, además de una pareja que solicitó directamente el matrimonio. En todos los casos los oficiales del Registro Civil se negaron a la realización del trámite respectivo, argumentando que el artículo 102 del Código Civil define el matrimonio como “un contrato solemne entre un hombre y una mujer”. El 2010, los afectados presentan un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago. Al existir asuntos de constitucionalidad involucrados, la Corte de Apelaciones resuelve remitir el expediente al Tribunal Constitucional para que este resolviera sobre la constitucionalidad de la aplicación del artículo 102 del Código Civil. MUÑOZ, F. 2013 El núcleo fundamental de la sociedad: Los argumentos contra la crianza homoparental en los casos Atala y Peralta. *Revista Ius et Praxis*. (1): Pp. 7-33. [En línea] <<http://www.movilh.cl/documentacion/MUNOZ-Argumentos-contracrianza-homoparental.pdf>> [Consulta: 03 junio 2014].

⁴⁸ Los ministros Bertelsen, Peña, y Aróstica, Navarro y Venegas expresan que el matrimonio - por sus finalidades propias, específicamente la finalidad de procrear, entre otras características- es una institución únicamente aplicable a las relaciones de parejas formadas entre un hombre y una mujer. Luego, la exclusión de los homosexuales de la institución matrimonial no es arbitraria puesto que estos no pueden procrear. Ibid, p. 16.

pueden procrear,⁴⁹ y que aún así no existe fundamento para que la procreación se mantenga como finalidad del matrimonio ni como objeción para que los homosexuales accedan a él, más bien, existen argumentos a favor de su reformulación por el concepto de “crianza” (que comprende el cumplimiento de funciones psicosociales en el contexto familiar como la equidad intergeneracional, la transmisión cultural, la socialización, el control social y la afirmación de la persona por sí misma).⁵⁰

La conclusión de MUÑOZ a este respecto es determinante, pues, para efectos de que una familia se constituya como núcleo fundamental de la sociedad no es un elemento esencial la existencia de matrimonio sino “[...] que haya adultos que cumplan tales funciones psicosociales respecto de los nuevos integrantes de la sociedad”.⁵¹ Junto con ello, el autor visibiliza en la objeción al matrimonio homosexual un argumento en contra de la crianza por personas LGBTI que era inadvertido, pues, no es que estas parejas no puedan casarse por no poder procrear, sino porque: “no deben criar niños, puesto que no desempeñan adecuadamente las funciones

⁴⁹ El autor cuestiona la sustentabilidad de este argumento pues, la definición de matrimonio -en cuanto a la finalidad matrimonial de procrear- no tiene correlato en el ordenamiento jurídico actual. Aún más, cuestiona el concepto de procreación adoptado por el Tribunal Constitucional que se vincula netamente a la reproducción por cópula sexual sin tomar en cuenta los métodos de reproducción asistida que actualmente permiten procrear a los homosexuales. Ibid, pp. 19-20.

⁵⁰ Bajo este razonamiento, Muñoz plantea que es necesario reformular el concepto de procreación, y sustituirlo por el de “crianza” y ello tiene fundamento en que “existen importantes actividades sociales [...] cuya protección pareciera ser responsabilidad del sistema jurídico en virtud del artículo 1° de la Constitución Política de la República”, dichos intereses son “la equidad intergeneracional, la transmisión cultural, la socialización, el control social y la afirmación de la persona por sí misma” y podrían ser aunados en el concepto de crianza. Ibid. Pp. 20- 21.

⁵¹ Ibid, p. 21.

psicosociales que caracterizan a la familia constitucionalmente protegida”.⁵²

Este razonamiento del Tribunal Constitucional tiene una fuerte impronta de derecho natural pues, existe un paradigma de familia que es considerado como el óptimo, a saber, aquél fundado en la unión matrimonial de la pareja heterosexual, y que tiene además entre sus finalidades esenciales la procreación, entendida ésta como la cópula sexual entre hombre y mujer y con un propósito reproductivo. Al venir a sustituir la adopción a la filiación biológica -según este concepto tradicional- y que es efecto propio del nacimiento de un niño producto de la relación sexual, la paternidad y maternidad LGBTI no tiene cabida, pues, los homosexuales no pueden reproducirse sexualmente.

El problema de este tipo de argumento es que invisibiliza la realidad de familias con padres y madres LGBTI ya constituidas, las que no son reconocidas ni protegidas en sus derechos, y por otra parte, favorece la imposibilidad de que las parejas homosexuales puedan adoptar, objetándose así una importante vía para que dichas parejas puedan completar sus proyectos de vida y familia.

No obstante ello, el razonamiento más tradicional respecto de la adopción homoparental ha sido desplazado en países en que se ha legislado o en donde los tribunales han desarrollado argumentos favorables en casos concretos.

En Brasil por ejemplo, la discusión que se ha dado en relación a la evolución del concepto de familia ha generado inquietudes respecto a la exclusión de las parejas LGBTI. Un nuevo concepto de familia ha coadyuvado al reconocimiento judicial de las estas parejas como uniones estables -figura regulada por el ordenamiento jurídico- y con ello se ha autorizado también la adopción por personas homosexuales, “utilizando

⁵² Ibidem.

argumentos que rechazan la dicotomía de géneros. Amparados por informes de especialistas favorables a la adopción de niños por parejas homosexuales, afirman que lo más importante es el vínculo que hay en la familia, fundado en el afecto, el amor el cuidado y el deseo de formar un núcleo familiar. [...] Para esta posición, si es posible el reconocimiento de la unión homosexual como entidad familiar, se debe admitir por los mismos principios fundamentales la adopción homoparental”.⁵³

Por su parte, el ejemplo de Colombia es llamativo, pues, se trata de un sistema jurídico en donde la adopción homoparental no ha sido objeto de reconocimiento legal, no obstante, la Corte Constitucional de dicho país se ha pronunciado sobre el tema con opiniones disímiles.⁵⁴ Sin embargo, el año 2012, la Corte Constitucional en su sentencia T- 227-2012, se pronuncia sobre la adopción de dos niños hermanos a un ciudadano estadounidense, al cual le fue removida la custodia de sus hijos al conocerse su orientación homosexual. En su pronunciamiento, la Corte se fundó en la falta de antecedentes en el proceso, que llevasen a concluir que la orientación sexual del adoptante fuese nociva para los niños; “el ICBF no demostró que existiera amenaza cierta en los derechos de los niños que produjese la separación de los menores del padre adoptante y su posterior ubicación en el hogar sustituto. Tampoco existe una relación de causalidad entre la falta de información que se dio sobre la orientación sexual del señor Burr y la amenaza que se reputa a los derechos de los dos

⁵³ CARDOSO, E. Op. cit., p. 225.

⁵⁴ Así ocurre al comparar las decisiones de la Corte Constitucional Colombiana en las sentencias C-814 de 2001 y C- 710 de 2012 versus lo resuelto en la sentencia T- 227-2012, analizadas en el Capítulo II.

hermanos”.⁵⁵ En este caso, la Corte Constitucional de Colombia utiliza un argumento comparativo del interés superior de los niños en relación a las pruebas rendidas en juicio, pero no realiza un análisis de fondo en atención a la discriminación hacia el señor Burr, por ser padre y homosexual.

En México DF, la discusión se dio debido de la reforma a los artículos 146 y 391 del Código Civil del Distrito Federal, que posibilitaron el matrimonio y la adopción de niños y niñas por parte de parejas del mismo sexo. Contra dicha reforma se inició una acción de inconstitucionalidad. Entre los argumentos que fundamentan la reforma, se menciona el artículo 4 de la Constitución Federal, que dispone que la ley protegerá la organización y desarrollo de la familia.

En su sentencia respecto a la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, la Suprema Corte de Justicia de la Nación argumenta: “que la Constitución no protege a la familia monogámica heterosexual, sino que también en virtud de la pluralidad del Estado, garantiza otros tipos de familia dándole prevalencia al vínculo existente entre sus miembros y no al acto jurídico que pudiese originarla”.⁵⁶ La Suprema Corte de México, funda su análisis en la existencia de una situación de discriminación que afecta a las familias homoparentales y que, en consecuencia, vulnera el interés superior de los niños que conforman dichas familias, resolviendo que en virtud del pluralismo del Estado democrático de Derecho, estas familias deben ser protegidas y reconocidas, y que por tanto la adopción por personas LGBTI no es inconstitucional.

⁵⁵ VALENCIA, M., ORDÓÑEZ, S. 2013. Adopción por parejas homosexuales: de la realidad social al reconocimiento judicial. Revista Precedente. Vol. 2, p. 260.

⁵⁶ Ibid, p. 263.

3.2. ¿Hacia dónde debe apuntar el debate?

Sin duda ésta es una pregunta difícil de responder ya que se trata de dar solución a un tema complejo, que encierra no sólo problemas de índole jurídico, sino que también convoca diferentes disciplinas como la psicología, la sociología y el trabajo social y así también congrega a diversos actores del mundo de la política, la iglesia y las ONG's, entre otros. Es un debate del que nadie quiere quedar fuera, y en donde se ofrecen diversas opiniones y argumentos, siendo incuestionable que la o las soluciones legales que se vayan planteando dependerán también de la calidad de la discusión que se sostenga.

¿Cuál es la pertinencia de hablar de sexualidad cuando se trata de parentalidad?⁵⁷ En su reseña al libro de Anna Paula UZZIEL, Florencia HERRERA plantea que esta es una pregunta que persiste a lo largo de la obra, y en este sentido, afirma que: “el tema de la sexualidad surge sólo cuando el que solicita la adopción es homosexual”. Si bien “es en la familia y son los padres los que transmiten modelos de género y sexuales a sus hijos”,⁵⁸ cabe también preguntarse “¿por qué el modelo de pareja homosexual es un mal modelo para los niños? Lo que está detrás es la idea de que la homosexualidad es algo desviado y negativo”,⁵⁹ y es en este argumento -que intenta deformar la relación entre parentalidad y homosexualidad- donde es posible palpar con mayor cercanía el estado de discriminación en que se encuentran parejas y personas LGBTI,

⁵⁷ HERRERA, F. 2010. Develando prejuicios: ¿Por qué los hombres homosexuales son padres de segunda categoría? Estudios Feministas, Florianópolis. 18 (1): p. 263.

⁵⁸ Ibid, p. 267.

⁵⁹ Ibidem.

el que a su vez es un argumento que tiene mucha masividad y aceptación, y por ello, aquellos contrarios a la adopción por personas LGBTI intentan llevar el debate a este sitio.

¿Hacia dónde debe entonces apuntar el debate? Para Sergio DÍAZ la respuesta está en que “una de las primordiales funciones de la norma jurídica es construir cambios de paradigmas e impulsar reformas sociales”,⁶⁰ y en este sentido, “el ordenamiento jurídico debe tener la capacidad de adecuarse a las nuevas realidades (origen social) y a su vez, de generarlas (reforma social). [...] El ordenamiento jurídico debe considerar como algo irrefutable que las parejas homosexuales existen [...] y debe así mismo, concederles el derecho de formar una familia por medio de la adopción”.⁶¹ Luego, “si el orden jurídico no concede el derecho a los homosexuales para adoptar, [...] está gestando un trato discriminatorio en su contra, esto debido a que está coartando el derecho de crear [jurídicamente] una familia, mientras que el orden constitucional prohíbe discriminar por preferencias sexuales”.⁶²

Beatriz GIMENO, por su parte, reformula las premisas del debate que se dio en España, y a este respecto, sostiene que el debate no puede plantearse sobre si a gays o lesbianas se les permite o no adoptar niños porque: “ya se nos permite adoptar niños, cosa que la mayoría de la gente ignora y ya podemos tener hijos también. El debate es si podemos adoptar como parejas y ser madres/padres ambos miembros de

⁶⁰ DÍAZ, S. 2012. A propósito de la otra familia un ejercicio cinematográfico plausible. Rayuela, Revista Iberoamericana sobre niñez y juventud en la lucha por sus derechos, (5): p. 231.

⁶¹ Ibidem.

⁶² Ibid. p. 232.

la pareja”.⁶³ Es en esta parte de la discusión donde deben plantearse argumentos sobre la vulneración de derechos fundamentales a constituir una familia, a proteger la privacidad de las vidas que en ella coexisten y de libre autodeterminación de éstas. Agrega, además, que si se reconoce que las familias homoparentales existen, “habrá que reconocer que los derechos de estos niños [aquellos que forman parte de dichas familias] se protegen reconociendo y protegiendo a sus familias. [...] La falta de reconocimiento cultural, social, de protección legal etc., lo que hace es privar a esos niños de parte de sus derechos: de derechos jurídicos, económicos, emocionales”.⁶⁴ A través de tal razonamiento, GIMENO traslada el argumento del interés superior del niño, desde la discusión parentalidad- homosexualidad, y lo sitúa donde sí existe una situación de desigualdad, a saber, la situación de los hijos de familias con padres y madres LGBTI respecto de aquellos de familias con padres heterosexuales.

Finalmente, y más allá de que se plantee la idea de que las eventuales discusiones se enfoquen en el problema de desigualdad y afectación de derechos respecto a parejas LGBTI, sus familias e hijos, y aunque se legisle o los tribunales avancen favorablemente argumentando en favor de la no discriminación, se debe considerar que aún en estos casos, “la igualdad formal se revela como un escudo para los prejuicios y las visiones hegemónicas de la familia y la normalidad sexual. El discurso de que la evaluación es igual para todos y el parámetro es uniforme -esto es, el bienestar del niño- no es convincente en cuanto a la capacidad de las instituciones

⁶³ GIMENO, B. Op. Cit., p. 1.

⁶⁴ Ibid. p. 2.

judiciales para tratar por igual patrones y situaciones fuera de lo tradicional”,⁶⁵ esta sea quizás la razón de que en los procesos de adopción se esconda la orientación sexual de quienes postulan como adoptantes.

OLIVEIRA y DE SALLES apuntan a este respecto que si bien en Brasil se ha avanzado en esta materia, reconociendo por ejemplo a las parejas del mismo sexo como familia para algunos efectos, “se está lejos de superar la barrera de la igualdad general y abstracta, de reconocer las diferencias a fin de permitir una igualdad de trato en cuestiones específicas y concretas. De ahí la importancia del derecho al reconocimiento, primer paso para tomar las decisiones institucionales adecuadas en asuntos como la adopción”.⁶⁶

En este sentido, y a modo de reflexión final de este apartado, el debate sobre adopción homoparental debe ser capaz de identificar ciertos elementos que van más allá de una discriminación de carácter individual a determinadas personas, y sustentarse en la idea de que existe una situación de discriminación por orientación sexual que afecta estructuralmente a los grupos LGBTI, principalmente respecto a su derecho a constituir familia (en este caso, con hijos) y relaciones de afecto pues, “tal vez aquí [...] la discriminación se ejerce sutilmente arraigada en una igualdad jurídica formal que reviste arreglos sociales mayoritarios y profundamente discriminatorios”.⁶⁷ Sobre esta idea se volverá y profundizará en los siguientes capítulos de esta memoria.

⁶⁵ DE OLIVEIRA, A., DE SALLES, C. 2009. Adopción por homosexuales: El discurso jurídico. [En línea]. p. 16. <http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Student_Organizations/SELA09_NusdeoSalles_Sp_PV.pdf> [Consulta: 03 junio 2014].

⁶⁶ Ibidem.

⁶⁷ Ibidem.

4. Conclusiones

En este primer capítulo, se realizó una revisión general del estatuto de adopción en Chile, se identificó la situación de desigualdad en que se encuentran las parejas LGBTI respecto de las heterosexuales, y en específico, respecto a las que conforman matrimonio (aunque en los próximos capítulos, se analizará la reticencia que existe respecto de realizar un ejercicio relacional entre parejas casadas y parejas de hecho, como sucede en el caso *Gas & Dubois vs. Francia*), al no poder adoptar niñas o niños, y se adelantaron algunos argumentos que pudieren tener cabida en el debate sobre paternidad y maternidad LGBTI adoptiva en nuestro país.

Nuestra Ley de adopción de “menores”, requiere una revisión y reforma con el objetivo de considerar en ella realidades que hasta ahora han sido invisibilizadas, como es el caso de las parejas del mismo sexo.

En Chile, sólo recientemente se ha comenzado a hablar de homoparentalidad, y en ello ha contribuido principalmente los movimientos LGBTI y las diversas ONG's que han logrado llevar esta problemática al escenario público, en conjunto con el debate de acuerdo de unión civil, recientemente promulgado y publicado. No obstante, aún no se inicia una discusión seria, que conlleve una reforma legislativa.

La Ley N° 19.620 está inspirada en un principio que produce efectos discriminatorios, a saber, el principio de preferencia matrimonial, institución que por definición sólo se restringe a parejas heterosexuales. Dicho principio permea en la normativa bajo la premisa de que la familia matrimonial otorga las mejores condiciones

para la crianza de un niño o niña que no puede estar a cargo de su familia biológica, de tal forma que la propia ley establece que las adopciones serán otorgadas a matrimonios chilenos de acuerdo a un sistema de preferencia de estos respecto de personas solteras, viudas o divorciadas que pretendan adoptar niños, pudiendo adoptar estas últimas sólo en caso de que no existan matrimonios que deseen adoptar. En el caso de las parejas que no pueden casarse, como las parejas LGBTI, estas de plano no son consideradas.

El razonamiento que existe tras ello, es que en la familias matrimoniales se propenderá de manera más óptima al interés superior de los niños adoptados, sin embargo, esta ponderación sobre qué familia conviene más al interés del niño susceptible de ser adoptado es una tarea que corresponde en principio al juez de familia competente, evaluando los antecedentes del caso concreto, y no debe ser la ley quien opte por una preferencia u otra.

Actualmente, bajo un mal entendido objetivo que prioriza “entregar al niño una familia responsable”, se pretende desconocer una situación de desigualdad evidente que afecta a las parejas LGBTI, argumentando que en materia de adopción no corresponde hablar del derecho de las parejas o personas individuales a adoptar un niño, sino del derecho que tienen los niños a tener una familia. Bajo esa premisa, se sostiene que el debate sobre la afectación a derechos fundamentales de estas personas y parejas no tiene lugar.

No obstante, tal razonamiento no se hace cargo de que actualmente existen familias con padres y madres del mismo sexo, que producto de la normativa vigente, no son reconocidas legalmente como tal - y por tanto, desprotegidas en sus derechos- ya que, sólo un padre o madre de la pareja respectiva podrá serlo legalmente, afectando el

interés superior de los niños que pertenecen a esas familias. Por otra parte, se sigue invisibilizando la imposibilidad de las parejas LGBTI para adoptar conjuntamente.

Desde una perspectiva comprensiva del principio de la igualdad y no discriminación, planteamos que en este debate deben considerarse argumentos que lo conduzcan hacia el reconocimiento de los derechos a la vida privada, a la determinación de la personalidad y a no ser discriminado por orientación sexual, pues, depende de cada proyecto personal y no de la decisión del Estado definir qué familia es la que se quiere conformar. En este sentido también podrían plantearse problemas en relación al derecho a constituir familia, aunque –como veremos- ha habido reticencias al respecto.

Con el propósito de introducirnos en un debate que se ha dado en otros países, es que se han analizado además los argumentos presentados tanto a favor como en contra de la homoparentalidad, concluyendo que existen diferentes formas de abordar este debate -y a mí parecer- unas más pertinentes que otras.

En España, por ejemplo, las reformas de leyes autonómicas de País Vasco y Navarra -entre otras- significaron un importante precedente que impulsó el cambio en el Código Civil que permitió el matrimonio y la adopción para parejas del mismo sexo. En Ciudad de México, se reformó el Código Civil del Distrito Federal permitiendo el matrimonio y adopción por homosexuales, creando un importante precedente para los demás estados de ese país. En Brasil, los tribunales y las altas cortes han decidido en algunos casos aplicar el estatuto de unión estable a parejas del mismo sexo, otorgándoles a su vez la posibilidad de adoptar, y reconociéndoles como familia. En Colombia, si bien no ha existido reforma, la Corte Constitucional se ha pronunciado en numerosas ocasiones, manifestando preocupación por el interés superior del niño y

entrando en la discusión sobre el concepto constitucional de familia.

Lo cierto es que la mirada que se da en estas páginas, propone un planteamiento que derriba argumentos como la mal utilización del interés superior del niño y los estereotipos que recaen sobre las personas LGBTI, o la idea de que se abogue por un derecho a adoptar, identificando, además, problemas como la existencia de una ley de adopción que lleva implícito un concepto de filiación biológica ligado a la procreación y a la normalización de las relaciones matrimoniales heterosexuales, versus la degradación de las homosexuales.

Todo lleva a pensar, que detrás de los argumentos contrarios a la adopción homoparental, existen prejuicios de orden sociocultural que propenden a la discriminación por orientación sexual, y que conlleva a la vulneración de derechos fundamentales de privacidad y protección de la familia y de autodeterminación de la personalidad.

En consecuencia, es importante considerar -al momento de legislar y argumentar- que al hablar de igualdad se tome en cuenta que la homoparentalidad es una realidad distinta, y que pesa sobre ésta un elemento de discriminación sociocultural que se circunscribe dentro de la discriminación por orientación sexual hacia la comunidad LGBTI. Bajo esta perspectiva –desarrollada más adelante-, se evitan argumentos que - fundados en la igualdad formal- terminen negando la posibilidad de adopción, por ejemplo, contraponiendo la homosexualidad al interés superior del niño.

CAPÍTULO II: Paternidad gay y maternidad lésbica, realidades no consideradas en la ley de adopción

1. Introducción

La ley 19.620 establece en sus artículos 20, 21 y 31 los requisitos que deben cumplir las personas que podrán ser consideradas como adoptantes, así como la preferencia que debe darse entre ellos, cuando concurra más de un adoptante respecto del mismo niño o niña.

El profesor CORRAL ha dicho que la adopción “sólo podrá ser autorizada a las personas y en los casos en los que la ley expresamente lo ha dispuesto”.⁶⁸ Sostiene así, que la designación de personas que pueden ser adoptantes tiene un carácter taxativo. Por ello, no podría considerarse como posibles adoptantes a personas en situaciones diversas a las consideradas por la ley.

Lo que hizo el legislador fue decidir en abstracto cuales contextos familiares son a su parecer los que resguardan el interés superior del niño o niña (y a los cuales otorga prioridad para adoptar), considerando a la familia matrimonial como el modelo de familia óptimo. Por otra parte, encontramos el modelo de familia monoparental, que la ley considera sólo como excepción a la familia matrimonial.

Fuera de estos dos modelos familiares (con alguna variantes que serán vistas), la ley de adopción no considera otros que socialmente sí tienen presencia, como es el caso de la familia conformada por parejas del mismo sexo.

⁶⁸ CORRAL, H. op. cit. p. 195.

En este capítulo, se desarrollará un análisis pormenorizado de las disposiciones de la Ley N° 19.620 que obstan a la adopción por parte de parejas del mismo sexo y personas lesbianas o gays, visibilizando los problemas que existen en cada una de las hipótesis posibles de adopción, bajo la clasificación de adopción conjunta, adopción individual y adopción por integración.

Un punto central de este capítulo es aquél que trata sobre la idoneidad de las parejas del mismo sexo para ser padres y/o madres, tanto desde el punto de vista psicológico como desde la perspectiva moral. El artículo 20 de la ley N° 19.620 establece que podrán adoptar los cónyuges “que hayan sido evaluados como física, mental, psicológica y moralmente idóneos por alguna de las instituciones a que se refiere el artículo 6° (...)”, estableciendo además en el artículo 21 que podrá optar como adoptante una persona soltera, divorciada o viuda “respecto de quien se haya realizado la misma evaluación (..)”.

Se profundizará en estos temas a través del análisis de estudios psicológicos sobre parentalidad gay-lésbica y de sentencias de la Corte Constitucional de Colombia que tratan el concepto de *idoneidad moral* haciendo referencia a un concepto de moral social o moral pública ajeno a conceptos de moral individual.

¿Es la orientación sexual de las personas que desean adoptar un factor que obste a su idoneidad como madres o padres? Esta es la pregunta que subyace a lo largo de todo el capítulo y a la que se intentará dar respuesta, adelantando que según las evidencias recabadas, existe una duda más que razonable que lleva a pensar que el argumento de la inidoneidad oculta en sí mismo una imagen estereotipada y prejuiciosa respecto de la homosexualidad.

¿Se trata entonces de una situación de discriminación? A modo de conclusión se

argumentará sobre por qué es más propio hablar de discriminación que de inidoneidad, sobre todo ante un contexto en que la parentalidad gay-lésbica se presenta como una realidad social aunque no reconocida legalmente.

2. Estatuto de adopción en Chile: la omisión de la paternidad gay y maternidad lésbica

2.1. La adopción conyugal.

La adopción conyugal se establece en el artículo 20 de la ley 19.620, el que señala:

Artículo 20 ley 19.620.- “Podrá otorgarse la adopción a los **cónyuges** chilenos o extranjeros, con residencia permanente en el país, que tengan dos o más años de matrimonio, **que hayan sido evaluados como física, mental, psicológica y moralmente idóneos por alguna de las instituciones a que se refiere el artículo 6º**, que sean mayores de veinticinco años y menores de sesenta, y con veinte años o más de diferencia de edad con el menor adoptado. Los cónyuges deberán actuar siempre de consuno en las gestiones que requieran de expresión de voluntad de los adoptantes.

El juez, por resolución fundada, podrá rebajar los límites de edad o la diferencia de años señalada en el inciso anterior. Dicha rebaja no podrá exceder de cinco años.

Los requisitos de edad y diferencia de edad con el menor no serán exigibles si uno de los adoptantes fuere ascendiente por consanguinidad del adoptado.

Tampoco será exigible el mínimo de años de duración del matrimonio, cuando uno o ambos cónyuges estén afectados de infertilidad.

En todo caso, no podrá concederse la adopción a los cónyuges respecto de los cuales se haya declarado la separación judicial, mientras esta subsista. En su caso, la reconciliación deberá acreditarse conforme lo dispone la Ley de Matrimonio Civil”.

Es en este tipo de adopción donde se concreta el principio de preferencia de la familia matrimonial.

Según el profesor Hernán CORRAL “es indudable que para la normativa constitucional y civil chilena la familia como comunidad estructuradora de toda la sociedad y esencial factor de desarrollo personal debe fundarse en la unión interpersonal profunda y permanente que denominamos matrimonio”.⁶⁹ Disentimos de este razonamiento, pues, como se verá más adelante, el concepto de familia no debe favorecer estereotipos restringidos al matrimonio y a la heterosexualidad, que sean proclives a la exclusión y la discriminación.

La situación antes descrita se concreta en la ley N° 19.620 dado el sistema de preferencias que establece respecto de los adoptantes, en donde las parejas unidas en matrimonio tienen prioridad para adoptar respecto de aquellas personas solteras,

⁶⁹ Ibid, p. 196.

viudas y divorciadas que también desean hacerlo.

2.1.1. Requisitos exigidos por ley

a) Existencia de vínculo matrimonial

El artículo 20 de la ley N° 19.620 establece que “podrá otorgarse la adopción a los cónyuges [...]”, de manera que esta modalidad de adopción es la única vía por la cual dos personas pueden adoptar conjuntamente a un mismo niño o niña, vale decir, existiendo entre ellos un vínculo matrimonial no disuelto. La única excepción viene dada por la adopción post mortem.⁷⁰

Con este requisito, se excluye de la posibilidad de adoptar conjuntamente a las uniones convivenciales o parejas de hecho, independiente de su orientación sexual, pero específicamente a los gays y lesbianas, que además no pueden contraer matrimonio.

b) Duración mínima del matrimonio

⁷⁰ Se trata de la regulación de aquellos casos en que uno de los cónyuges adoptantes muere durante el proceso de tramitación, o antes de iniciarlo, a objeto de la adopción se otorgue conjuntamente al viudo o viuda con el difunto. Los requisitos establecidos en el artículo 22 de la ley 19.620 son: a) Que se cumplan los demás requisitos legales (ya referidos), b) Que la tramitación correspondiente se hubiere iniciado en vida de ambos cónyuges, o que el cónyuge difunto haya manifestado su voluntad de adoptar conjuntamente con el sobreviviente, 3) Dicha voluntad debe probarse por instrumento público, por testamento o por conjunto de testimonios fidedignos. Cumplidos los requisitos, la adopción se entiende efectuada por ambos cónyuges sin efecto retroactivo. Íbid, p. 204.

Además de estar casados y así optar a la adopción conyugal, los posibles adoptantes deben cumplir con un período mínimo de duración de su vida matrimonial que la ley fija en dos años (Artículo 20 Ley 19.620). Según el profesor CORRAL “con ello se desea que la unión tenga una consistencia mínima para ofrecer la esperanza de constituir un hogar estable para el adoptado”.⁷¹

No obstante ello, la ley permite que el juez dispense de este requisito de duración mínima al matrimonio “cuando uno o ambos cónyuges estén afectados de infertilidad” (Artículo 20 Ley 19.620), estimándose según el Informe de la Comisión de Constitución del Senado que en estos casos la estabilidad matrimonial podría quedar establecida por el informe de idoneidad de los adoptantes.⁷²

Lo cierto es que con esta excepción legal el argumento del profesor CORRAL, en orden a comprobar a través del requisito de dos años de matrimonio la estabilidad de éste, pierde completo asidero, pues, a través de la evaluación establecida en la ley podría comprobarse la idoneidad (tal cual su nombre lo indica, y no la estabilidad) de las uniones matrimoniales en general y no solamente de aquellos que hayan comprobado su infertilidad, recordemos que la adopción no tiene como único objetivo dar solución a la infertilidad de los cónyuges.

En situaciones como éstas, se deja ver la sobreideologización del legislador respecto del matrimonio indisoluble y para toda la vida (característica que por cierto ya no debiese ser parte de la definición de matrimonio), y que permea gran parte de nuestras instituciones -como es el caso de la adopción- pues, en el caso de las parejas

⁷¹ Íbid, p.197.

⁷² Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Historia de la Ley N° 19. 620, Dicta Normas sobre adopción de menores. Diario Oficial, 5 de Agosto de 1999. Primer informe Comisión Constitución Senado, p. 247.

infértiles, el requisito de duración del matrimonio pierde todo sustento en atención a la pretensión de “estabilidad” de los adoptantes, para transformarse en un mero requisito legal.

c) Edad mínima y máxima

La edad mínima para adoptar es de veinticinco años, y la edad máxima asciende a sesenta años (Artículo 20 Ley 19.620).

La ley contempla dos excepciones al requisito de la edad: i) Si uno de los adoptantes fuere ascendiente por consanguinidad del adoptado (Artículo 20 Ley 19.620), y ii) Si el juez rebaja los límites de edad, reducción que no puede superar los cinco años, existiendo causa justificada y mediante resolución fundada (Artículo 20 Ley 19.620).

d) Diferencia de edad con el adoptado

La ley chilena exige que entre adoptantes y adoptado medie una diferencia mínima de edad de veinte años, vale decir, cada uno de los cónyuges interesados en adoptar debe tener más de veinte años que el adoptado, con las excepciones ya indicadas.

e) Idoneidad física y moral

La ley de adopción establece que los cónyuges que pretenden adoptar deben haber sido “evaluados como física, mental, psicológicamente y moralmente idóneos” (artículo 20 Ley N° 19.620) y que se sometán además a una evaluación previa para dicha

calificación.

Tal evaluación de idoneidad, debe efectuarse por el Servicio Nacional de Menores o por algún organismo acreditado (Artículo 21 Ley N° 19.620). El artículo 7 de la misma ley establece además que el programa de adopción incluye “la evaluación técnica de los solicitantes”.

Por su parte, el artículo 23 N °3 de la ley de adopción, exige a los solicitantes la presentación de un informe de evaluación de idoneidad que es así mismo exigido por el artículo 6 letra d) del Reglamento de la ley.⁷³

El informe de idoneidad de las instituciones que desarrollan programas de adopción no es vinculante para el juez, “el que debe, durante el proceso, verificar en concreto si los solicitantes cumplen con el requisito legal”.⁷⁴

Cabe hacer presente que la idoneidad física, mental y psicológica no presenta -a priori- problemas conceptuales, pero, en cuanto a la idoneidad moral en particular

⁷³ **Artículo 6° Reglamento Ley N° 19.620:** El programa de adopción es el conjunto de actividades tendientes a procurar al menor una familia responsable, las que serán realizadas por Servicio Nacional de Menores y los organismos acreditados ante éste a través de profesionales expertos y habilitados en esta área y deberán comprender, a lo menos, las siguientes:

a) Apoyo y orientación a la familia de origen del menor; b) Recepción y cuidado del menor; c) Evaluación técnica de los solicitantes desde el punto de vista físico, mental, psicológico **y moral;**

d) Certificación de la **idoneidad** de los postulantes, para los efectos de dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 23 N° 3 de la ley; e) Preparación de los postulantes como padres adoptivos; f) Propuesta de los postulantes al Tribunal competente y gestiones vinculadas al encuentro de aquellos que hayan sido seleccionados por éste como alternativa de familia con el niño de quien se trate; g) Seguimiento del caso y asesoría a la familia adoptiva cuando lo requiera; h) Asesoría y apoyo al adoptado que desee conocer antecedentes de su familia de origen, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 del presente Reglamento; i) Cualquiera otra actividad relacionada con los objetivos del organismo que desarrolle el aludido programa, previa autorización de la entidad. Reglamento Ley N° 19.620. Op. Cit., Art. 6.

⁷⁴ CORRAL, H. Op. Cit., p. 202

existe un problema conceptual que no es baladí.

Según el profesor CORRAL, la referencia a la moral que hace la ley tiene un contenido mínimo preciso “y no puede ser otro que el conjunto de principios y valores compartidos por un amplio espectro de la sociedad chilena y que son representados por la ética greco-judeo-cristiana”.⁷⁵

¿Podría la homosexualidad del solicitante significar su inidoneidad para ser padre o madre? ⁷⁶ Esta pregunta será objeto de análisis, en el apartado de adopción por persona individual, ya que, es bajo esta modalidad en que las personas homosexuales podrían optar a la adopción de un niño o niña con eventuales resultados positivos -al menos en Chile- sin perjuicio, de que tales consideraciones respecto a la idoneidad, son aplicables también para todos los casos posibles de adopción por personas gays o lesbianas.

f) Actuación conjunta

⁷⁵ Agrega además que si uno de los cónyuges hubiere sido privado de la patria potestad de de los hijos propios en virtud de emancipación judicial, o son considerados inhábiles para ser guardadores, o han sido privados de la tuición de un menor, ese hecho debe ser un antecedente grave para calificar la idoneidad moral del interesado en adoptar. Ibidem.

⁷⁶ Esta inquietud ha sido manifestada por numerosos autores en sus investigaciones como será analizado más adelante en este capítulo. Así por ejemplo en Ajuste psicológico e integración social en hijos e hijas de familias homoparentales. 2004. Por María del Mar González “et al”. Infancia y Aprendizaje. 27 (3): Pp. 327- 343; HERRERA, M. 2010. Adopción y ¿homoparentalidad u homofobia? Cuando el principio de igualdad manda. IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., 2010. Vol. IV, (26): Pp.180 -22; Las representaciones expertas sobre las solicitantes individuales en los procesos de adopción. 2012. Por María Isabel Jociles “et. al”. Revista de Dialectología y Tradiciones Populares. Julio-diciembre 2012. V. LXVII. (2): Pp. 535-558; UPRIMNY, Rodrigo. Felizmente adoptados, pero tristemente separados. 2011. [En línea] <<http://lasillavacia.com/elblogueo/dejusticia/29998/felizmente-adoptados-pero-tristemente-separados>> [consulta: 3 junio 2014] y también en las acciones de inconstitucionalidad C-814-01 y C- 710-12 interpuestas ante la Corte Constitucional de Colombia.

La ley de adopción exige que los cónyuges adoptantes actúen conjuntamente al comenzar el proceso y en todos los trámites posteriores en los que se necesite una expresión de voluntad del adoptante (Artículo 21 Ley N° 19.620). La falta de actuación de consuno es causal de nulidad del procedimiento.

2.1.2. Imposibilidad de adopción conjunta por parejas homosexuales

Decir en estas instancias que las parejas del mismo sexo no pueden adoptar conjuntamente parece ya una redundancia, pero, no está demás hacer una recapitulación para efectos de enfatizar el problema jurídico, y revisar los argumentos que se sostienen en contra de tal posibilidad.

La ley N° 19.620 sobre adopción de niños, niñas y adolescentes, establece en sus artículos 20, 21, 22 y 31, los requisitos de quienes deseen postular a la adopción de un niño o niña, reservando la adopción conjunta -vale decir, con efectos filiativos respecto de ambos miembros de la pareja- a las personas unidas en matrimonio (residentes o no en Chile, extranjeros o nacionales).

El primer problema aparece justo en el punto antes señalado, pues, en Chile sólo puede contraer matrimonio un hombre y una mujer -así aparece en su definición legal en el artículo 102 del Código Civil que establece: “El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”, estructurándose en base a la dualidad hombre- mujer todo el ordenamiento del derecho de familia, incluyendo por supuesto el régimen de filiación biológica y

adoptiva.⁷⁷ En este sentido, las normas sobre filiación también obstan al reconocimiento legal de la paternidad y maternidad gay-lésbica.⁷⁸

Así las cosas, sólo podrán adoptar bajo el tipo de adopción conjunta hombre y mujer unidos en matrimonio, pues, el matrimonio se restringe sólo a las parejas heterosexuales.

Dada esta situación jurídica, es que se plantea la hipótesis de que la norma de adopción conjunta genera situaciones de desigualdad hacia parejas del mismo sexo (y -en caso de tenerlos- respecto de sus hijos) y que es por tanto una norma discriminatoria, pues, cierra la puerta al reconocimiento legal de otras formas de paternidad o maternidad (y distintas formas de familia) como la ejercida (o que deseen ejercer) parejas de gays y lesbianas.

Sostiene CORRAL, que la imposibilidad de adopción por parejas LGBTI es una decisión acertada, expresando además algunos fundamentos como por ejemplo el que

⁷⁷ A modo ejemplar, el **artículo 185 del Código Civil** respecto a la determinación de la filiación matrimonial y que establece: “La filiación matrimonial queda determinada por el nacimiento del hijo durante el matrimonio de sus padres, con tal que la **maternidad** y la **paternidad** estén establecidas legalmente en conformidad con los artículos 183 y 184, respectivamente”; a su vez el **artículo 186** del Código Civil respecto a la filiación no matrimonial dispone: “La filiación no matrimonial queda determinada legalmente por el reconocimiento del **padre**, la **madre** o **ambos**, o por sentencia firme en juicio de filiación”; el **artículo 187** del mismo texto que establece que: “El reconocimiento del hijo tendrá lugar mediante una declaración formulada con ese determinado objeto por el **padre**, la **madre** o **ambos**, según los casos (...)”; por su parte, el **artículo 182** del mismo código establece: “El **padre** y la **madre** del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el **hombre** y la **mujer** que se sometieron a ellas”. CHILE. Ministerio de Justicia. 2000. DFL 1: Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil [...]. 30 de mayo de 2000. [En línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986>>

⁷⁸ En relación a este tema, un excelente análisis es realizado por las autoras HERRERA, M. y GROSMAN, C. 2013. Tensiones y desafíos del derecho a contraer matrimonio de las parejas del mismo sexo. En: GÓMEZ DE LA TORRE, M. y LEPÍN, C. (Eds.), Parejas homosexuales ¿unión civil o matrimonial? Santiago de Chile, Editorial Thomson Reuters. pp. 151 y ss. Dicho análisis se da en función de las modificaciones sustanciales y formales que introdujo la ley de matrimonio civil n° 26.618 en Argentina, así como también los desafíos que conlleva su implementación.

por medio de la adopción “no se busque un niño para una pareja que pretende satisfacer sus íntimos e individuales anhelos de experimentar la paternidad, sino una familia para que un niño pueda desarrollar su personalidad armónicamente”,⁷⁹ o por otro lado, que “no sólo por su inestabilidad jurídica, sino por la confusión de las figuras paterna y materna, la unión de personas del mismo sexo no puede ser considerada un hogar idóneo para la crianza y la educación de un menor”.⁸⁰ Sostiene además, que “la unión homosexual tampoco se aviene con la noción de familia de los tratados internacionales de derechos humanos que claramente conectan la familia con el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y con la descendencia que procede de dicha unión”.⁸¹

Sin duda, las consideraciones del profesor CORRAL aquí expuestas son de diversa índole argumentativa, pero obedecen -como será evidenciado más adelante- a argumentos comunes en contra de la adopción por parejas del mismo sexo, los que serán revisados específicamente de acuerdo al ámbito de argumentación del que se trate.

⁷⁹ CORRAL, H. Op. Cit., p. 209.

⁸⁰ Ibidem.

⁸¹ Ibidem. A este respecto, interesante es el trabajo realizado por el Doctor Claudio Nash denominado “Matrimonio entre personas del mismo sexo. Una mirada desde los derechos humanos”. En este artículo, y en base al análisis de los tratados internacionales y de la jurisprudencia nacional e internacional atinente, se concluye que “ni de la lectura de los textos, ni de la historia de los mismos ni de la interpretación actual más relevante podría sostenerse que los tratados de derechos humanos consagran que el matrimonio tenga que ser exclusivamente entre un hombre y una mujer” NASH, C. 2013. “*Matrimonio entre personas del mismo sexo. Una mirada desde los derechos humanos*”. En: GÓMEZ DE LA TORRE, M. y LEPÍN, C. (Eds.) Parejas homosexuales: ¿Unión civil o matrimonial? Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Escuela de Postgrado. Abeledo Perrot, Legal Publishing Chile, Thomson Reuters, p. 229.

2.2. La adopción por persona individual.

2.2.1. Requisitos exigidos por ley

a) Singularidad

El artículo 21 de la ley N° 19.620 establece que podrá optar como adoptante una persona soltera, viuda o divorciada. En un comienzo la norma estaba redactada en plural: “solteros o viudos”, pero, ante la inquietud de que la norma pudiera interpretarse como una autorización para que dos personas solteras solicitaran la adopción conjunta de un mismo niño o niña -legitimando la adopción por convivientes hetero u homosexuales- se corrigió la redacción, reemplazándola por su singular “una persona soltera o viuda”.

Artículo 21.- En caso de que *no existan cónyuges interesados* en adoptar a un menor que cumplan con todos los requisitos legales o que sólo les falte el de residencia permanente en Chile, podrá optar como adoptante una persona soltera, divorciada o viuda, con residencia permanente en el país, respecto de quien se haya realizado la misma evaluación y que cumpla con los mismos rangos de edad y de diferencia de edad con el menor que se pretende adoptar.

Este interesado deberá, además, haber participado en alguno de los programas de adopción a que se refiere el artículo 7°.

Si hubiere varios interesados solteros o viudos que reúnan similares condiciones, el tribunal preferirá a quien sea pariente consanguíneo del

menor, y en su defecto, a quien tenga su cuidado personal.

b) Estado civil de soltero, de viudo o divorciado

La persona que desee adoptar individualmente debe tener el estado civil de soltero, viudo o divorciado, según lo establece el artículo 21 de la ley de adopción. Una persona casada no puede por tanto, adoptar individualmente.

c) Nacionalidad Chilena

En el caso de la adopción individual, las personas solteras, viudas o divorciadas que deseen adoptar deben no sólo tener la residencia, sino además poseer nacionalidad chilena -a diferencia de lo que sucede con la adopción conyugal en donde no se distingue en razón de la nacionalidad sino de la residencia que tengan en el país- de forma que se encuentran excluidos como posibles adoptantes los extranjeros con residencia permanente en Chile que no se encuentren casados.⁸²

d) Residencia permanente en Chile

Como ya se dijo, se exige además de la nacionalidad, que la persona individual que adopte tenga residencia en Chile. Los solteros, viudos o divorciados que tengan

⁸² Se indica en el Informe de la Comisión que: “compartió a la vez las ideas contenidas en la indicación sustitutiva del Ejecutivo, en el sentido de que, siempre considerando el interés del menor, sólo pueden adoptar los solteros o viudos de nacionalidad chilena, y ha de privilegiarse la adopción por un matrimonio”. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Historia de la Ley N° 19. 620, Dicta Normas sobre adopción de menores. Primer Informe Comisión Constitución Senado. Op. Cit., p. 247.

residencia en el extranjero son considerados inhábiles para optar a una adopción en Chile.

e) Edad y diferencia de edad

En la adopción individual se aplican los mismos rangos de edad y de diferencia de edad con el niño o niña que se pretende adoptar, que los establecidos para la adopción conyugal.

f) Idoneidad y participación en un programa de adopción

La ley de adopción establece que las personas solteras, viudas o divorciadas que opten por adoptar, deben haber sido evaluadas física, mental (o psicológica) y moralmente idóneas por el SENAME o un organismo acreditado, de igual forma que los matrimonios (Artículo 21 Ley N° 19.620).

Establece además que el interesado o interesada deberá haber participado en uno de los programas de adopción a que se refiere el artículo 7.

El profesor CORRAL señala que “con esto el legislador pretendió enfatizar que la adopción por personas solteras sólo se autorizaría como alternativa a la internación de un menor en un establecimiento de protección, cuando se acreditaran garantías de especial preparación y madurez del adoptante”.⁸³

⁸³ CORRAL, H. Op. Cit., p. 213. “Se decidió hacerles exigible, en forma determinada, la obligación de haber participado en los programas de adopción, lo cual implicará una mejor evaluación de sus condiciones para asumirla”. Informe de la Comisión Constitución Senado, p. 531.

No deja de ser curiosa la redacción utilizada por el legislador en cuanto al requisito de que “este interesado deberá, además, haber participado en alguno de los programas de adopción a que se refiere el artículo 7º”, pues, se da a entender que la participación en uno de los programas referidos, es un requisito adicional aplicable al caso de adopción individual, pero lo cierto es que “tanto para la ley como para el reglamento la evaluación de idoneidad se debe producir como parte del desarrollo de un programa de adopción. Por ello el requisito es igual tanto para matrimonios como para personas solteras: participar en un programa de adopción del cual surja el informe o certificación de idoneidad que deberán presentar ante el tribunal”.⁸⁴

En la adopción individual, -a diferencia de la adopción conjunta- el conflicto reside en que si bien la norma no prohíbe en abstracto la adopción individual por personas gays o lesbianas, en los hechos, la orientación sexual de estas personas sí podría ser relevante a objeto de otorgarse o no la adopción de un niño o niña, principalmente en el momento en que la persona que desea adoptar se someta a la evaluación de idoneidad establecida en la ley.

En este sentido, las situaciones de discriminación podrían darse dentro de las instituciones a cargo de los programas de adopción o por medio de cualquiera de los operadores que participe en el procedimiento de adopción o en los trámites previos a éste, en la medida que la orientación homosexual o lésbica sea considerada contraria al interés superior del niño.

A este respecto el profesor CORRAL señala que “nuestra ley ha vedado por completo la posibilidad de adopción por homosexuales, e incluso para evitar que se

⁸⁴ *Ibid*, p. 213.

hicieran malas interpretaciones del texto que hablaba en plural, (podrán adoptar personas solteras o viudas) se convino en sustituirlo por el singular”.⁸⁵ Así consta además en el informe de la Comisión Mixta de la tramitación de la ley de adopción en donde se afirma que con ello “se impide que soliciten la adopción parejas que carecen de vínculo conyugal o, incluso, que estén compuestas por personas del mismo sexo”.⁸⁶

2.2.2. Crítica a su carácter excepcional

La adopción de un niño o niña por una persona soltera, viuda o divorciada, sólo procede cuando no existan cónyuges interesados en adoptar, o si no existen cónyuges a los que sólo les falte la residencia permanente en el país, así aparece en el artículo 21 de la Ley N° 19.620.

De esta forma, se debe dar prioridad en la adopción a los cónyuges residentes en Chile, “entendiéndose incluido en los matrimonios residentes el caso de la adopción conyugal post mortem”.⁸⁷ Se preferirá luego a los cónyuges no residentes en Chile, y para ello el SENAME debe certificar que no existen matrimonios residentes en Chile interesados en adoptar, sobre la base del registro de personas interesadas (Artículo 30 Ley 19.620). Solo ante la ausencia de matrimonios tiene lugar la adopción por persona individual, e “incluso el supuesto de adopción conyugal post mortem, por ser un caso

⁸⁵ CORRAL, H. Op. Cit., p. 208.

⁸⁶ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Historia de la Ley N° 19. 620, Dicta Normas sobre adopción de menores. Op. Cit. Informe Comisión mixta, p. 541.

⁸⁷ *Íbid*, p. 217.

de adopción por un matrimonio residente o no residente, prefiere al adoptante individual”.⁸⁸

Luego, dentro de la misma adopción individual, la ley determina un sistema de preferencias. Entre varias personas solteras, viudas o divorciadas, el juez preferirá a quién sea pariente consanguíneo del niño o niña, y en su defecto a quién tenga su cuidado personal.

Para el profesor CORRAL, “esta prelación pone de relieve que la aceptación de la adopción por solteros o viudos no reviste los caracteres de consagración de una suerte de familia monoparental como equivalente a la familia fundada en el matrimonio”.⁸⁹

Las críticas -a este respecto- se orientan al cuestionamiento de los criterios que pueden llevar a pensar que una familia matrimonial o biparental es mejor para el interés superior del niño en vez de un sólo padre o una sola madre. Aquí, nuevamente, encontramos un ejercicio de ponderación que realiza la ley en abstracto, en orden a decidir a través de la preferencia establecida, que una pareja casada estará siempre por sobre la posibilidad de que una persona soltera, viuda o divorciada adopte un niño o niña.

A esta dificultad legal, se suma el hecho de la eventual homosexualidad de el o la adoptante que -como será visto más adelante- se ha vinculado también al hecho de no tener pareja, situaciones que inciden en una imagen prejuiciosa que podría redundar - eventualmente- en su calificación de idoneidad.⁹⁰

⁸⁸ Íbid, p. 218.

⁸⁹ Íbid, p. 218.

⁹⁰ Un estudio llevado a cabo por Jociles et. al., ahonda sobre las representaciones de los expertos que inciden en los procedimientos de adopción, sobre situaciones como la

En línea con lo expuesto señala el profesor CORRAL que la adopción individual “ha ocasionado que un niño pueda ser insertado en una familia monoparental que no puede ser el modelo ideal para atribuir la eficacia radical de la adopción que reemplaza un estado civil por otro”⁹¹, sosteniendo que la regulación de la adopción por persona individual no parece beneficiar ni a los niños o niñas susceptibles de adopción ni a los posibles adoptantes solteros, “ya que éstas sólo podrán ser consideradas como potenciales adoptantes cuando no exista matrimonio interesado, sea residente en Chile o en el extranjero”.⁹²

2.3. La adopción por integración

El profesor CORRAL define la adopción por integración o integrativa como “aquella en que el menor se encuentra en desamparo sólo respecto de uno de sus progenitores y no del otro que lo mantiene bajo su cuidado y asistencia y que, además, lo ha insertado en el hogar que ha conformado con su marido o mujer, quien, a pesar de no ser ascendiente biológico del hijo de su cónyuge, lo trata y lo quiere como tal”.⁹³

Salta a la vista que esta definición es demasiado restrictiva para el contexto social

monoparentalidad y la homosexualidad. Este estudio será revisado más adelante. Las representaciones expertas sobre las solicitantes individuales en los procesos de adopción. 2012. Por María Isabel Jociles “et. al”. Revista de Dialectología y Tradiciones Populares. V. LXVII. (2): Pp. 535-558.

⁹¹ CORRAL, H. Op. Cit., p. 216.

⁹² Ibid, p. 217.

⁹³ Ibid, pp. 162-163

de diversidad familiar en que nos situamos actualmente, pues, el profesor CORRAL sólo habla de la integración de un niño o niña a una familia conformada por su progenitor y su cónyuge, lo que necesariamente -como ya se ha mencionado anteriormente- lleva a pensar que la adopción por integración se podría llevar a cabo sólo en el contexto de una familia matrimonial, lo que ciertamente no es así -si bien la ley restringe la adopción por integración al caso de los cónyuges y de los ascendientes del niño o niña- .

Además de la familia matrimonial, debemos considerar otros supuestos, como el caso en que el padre o madre biológico (a) no se vuelve a casar y tiene una relación de convivencia con su pareja, y dentro de tal supuesto, se da también el caso en que dicho padre o madre conforma una relación convivencial con una persona de su mismo sexo, que por lo demás es el caso común de paternidad lésbico-gay en Estados Unidos,⁹⁴ dadas las dificultades que las personas gays y lesbianas encuentran para tener hijos (sobre todo el caso de los gays) tanto por medio de adopción, como a través de técnicas de reproducción asistida, o por medio de reproducción sexual (se debe pensar por ejemplo, que también se dan casos de parejas de lesbianas o de gays que intentan tener hijos entre sí, dando lugar a un tipo de coparentalidad, en donde las tareas de paternidad y maternidad son compartidas entre la pareja de lesbianas o gays y la tercera persona que participó en la reproducción sexual o técnica de reproducción asistida con uno de los miembros de la pareja, o incluso también podría darse el caso de dos parejas que compartan labores de paternidad y maternidad en conjunto,

⁹⁴ “Al respecto, se ha afirmado que los tribunales de 21 estados aprobaron la llamada *second parent adoptions*, o adopción por pareja del mismo sexo del hijo biológico o también adoptado”. ARISTON, A. Adocao por homossexuais. Fronteiras da Família na Pos- modernidade, Río de Janeiro, Renovar, 2006, p. 20. EN: HERRERA, M. Op. Cit., p. 208.

respecto de los mismos hijos).

Sin duda, todas estas son realidades complejas que de igual forma merecen regulación, de manera que los derechos de estas familias queden resguardados.

2.3.1. Requisitos exigidos por ley

El artículo 8 de la Ley N° 19.620 establece que “los menores de 18 años, que pueden ser adoptados, son los siguientes”, y dispone luego en su literal b) “el menor que sea descendiente consanguíneo de uno de los adoptantes, de conformidad al artículo 11”.

El artículo 11 a su vez establece que:

“En el caso del menor a que se refiere la letra b) del artículo 8º, cuando uno de los cónyuges que lo quisieran adoptar es su padre o madre, y sólo ha sido reconocido como hijo por él o ella, se aplicará directamente el procedimiento previsto en el Título III.

Si el hijo ha sido reconocido por ambos padres o tiene filiación matrimonial, será necesario el consentimiento del otro padre o madre, aplicándose, en lo que corresponda, lo dispuesto en el artículo 9º.

A falta del otro padre o madre, o si éste se opusiere a la adopción, el juez resolverá si el menor es susceptible de ser adoptado de conformidad a los artículos siguientes.

En caso de que uno de los solicitantes que quieran adoptar sea otro ascendiente consanguíneo del padre o madre del menor, se aplicará el

procedimiento establecido en los artículos 9º o 13, según corresponda”.

En este sentido, las posibilidades de adopción por integración que contempla la ley son las siguientes: a) La adopción del hijo de uno de los cónyuges adoptantes; y b) La adopción del descendiente consanguíneo, no hijo, de uno de los cónyuges adoptantes, vale decir, la adopción del descendiente en el segundo grado o tercer grado de consanguinidad (nieto o bisnieto).

Dentro de la adopción por integración del hijo de uno de los cónyuges encontramos además: a.1) Caso del hijo que ha sido reconocido por ambos padres, de filiación matrimonial o no matrimonial; y a. 2) Caso del hijo reconocido sólo por su padre o madre.

2.3.2. La adopción del hijo por parte del padre o madre y su actual cónyuge

Los requisitos de procedencia de este tipo de adopción, son:

- a. Que el adoptado sea hijo biológico con filiación determinada - matrimonial o no matrimonial- reconocido por uno de los adoptantes.
- b. Que el adoptado no sea hijo biológico de uno de los adoptantes
- c. Que el adoptante progenitor y el adoptante no progenitor estén unidos en matrimonio.

2.3.3. La situación del progenitor biológico no adoptante

a. Hijo matrimonial o no matrimonial reconocido

Este caso supone que el hijo fue reconocido ya sea por la unión matrimonial de los cónyuges, ya sea por su padre y por su madre no casados, y que además el padre o madre biológico (a) ha decidido conformar otra unión ya sea matrimonial o convivencial con otra persona. En este último caso, podría darse eventualmente la adopción por integración en el contexto de una pareja del mismo sexo, en la cual la pareja del padre o madre biológico (a) quisiera compartir el rol de paternidad o maternidad con su pareja respecto del hijo o hija biológico (a) de éste último.

No obstante, como ya se dijo, la adopción por integración sólo tiene lugar en el contexto de un matrimonio, por lo que sólo pueden adoptar bajo esta modalidad parejas heterosexuales casadas, y en este sentido, el matrimonio sólo podrá adoptar bajo el supuesto de adopción conjunta, lo que genera inconvenientes respecto a la filiación que tenga el niño o niña respecto de su otro progenitor biológico, vale decir, aquél que no es partícipe de este procedimiento de adopción.

En estos casos, la ley exige el consentimiento del otro progenitor, y lo mismo ocurre en el caso del progenitor, padre no matrimonial, siempre que dicha calidad derive de un acto de reconocimiento del niño o niña como hijo o hija.

Si el progenitor citado consiente o no concurre a las dos citaciones que por ley deben hacerse, se declarará la adoptabilidad del niño o niña por voluntad de entrega.

Si concurre al tribunal y se opone a la adopción, el juez resolverá el caso de acuerdo a los requisitos de adoptabilidad por desamparo y la aceptará o rechazará si

se acreditan las causales para ello.

Otra situación que la ley contempla es “la falta de padre o madre”. Según el profesor CORRAL, “cabe excluir el supuesto de que la paternidad o maternidad no esté determinada, ya que existe norma especial al respecto (...) quedando (para este supuesto de ausencia de padre o madre) los casos de demencia o inhabilidad física, ausencia o fallecimiento”.⁹⁵

b. Hijo de filiación no determinada o no matrimonial no reconocido

En este caso, el niño o niña que se desea adoptar es hijo no matrimonial reconocido por el padre o madre que desea adoptarlo en conjunto con su cónyuge, en tanto que, no tiene filiación determinada respecto de su otro progenitor.⁹⁶

En tal caso, la ley dispone que no es necesaria la declaración de adoptabilidad y que los adoptantes podrán iniciar directamente el proceso de adopción.

El profesor Hernán CORRAL critica esta última situación diciendo que “en este caso la ley ignora la situación del progenitor no adoptante y la considera como no relevante”,⁹⁷ y ello “pudiera parecer lógico si la falta de determinación de la filiación ha sido responsabilidad del progenitor no reconociente pero no si se ha debido a la mera ignorancia o a la imposibilidad de efectuar ese reconocimiento por tratarse de un

⁹⁵ CORRAL, H. Op. Cit., p.170.

⁹⁶ El profesor Corral anota que se estaría en este caso también en aquellas ocasiones en que el hijo no matrimonial tenga filiación determinada por medio distinto del reconocimiento (específicamente por sentencia judicial o por el hecho del parto respecto de la maternidad). Ibid, p. 170.

⁹⁷ Ibidem.

menor recién nacido”,⁹⁸ lo que nos demuestra la complejidad de la institución en su aplicación al caso concreto.

2.3.4. Caso de adopción por los ascendientes del niño o niña

En virtud de lo establecido en el artículo 11 de la Ley N° 19.620 “lo dicho precedentemente respecto de los padres se aplicará, asimismo, cuando uno de los cónyuges que quieren adoptar es otro ascendiente consanguíneo del padre o madre del menor”. Esto supone -comúnmente- que se adopte a un nieto biológico.

Los requisitos de procedencia de esta norma son los mismos que aquellos establecidos para la adopción del hijo del cónyuge: a) Que el adoptado tenga la calidad de descendiente por consanguinidad en segundo o más grados respecto de uno de los adoptantes, b) Que el adoptado no sea descendiente biológico de uno de los adoptantes, excluyéndose -según el profesor Hernán CORRAL- la adopción del nieto por ambos abuelos,⁹⁹ y c) Que el adoptante ascendiente y no ascendiente estén casados.

⁹⁸ Ibidem.

⁹⁹ Ibid, p. 169.

3. Cuestionamientos respecto a la idoneidad parental-marental de personas y parejas gay-lésbicas.

3.1. Parejas de hecho del mismo sexo y su situación legal

Al abordar el tema de la adopción de niños o niñas por parejas gay o lésbicas, no se debe olvidar que dichas parejas son al igual que las parejas heterosexuales no casadas, uniones convivenciales o unidas civilmente, sin dejar de considerar sus características específicas.

Dicha constatación va más allá de una consideración formal, se trata más bien de comprender que las formas en cómo se estructuran las familias en el presente son diversas y además están insertas en un proceso de constante evolución y cambio.

Según la Encuesta Nacional UDP del año 2010 -citando a GIDDENS, - “ahora la continuidad de la pareja se basa en el amor (comunicación emocional e intimidad) y no en los vínculos matrimoniales”¹⁰⁰ - y además- “no es que el hecho de formar pareja en sí mismo sea rechazado es sólo que el matrimonio es más débil”.¹⁰¹

Según los datos de la encuesta Casen del año 2009,¹⁰² en Chile la tasa de

¹⁰⁰ GIDDENS, A. 1992. La transformación de la intimidad. Amor, sexualidad y erotismo en las sociedades modernas. Madrid, Teorema-Cátedra. EN: HERRERA, F., y TEITELBOIM, B. 2011. La mirada de los chilenos a la familia. [En línea]. Sexta Encuesta Nacional UDP 2010. Percepciones y actitudes sociales, p. 121. <http://www.encuesta.udp.cl/wp-content/uploads/2011/06/Encuesta_UDP1.pdf> [Consulta: 5 junio 2014].

¹⁰¹ Íbid, p.121.

¹⁰² Según dicha encuesta la tasa de nupcialidad pasó de ser 6,6 en 1992 a 3,3 en 2008. (...) la convivencia también aumenta, cada vez son más parejas que posponen o evitan el matrimonio. Entre 1990 y 2009, se incrementa la cantidad de hogares cuyo jefe de hogar es soltero, separado o conviviente y disminuyen de 64% a 45,6% las familias cuyos jefes de hogar son

nupcialidad (cada mil habitantes) ha disminuido.

GARCÍA RUBIO, por su parte afirma que “en casi todas las sociedades occidentales se observa un decrecimiento del número de matrimonios, mientras que al tiempo en todas ellas se produce un crecimiento exponencial de las parejas de hecho (...)”.¹⁰³

De esta forma, se puede constatar que las convivencias de hecho tienen cada vez más ocurrencia en nuestras sociedades, y así mismo se les ha reconocido también legalmente, mientras que al mismo tiempo se constata un descenso en la cifra de matrimonios.

Los datos proporcionados, además, concluyen que el número de niños nacidos fuera del matrimonio se ha incrementado,¹⁰⁴ tendencia que también se ha verificado en Europa.¹⁰⁵ GARCÍA RUBIO afirma además que: “no cabe duda que un número importante de estos nacimientos se producen en el seno de parejas que no han formalizado su situación”.¹⁰⁶

Según la misma autora, los motivos para elegir la convivencia fuera del matrimonio

casados/as.

La encuesta muestra un importante descenso del número de jefes de núcleo casados y un incremento de las convivencias y de personas sin pareja a cargo del núcleo familiar. Encuesta Casen. Año 2009. [En línea] pp. 2 - 44. <http://www.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/casen2009/casen_2009_familia.pdf>. En el mismo sentido el Informe de política social, año 2011. [En línea] <http://www.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/ipos/pdf/ipos_2011_poblacion.pdf>

¹⁰³ GARCÍA, M. 2007. Las uniones de hecho en España. Una visión jurídica. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (10): p. 113.

¹⁰⁴ Según los datos del INE en 1996 la proporción de mujeres que fueron madres por primera vez y que no estaban casadas fue de 55,3 %, mientras que en el año 2004 dicha proporción aumentó al 72,7%. Encuesta Casen, Op. Cit., 2009.

¹⁰⁵ GARCÍA, M. Op. Cit., p. 114.

¹⁰⁶ Íbidem.

como forma de vida en pareja son variados, y entre otros, encontramos “la convivencia fáctica por la existencia de algún obstáculo legal que impide el matrimonio entre dos personas que desean acceder a él”.¹⁰⁷

De esta manera, la unión entre personas del mismo sexo, es una de las tantas que es posible identificar en la categoría más amplia de uniones convivenciales, las que actualmente pueden unirse civilmente.

Sin embargo - al menos en Chile- las parejas del mismo sexo se ven situadas en un contexto distinto al de las parejas heterosexuales que conviven, pues, estas últimas en cualquier momento a través de su propia voluntad podrán contraer matrimonio y con ello adoptar, mientras que en el caso de las parejas del mismo sexo, al encontrarse vedada la posibilidad de que contraigan matrimonio, estos no podrán acceder a la única posibilidad que la ley chilena concede para efectos de adoptar conjuntamente a un niño o niña.

En el presente, existen realidades familiares que no pueden optar por régimen de regulación alguno que les reconozca legalmente en el ámbito paterno-materno filial, y por ello, las personas integrantes de dichos grupos familiares ven marginados y vulnerados sus derechos, y en este sentido, GARCÍA RUBIO señala que la llamada “unión libre no siempre es una derivación de la libre voluntad de sus miembros”¹⁰⁸, y el ejemplo más paradigmático de esta conclusión, viene dado por las parejas del mismo sexo, que no encuentran en la ley reconocimiento alguno de los vínculos entre ellas y los hijos que tengan, o decidan eventualmente tener, así lo señalan ABOLAFIO y

¹⁰⁷ Íbidem.

¹⁰⁸ Íbid, p. 115.

RUBIO citando un informe sobre la realidad social de las familias formadas por lesbianas, gays y sus hijos/as en donde “se constata la posibilidad de que las parejas lesbianas y gays sean madres y padres biológicos, pero no se reconoce legalmente el rol que sus parejas están asumiendo como padres/madres implicándose en la educación, cuidado y soporte emocional y económico de sus hijos. Lo mismo puede ocurrir con menores que son adoptados por personas solas de orientación homosexual que viven con sus parejas y que se plantean la adopción como un proyecto en común”.

¹⁰⁹ (Esta afirmación fue hecha con anterioridad a la reforma sobre matrimonio y adopción en España).

Al mismo tiempo, el matrimonio es la institución más completa en nuestro ordenamiento jurídico para efectos de constituir una familia reconocida por el derecho, institución que se encuentra “naturalizada”, vale decir, se le atribuyen características de inmutabilidad, y que es heredada por un concepto de familia también naturalizado y que coincide con el tipo de familia nuclear, lo que implica pretender que la familia “siempre fue así (...) y siempre será así (...) cosa que desmiente el cambio de las condiciones de existencia de lo que se denomina familia y que la propia historicidad demuestra”.¹¹⁰

El problema de la naturalización de la familia matrimonial es que con ello se desnaturalizan otros tipos de familia que se constituyen al margen del matrimonio y que por ello no cuentan con debido reconocimiento legal.

¹⁰⁹ ABOLAFIO, E., RUBIO, M. 2004. Adopción y parejas de hecho. Revista Portularia. (4): p. 235.

¹¹⁰ FIGARI, C. 2011. Matrimonio igualitario: ciencia y acción política. En: SOLARI N. y VON OPIELA, C. Matrimonio entre personas del mismo sexo. Ley 26.618. Buenos Aires, Argentina. Editorial La Ley, 2011. p.6.

A este respecto, es interesante el desarrollo que realiza GARCÍA RUBIO en cuanto a la manera de legislar sobre paternidad gay y maternidad lésbica en España, y en este sentido, la autora plantea que “en la actual coyuntura legal hay que extender la posibilidad de adopción conjunta a las parejas homosexuales, quienes a día de hoy, [luego de la reforma], se ven obligados a contraer matrimonio si quieren acceder ambos a la condición de padres del niño, [...] el legislador debería garantizar el deseo de los convivientes de no casarse y, en consecuencia, no quedar sometido a efectos jurídicos no deseados, tanto por el respeto a la libertad negativa derivada del artículo 32 de la CE, como por el general respeto al principio de libre desarrollo de la personalidad contenido en el artículo 10.1 del mismo texto constitucional.”¹¹¹

En Chile esto sucedería respecto de las parejas heterosexuales que deseen adoptar un niño o niña pero no contraer matrimonio, y sucedería eventualmente si se optase por legislar la apertura del matrimonio para toda pareja, independiente de su orientación sexual y con plenos efectos, -como sucedió en España- y en tal hipótesis, las parejas del mismo sexo que así mismo deseen adoptar pero no casarse.

Recapitulando, es importante quedarnos con algunas ideas: primero, el hecho de

¹¹¹ Desde 1987, el Código Civil de España reconoce la posibilidad de que los matrimonios y las parejas constituidas por un hombre y una mujer unidos de forma permanente por una relación de afectividad análoga a la conyugal adopten de forma conjunta. GARCÍA, M. Op.Cit., p. 130.

Artículo 32 Constitución Española. 1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. 2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.

Artículo 10 Constitución Española. 1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. ESPAÑA. Cortes Generales. 1978. Constitución Española. 29 diciembre 1978. [En línea] <<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>>

que hoy en día existen distintas realidades familiares, y debemos tener en cuenta que las familias homoparentales, al igual que los otros tipos de familias, no siempre tienen la misma configuración tradicional de dos padres o dos madres y sus hijos “sino que muestran toda la rica diversidad familiar que existe en la sociedad: monoparentales, adoptivas, reconstituidas, etc.”,¹¹² segundo -y como consecuencia de lo anterior- el matrimonio ya no es la única forma en que las personas deciden conformar una familia; y tercero, que al menos en Chile -y en numerosas legislaciones- estas diferentes formas de configuración de la familia no cuentan con regulación legal específicamente en cuanto a las relaciones materno o paterno filiales de parejas de lesbianas y gays respecto de sus hijos, ni mucho menos en cuanto a reconocer la paternidad o maternidad adoptiva (entre otras) como una forma esencial de constituir familia para este grupo de personas.¹¹³

3.2. En cuanto a las motivaciones para adoptar

Un argumento común en el debate en general, y que ha sido recogido por la

¹¹² Diversidad familiar: apuntes desde la antropología social. 2013. Por Jesús Sanz “et. al”. RTS- Revista de treball social. (198): p. 35

¹¹³ La Ley N° 20.830 publicada en el Diario Oficial con fecha de 21 de abril de 2015, y que entra en vigencia en octubre del mismo año, crea el Acuerdo de Unión Civil. Respecto al particular, la nueva ley no establece norma alguna relativa a la filiación adoptiva o biológica de los hijos o hijas de los convivientes civiles. Sólo establece en su artículo 4 que el conviviente civil tendrá parentesco por afinidad con los consanguíneos del otro conviviente, sin hacer distinciones respecto a los hijos. Otra norma que resulta de interés es la contenida en su artículo 45, que reemplaza el artículo 226 del Código Civil en materia de inhabilidad de ambos padres para ejercer el cuidado personal de los hijos, debiendo el juez tener especial consideración respecto del conviviente civil del padre o madre a efectos de otorgar el cuidado personal, sin hacer distinción de si se trata de un conviviente de igual o distinto sexo.

doctrina, es aquél referido a los fundamentos de la adopción, enfatizando que la adopción de niños y niñas busca principalmente resguardar su interés superior,¹¹⁴ en aquellas situaciones de abandono, desamparo y desprotección de sus derechos.

Sin duda este es un principio compartido por todos, sin embargo, tras este argumento de defensa del bienestar del niño o niña y sus derechos, parece haber escondida cierta lógica prejuiciosa al momento de hablar de adopción por parte de lesbianas y gays. Digo esto porque en el caso de adopción por parejas heterosexuales, en ningún momento se argumenta que dada su orientación sexual, sean inidóneos para entregar al niño o niña adoptado ese ámbito familiar proclive a su interés superior. Ello se constata en que en ningún caso se contrapone el interés superior del niño o niña susceptible de ser adoptado, a su eventual adopción por parte de una pareja heterosexual,¹¹⁵ muy por el contrario, se asume en abstracto que dicha pareja heterosexual (casada) es el ambiente familiar más óptimo al que un niño susceptible de adopción puede optar, y ello se comprueba en los criterios de análisis de idoneidad para que una persona o pareja pueda adoptar, pues, siguen reproduciendo un modelo de familia heterosexual.¹¹⁶

¹¹⁴ En este sentido, ABAD, E. Op.Cit., p.42; ABOLAFIO, E. y RUBIO, M. Op. Cit., p. 232 y CORRAL, H. Op. Cit., pp. 57 y ss.

¹¹⁵ La contraposición entre interés superior del niño y familias homoparentales -en cambio- sí se verifica. En su estudio sobre representaciones expertas de las solicitantes individuales de adopción, Jociles et. al., sostiene que estos expertos “no sólo se erigen en garantes del interés del menor, sino que también, guiados por el conocimiento experto, definen en qué consiste ese interés, que en el campo familiar se confunde con la familia biparental y heterosexual frente a la monoparental o la homoparental”. JOCILES et.al., Op, Cit., p. 555.

¹¹⁶ A este respecto señalan Abolafio y Rubio que “al margen de que los criterios para la valoración de idoneidad de los solicitantes no sean discriminatorios en cuanto a la orientación sexual de los mismos o que la Ley de Parejas de Hecho Andaluza recoja el acceso de las parejas homosexuales al acogimiento de menores, los criterios de selección regulados priorizan el modelo tradicional de familia, formado por parejas de distinto sexo y preferentemente con hijos”. ABOLAFIO, E. y RUBIO, M. Op. Cit., p. 235.

Por otra parte, en ningún momento del debate jurídico se hace alusión ni se cuestionan a priori los motivos que dicha pareja tiene para adoptar, por el contrario, se naturaliza el hecho de que la pareja heterosexual en algún momento de su vida en conjunto querrá tener hijos. Incluso, se muestra como una razón socialmente aceptada el acceder a la adopción cuando los matrimonios no pueden tener hijos biológicamente.¹¹⁷

El escenario es distinto cuando se trata de adopción por parte de gays y lesbianas, pues, en estos casos inmediatamente se cuestiona la idoneidad de estas parejas a efectos de proporcionar al niño susceptible de ser adoptado un ambiente familiar que propenda a su mayor desarrollo e interés superior¹¹⁸ y seguido de eso, comienza a

¹¹⁷ En esta línea, el profesor Hernán Corral señala “Es cierto que la figura de la adopción reconoce en la protección del adoptado su fundamento principal. No obstante, pensamos que no puede ignorarse que la adopción cumple también otros roles que le sirve de fundamento: uno de ellos es el de otorgar descendencia a parejas que no pueden engendrar”. CORRAL, H. Op. Cit., p. 58.

¹¹⁸ El Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre pone de manifiesto que “en el actual estado de la ciencia existe incertidumbre sobre el desarrollo de un niño /a educado por un homosexual y privado de la doble referencia materna y paterna. Las posibles incidencias de una adopción por un adulto homosexual en el desarrollo psicológico y en general sobre la vida futura del niño/a -sostiene el tribunal- no ha merecido una respuesta unívoca entre los especialistas, que, en este punto, aparecen divididos” (Rubio, 2002: 2164). ABOLAFIO, E. y RUBIO, M. Op. Cit., p. 236.

A este respecto, ha sostenido también Carlos Figari, en relación a los estudios que son contrarios a la homoparentalidad que “estas generalizaciones (en cuanto a la calificación de gays y lesbianas como personas sometidas a “desórdenes de conducta”) buscan generalizar de forma espuria y simplemente prejuiciosa rasgos en general a un sector de la población y, en virtud de ello prohibirles determinados derechos. En este caso, el derecho a conformar una familia, a reproducirse, al matrimonio igualitario”. Matrimonio igualitario, ciencia y acción política. FIGARI, C. Op. Cit., p. 18.

En la misma línea Sanz et. al., sostienen que pese a los estudios realizados en el campo de lo empírico sobre homoparentalidad, “en cualquier caso las familias homoparentales se ven constantemente interpeladas a demostrar su aptitud parental. Conviene no olvidar que estas familias enfrentan la homofobia, que aún está presente en una minoría de la sociedad y que puede reflejarse en una falta de referentes y en discriminación a nivel simbólico, laboral o a la

cuestionarse cuáles son los motivos que una pareja de gays o de lesbianas tendrían para acceder a la adopción de un niño o niña, de manera que acá ocurre el efecto inverso al caso de las parejas heterosexuales, pues, se “desnaturaliza” ¹¹⁹ el hecho de que una pareja del mismo sexo desee tener hijos, vale decir, se muestra como una situación extraña, no propia de este tipo de parejas y se argumenta que las parejas del mismo sexo no son idóneas para adoptar, y que no son capaces de brindar un ambiente familiar que cumpla con las labores de una buena crianza, pero, además, se estigmatizan ¹²⁰ los motivos que una pareja del mismo sexo pudiera tener para adoptar, aduciéndose por ejemplo que “no se busque un niño para una pareja que pretende satisfacer sus íntimos e individuales anhelos de experimentar la paternidad, sino una familia para que un niño pueda desarrollar su personalidad armónicamente”, ¹²¹ ¹²² o

hora de acceder a determinados servicios”. Sanz et. al., Op Cit., pp. 34-35.

¹¹⁹ En tal sentido Jorge Scala al plantear que “otorgarles a las parejas homosexuales la posibilidad de adoptar niños es una de las formas perversas de prostituir el noble instituto de la adopción. Y ello por una razón lapidaria: quienes por elección vital libre decidieron llevar un estilo de vida que los hace absolutamente incapaces de procrear, por esa misma decisión se autoexcluyeron de la crianza y educación de otros niños por vía de la adopción”. SCALA, J. 2005. Uniones homosexuales y derechos humanos. Revista Persona y bioética. Vol. 9 (1): p. 96.

¹²⁰ De igual forma se ha llegado al extremo de sostener “que las parejas homosexuales, de facto, no tienen ningún interés en adoptar niños. En efecto, en España hay dos comunidades autonómicas que tienen autorizado este tipo de adopciones: Navarra, desde julio del 2000, y sólo hubo dos adopciones, y el País Vasco desde mayo de 2003 y sólo hubo una adopción. Y en los tres casos se trató de hijos biológicos de una integrante de la pareja lesbiana”. Íbid, p. 96.

¹²¹ CORRAL, H. Op. Cit., p. 209.

¹²² En una línea similar, pero con una postura algo más matizada, CÁRDENAS sostiene sobre la situación de adopción por homosexuales en México D.F., que: “la adopción es una medida de protección del niño privado de una familia y se basa en su interés superior, no en los deseos de los adultos, ante todo consiste en dar una familia a un niño y no un niño a una familia”. CÁRDENAS, E. 2010. La adopción en México. Situación actual y perspectivas. Letras jurídicas. Revista multidisciplinar del CEDEGS. Año 11. (21): p. 11.

que “no es una cuestión de igualdad sino de idoneidad para adoptar considerando el interés primordial del menor y no las aspiraciones y deseos de autosatisfacción de los adoptantes”.¹²³

De este modo, se asume que las parejas gay-lésbicas que desean adoptar (o tener) hijos, lo hacen en un afán de “experimentar” la paternidad, o de cumplir deseos de “autosatisfacción”, y por otra parte, que tales parejas no pueden argumentar que están siendo discriminadas, pues, sus deseos propios de adopción no dicen relación con la finalidad de adoptar un niño o niña.

Este argumento me parece criticable. Primero, porque caracteriza con un cierto propósito egoísta los intereses que tienen en adoptar las parejas gays o lésbicas al decir que éstas pretenden cumplir deseos de autosatisfacción, o de experimentar la paternidad, generalizando los motivos que estas parejas presentan para adoptar y mostrándolos como adversos a los fines que persigue la adopción, pero, además, porque hace ver como un mal propósito el deseo de ser padre o madre, motivo que a final de cuentas se encuentra presente en cualquier pareja que desee adoptar. A este respecto, Pablo CABALLERO, en un estudio de caracterización de las familias homoparentales, ha señalado que: “del mismo modo que ocurre en las familias heteroparentales, se tiende a percibir la paternidad y la maternidad como un paso más dentro de una relación estabilizada y fruto del consenso en la pareja”.¹²⁴

En segundo lugar, se hace pensar que las personas gays o lesbianas no son y

¹²³ Íbid, p. 209.

¹²⁴ CABALLERO, P. Fundamentos de análisis para la caracterización de las familias homoparentales españolas, p.18. [En línea] Universidad de Murcia, España. <<http://www.fes-web.org/uploads/files/modules/congress/11/papers/2089.docx>> [Consulta: 04 junio 2014].

nunca han sido padres o madres, y por ello desean “experimentar” la paternidad o maternidad, o “autosatisfacer sus deseos” de ser padre o madre, porque nunca lo han sido, y es una experiencia nueva para ellos. Ciertamente este argumento está fuera de toda realidad, pues, como ya se ha dicho, la paternidad o maternidad gay- lésbica ha sido invisibilizada por años, pero ello no quiere decir que sea inexistente.¹²⁵ A este respecto María del Mar GONZALEZ et.al., han señalando que “las homoparentales constituyen, a nuestro juicio, el tipo de familia menos conocido y aceptado de todo el conjunto de nuevos modelos familiares que en este momento están presentes en nuestra sociedad”,¹²⁶ pues, “continúan careciendo todavía del reconocimiento social necesario, [...] tampoco figuran en los datos oficiales del Instituto Nacional de Estadística, ni son contempladas en los tratados recientes acerca de la realidad familiar española [...]”.¹²⁷

Lo cierto es que el asunto de las motivaciones que tienen las parejas al momento de adoptar ha sido objeto de estudio, sin embargo, sostienen ABOLAFIO y RUBIO que

¹²⁵ Así, Rafael Portugal señala que en el censo de Estados Unidos de 2000, el 33% de parejas del mismo sexo formadas por mujeres que viven juntas y el 22% de parejas del mismo sexo formadas por varones que viven juntos, informaron que vivía con ellos al menos un niño menor de 18 años, lo que significa una presencia significativa de al menos 163.879 hogares en Estados Unidos, encabezados por padres gays o madres lesbianas. PORTUGAL, RI. Estudios sobre homoparentalidad: revisión científica y análisis metodológico [En línea] <<http://www.felgtb.org/temas/familias/documentacion/investigaciones/i/1382/531/estudios-sobre-homoparentalidad-revision-cientifica-y-analisis-metodologico>> [Consulta: 05 junio 2014].

¹²⁶ Ajuste psicológico e integración social en hijos e hijas de familias homoparentales. 2004. Por María del Mar González “et al”. Infancia y Aprendizaje. 27 (3): p. 328. En esta misma línea, Frías, Pascual y Monterde al afirmar “Las familias con padres gays y madres lesbianas ya existen en nuestra sociedad, no estamos hablando de su posible configuración. Son una realidad aunque desconocemos su número”. Hijos de padres homosexuales qué les diferencia. 2004. Por María Dolores Frías “et al”. En: V CONGRESO VIRTUAL de Psiquiatría. Interpsiquis, 1-28 Febrero 2004. Universidad de Valencia. p. 4. [En línea] [www.psiquiatria.com/congreso](http://www.familieslg.org/comun/bibliografia/pdf/frias_2004.pdf) <http://www.familieslg.org/comun/bibliografia/pdf/frias_2004.pdf> [Consulta: 05 junio 2014].

¹²⁷ GONZÁLEZ, M. et. al. Op.Cit., p. 328.

“(…) no todas las motivaciones para la adopción se consideran adecuadas”¹²⁸ y citando a AMORÓS y FUERTES, indican algunos factores asociados a un buen pronóstico en la adopción como “ausencia de excesivo estrés, fuerte motivación para proporcionar un hogar a un menor, estabilidad en las relaciones de pareja,¹²⁹ calidad en las habilidades parentales, tolerancia a la diferencia, flexibilidad de roles y normas, realismo desde el principio acerca de las posibles dificultades”,¹³⁰ entre otras.

Ninguna de estas características se restringe necesariamente a las parejas de personas de distinto sexo, pues, dicen relación con ciertas aptitudes de otorgar un bienestar permanente a los niños y niñas adoptado -y más aún- algunas características como la tolerancia a la diferencia y la flexibilidad de roles y normas, están asociadas igualmente a personas y parejas gays- lésbicas.¹³¹

¹²⁸ ABOLAFIO, E. y RUBIO, M. Op. Cit., p. 232.

¹²⁹ En este sentido, concuerdan con el estudio de Jociles et. al., en donde se sostiene que los expertos que inciden en procedimientos de adopción “tienen igualmente la percepción de que la monoparentalidad entraña riesgos de diferente tipo para el desarrollo y el bienestar infantil debido a que, en su opinión, la crianza y educación del niño o niña que es adoptado por una sola persona tiene mayor complejidad ¿Qué razones aducen? Que todos los niños y niñas desean tener un padre y una madre, que los papeles del padre y de la madre son complementarios, que necesitan una figura masculina y otra femenina con la que identificarse emocionalmente, que no se les debe añadir carencias a las que ya traen de sus lugares de origen (entendiéndose por tanto la familia monoparental como carencial)”. JOCILES, M. et. al., Op. Cit., p. 539. Del mismo modo, este alcance podría realizarse respecto de las familias homoparentales, al no contar con la dualidad padre-madre, y ser calificadas luego como “carenciales”.

¹³⁰ AMORÓS, P. y FUERTES, J. (2000): “La adopción hoy”. En: P. AMORÓS y P. AYERBE (eds.): Intervención educativa en inadaptación social. Madrid, Síntesis; 167-196. Citado En: ABOLAFIO, E., RUBIO, M. op. cit., p. 233.

¹³¹ En esta línea, GONZÁLEZ M., y LÓPEZ, F. 2005. ¿Qué hemos aprendido de las familias homoparentales en España? En: III CONFÉRENCE INTERNATIONALE sur l' Homoparentalité, 25 y 26 de octubre de 2005. París, Francia. Organizada con el apoyo de GLPA, le CNRS, EHESS, INED, es decir, el alcalde de París, Ile-de-France y de IBM. p. 10. [En línea]. <[http://www.fsc.ccoo.es/comunes/recursos/99922/doc21513_Que_hemos_aprendido_de_las_familias_homoparentales_en_Espana .pdf](http://www.fsc.ccoo.es/comunes/recursos/99922/doc21513_Que_hemos_aprendido_de_las_familias_homoparentales_en_Espana.pdf)> [Consulta: 05 junio 2014].

3.3. La idoneidad moral

El cumplimiento del requisito de idoneidad moral al momento de adoptar es sin duda un punto complejo de tratar, teniendo en cuenta las dificultades conceptuales que pudieren existir en su exigencia. Luego, cabe preguntarse ¿qué se entiende por idoneidad moral?

La relevancia de esta discusión radica en los efectos que pudiere generar para un potencial adoptante la aplicación de este concepto en orden a aceptar o denegar su solicitud de adopción argumentando que éste es inidóneo.

El problema consiste en que a través de un concepto determinado de idoneidad moral se intente introducir en la práctica perspectivas individuales de lo que se entiende por moral, de manera que el cumplimiento de este requisito se mida de acuerdo a parámetros subjetivos, lo que provocaría incerteza respecto de su contenido -ya que lo moral o no moral dependería del operador a cargo en el procedimiento de adopción-, originando además respuestas arbitrarias por parte de dichos operadores.

Sin duda, el contenido que se dé al concepto de idoneidad moral no deja indiferente a ninguna persona gay o lesbiana que pretenda adoptar, ya sea que lo haga en pareja (en la eventualidad de que ello tenga cabida a través de una reforma legal) o individualmente, y lo cierto es que en este último caso hay evidencia de cuestionamientos a la moralidad de el o la solicitante individual que dicen relación con su orientación gay o lésbica, en circunstancias de que la ley no distingue respecto a la orientación sexual de quién pretenda adoptar.

¿Es la orientación sexual un factor que debiese incidir en la idoneidad moral de los o las solicitantes de adopción? A continuación se analizará en detalle este punto.

3.3.1. ¿Qué sucede con las y los adoptantes individuales?

Se ha mencionado que una persona gay o lesbiana que desee adoptar podría hacerlo individualmente, ya que la ley no hace exclusiones en cuanto a la orientación sexual del postulante. Sin embargo, numerosas son las evidencias que llevan a pensar que un procedimiento de adopción de esta naturaleza es dificultoso para quien opte por esta vía, debido a que podría enfrentar diversas representaciones prejuiciosas -de parte de los operadores que incidan en el procedimiento de adopción- respecto de sus circunstancias personales y orientación sexual, que podrían influir negativamente en su calificación de idoneidad.

A este respecto SÁEZ et. al., realizan un llamado de atención a los profesionales del trabajo social indicando que “cualquier profesional de esta disciplina tiene hoy que tener en cuenta que no todos los padres y madres son heterosexuales. Además, teniendo en cuenta que las generaciones más jóvenes de personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales (LGBT) han incorporado a sus horizontes vitales la posibilidad de casarse y tener hijos, el número de padres y madres en este colectivo no hará más que crecer en el futuro, [...] deben saber que todos los estudios realizados con trabajo de campo empírico con niños/as viviendo con padres y madres homosexuales [...] ponen de manifiesto que no existen diferencias sustanciales en su desarrollo personal, social, intelectual y psicoafectivo frente al resto de menores criados en otros tipos de estructuras familiares”.¹³²

Estos prejuicios no solamente se sustentan en la orientación sexual de los

¹³² SÁEZ, J. et. al. Op. Cit., p. 34.

solicitantes, sino que también respecto al hecho de la individualidad, vale decir, se mira con sospecha el que una persona decida adoptar sin pareja. Veremos a continuación cómo estas dos circunstancias se relacionan estrechamente, al punto que podrían importar la denegación de la solicitud de adopción.

JOCILES et. al., sostienen en un estudio realizado a expertos que evalúan y deciden en los procesos de adopción, que estos verían en la monoparentalidad un factor de riesgo para el éxito de las adopciones, de manera que dichas representaciones influyen negativamente en la valoración de la idoneidad y la elegibilidad de las y los adoptantes monoparentales.¹³³

Dichas representaciones contienen preconcepciones acerca de las mujeres por estar solas (también de los hombres) y de las consecuencias de la monoparentalidad para el bienestar de los niños.¹³⁴

Los autores, criticando a los expertos en materia de idoneidad, capacidad y elegibilidad de adoptantes, plantean que los criterios de preferencia respecto de estos últimos y que dicen sustentarse en el interés superior del niño, funcionan más bien bajo un esquema mercantilista,¹³⁵ el que a su vez forma parte de la lógica de los profesionales que participan en procesos de adopción, lo que produce una afectación de la lógica política del derecho a no ser discriminado (a)¹³⁶ cuando se trata de formar o consolidar una familia mediante la adopción.

Dicha lógica mercantilista tendría expresión en denominaciones como la “oferta o la

¹³³ JOCILES, M. et. al. Op Cit., p. 539.

¹³⁴ Ibidem.

¹³⁵ Ibid, p. 544.

¹³⁶ Ibidem.

demanda” de niños y posibles adoptantes, al explicar por ejemplo la circunstancia de que en el presente existen más personas que desean adoptar que niños susceptibles de adopción.

El interés superior del niño se utilizaría como argumento formal de “distinción” respecto a personas que optan por modelos familiares distintos a los convencionales¹³⁷, y para justificar esta lógica mercantilista.

Señala ADROHER, (citado por Jociles) que “el establecimiento de estos criterios, (referidos a la preferencia de unos modelos familiares por sobre otros a la hora de escoger adoptantes) no supone una discriminación contraria al principio de igualdad consagrado constitucionalmente entre potenciales adoptantes, sino la legítima elección de quienes a juicio de la administración responden mejor al superior interés del niño”.¹³⁸

A este respecto, los autores se preguntan en qué se basan estos profesionales para establecer dichas preferencias de unos modelos familiares por sobre otros y en particular de familias constituidas por parejas heterosexuales por sobre las monoparentales o las homoparentales, cuestionando los criterios bajo los cuales se determinan las características que son relevantes al decidir a quiénes asignar los niños: “¿cómo [se] determina las características de los solicitantes de adopción que son relevantes a la hora de decidir a quiénes asignar a los niños?, ¿por qué lo habrían de ser su estructura familiar o su orientación sexual y no el nivel de ingresos

¹³⁷ Íbidem.

¹³⁸ ADROHER, S. 2007. Capacidad, idoneidad y elección de los adoptantes en la adopción internacional: un reto para el ordenamiento jurídico español». Revista Crítica de Derecho Inmobiliario 701. P. 986. En: Ibid, p. 544.

económicos, la cantidad de tiempo que la futura madre o el futuro padre podrán dedicar a la crianza o los rasgos fenotípicos de los mismos, por ejemplo?”¹³⁹

Una respuesta generalizada ha sido sostener que la especial situación de carencia y vulnerabilidad de los niños susceptibles de ser adoptados los sitúa desde ya en un lugar de diferencia social, y que por ello la familia adoptiva más que potenciar dichas diferencias debe asegurar un entorno que facilite la integración social del niño o niña susceptible de ser adoptado, y bajo este razonamiento, sería mejor para el interés superior del niño que sea adoptado por parejas biparentales y heterosexuales.¹⁴⁰ Desde esta perspectiva, los modelos familiares no convencionales por los que optan los y las eventuales adoptantes son mirados como objeto de sospecha, entre ellos, por ejemplo, las mujeres solas u hombres solos, descubriéndose que tal situación se interpreta como efecto de una experiencia personal y familiar disfuncional en la que se debe indagar para llegar a sus orígenes:¹⁴¹ por lo general la ausencia del hombre es relacionada a problemas afectivos por parte de esa mujer solicitante, mientras que en otros casos la ausencia de pareja no es tomada como real, sino como una estrategia de camuflaje para ocultar la homosexualidad¹⁴² del solicitante, incluso, en el caso de ser hombres solos, se piensa comúnmente en su homosexualidad o en que pueda ser pederasta.

De esta forma el estudio aporta a la desnaturalización de ideas como: la

¹³⁹ Íbid, pp., 545-546.

¹⁴⁰ Íbid, p. 546.

¹⁴¹ Íbid, p. 547 y ss.

¹⁴² Íbid, p. 550 y 554.

incompatibilidad del derecho de madres o padres y de los niños a tener una familia, la transformación de lo inusual en algo psicológicamente problemático, o de la jerarquización de tipos de familias de acuerdo a ciertas convenciones morales.¹⁴³

A una conclusión similar arriban ANGULO et. al., en un estudio sobre experiencias de familias homoparentales, con profesionales de la psicología en México, al señalar que “en el campo de la psicología, a juzgar por los testimonios de las familias entrevistadas, el heterosexismo es el marco desde donde muchos profesionales, frecuentemente [...] evalúan a las parejas y familias homoparentales como si fueran heterosexuales defectuosas”,¹⁴⁴ agregando que “las instituciones de adopción mexicanas cambiaron su legislación en torno a las adopciones por parte de homosexuales en 2009, [...] [pero] ese cambio legislativo no se ha visto acompañado de la necesaria capacitación del personal implicado en estos procesos”,¹⁴⁵ y en este sentido, “las modificaciones legislativas tendrían que ir acompañadas de [...] la capacitación, la sensibilización, el acompañamiento y una supervisión más cercana a los profesionales para que la ley pueda cumplirse, dado que los directivos de las casas hogar, aunque se han visto obligados a incluir a las parejas homosexuales como posibles adoptantes, siguen funcionando bajo esquemas heteronormativos”.¹⁴⁶

De esta forma, los autores concluyen que los cambios legislativos que permiten a las parejas LGBTI casarse y adoptar, son insuficientes si los profesionales de los que

¹⁴³ *Ibid*, p. 556-557.

¹⁴⁴ Experiencias de familias homoparentales con profesionales de la psicología en México, Distrito Federal. Una aproximación cualitativa. Por Andrea Angulo et. al., Cuicuilco. Escuela Nacional de Antropología e Historia Distrito Federal, vol. 21, (59): p. 222.

¹⁴⁵ *Ibid*, p. 223.

¹⁴⁶ *Ibid*, pp. 223-224.

dependen estas decisiones, siguen siendo formados bajo marcos epistemológicos desactualizados u homófobos, de modo que es importante una formación que les eduque más allá de las preconcepciones de sus marcos teóricos.¹⁴⁷

3.3.2. El caso de los hermanos colombianos

No solo en España o México se ha planteado la inquietud sobre la relación entre orientación sexual e idoneidad moral de los adoptantes, también ha ocurrido en Colombia, y ha sido a raíz de un caso empírico.

Dos hermanos colombianos de 9 y 13 años, abandonados de pequeños, fueron adoptados por un ciudadano estadounidense, el que fue evaluado y declarado idóneo por las autoridades de Colombia y Estados Unidos, entablándose lazos de afecto entre los niños y él durante todo el proceso, siendo finalmente autorizada la adopción por sentencia judicial.

Llegado el momento de irse a Estados Unidos, el padre adoptante, en una charla informal, contó a funcionarios del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (en adelante ICBF) que era gay, y con esa información, “el ICBF decidió separarlo de sus hijos e iniciar un procedimiento de restablecimiento de derechos, que es el mecanismo que la ley prevé para los casos en que el bienestar de los niños está en peligro, y que puede llevar a decisiones tan drásticas, como quitarle los niños al padre y volverlos a entregar para adopción”.¹⁴⁸

¹⁴⁷ Ibid, p. 225.

¹⁴⁸ UPRIMNY, R. Felizmente adoptados, pero tristemente separados. 2011. p.2. [En línea]

Ello produjo que durante meses el padre y sus hijos estuviesen separados, y al solicitar al ICBF que explicara la situación, estos declararon que “consideran que el padre adoptante ocultó una información relevante, que era su orientación sexual”.¹⁴⁹

A este respecto, el abogado del padre adoptivo, Rodrigo UPRIMNY, se pregunta si aquél tenía la obligación de explicar y revelar que es gay sin que nadie se lo preguntara, manifestando que tal obligación no existe, pues, sostiene que la ley colombiana y la psicología universal han concluido que ser gay o heterosexual no es un elemento relevante para determinar en sí mismo la idoneidad de un padre, luego ¿por qué un adoptante tiene que revelar su orientación sexual?¹⁵⁰, a este respecto sostiene el autor que el grado de discriminación e inconstitucionalidad que envuelve una pregunta de este tipo es tal, que la propia oficina del ICBF denegó la posibilidad de que dicha pregunta fuese incluida en los procedimientos de adopción.

En el marco de este proceso, se plantearon dos preguntas por parte de una funcionaria de esta institución al ICBF: la primera, consistía en evaluar la constitucionalidad y legalidad de hacer extensivos los términos relativos a “hombre y mujer” consagrados en el artículo 42 de la Constitución Política de Colombia a propósito de las familias, a lo previsto en el artículo 68 numeral 1 de la Ley N° 1098 de

<<http://lasillavacia.com/elblogueo/dejusticia/29998/felizmente-adoptados-pero-tristemente-separados>> [consulta: 3 junio 2014]

¹⁴⁹ Íbid, p. 2.

¹⁵⁰ Íbid, p. 3.

2006¹⁵¹, y que se refiere a la adopción de personas solteras, con el objeto de “(..) concluir que la persona soltera es un hombre heterosexual o una mujer heterosexual, que en todo caso deberá cumplir con los requisitos de la ley para ser padre o madre a través de la adopción”.¹⁵² La segunda pregunta consistía en si es constitucional y legal que el ICBF incluya en el lineamiento técnico del programa de adopciones la pregunta sobre la orientación sexual a las personas solteras que presenten una solicitud de adopción.

Al respecto, el ICBF responde que la norma en cuestión “no contempla nada acerca

¹⁵¹ **Artículo 42. Constitución Política de Colombia.** La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley. Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable. La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos [...]”. COLOMBIA. 1991. Constitución Política de Colombia. Artículo 42.

Artículo 68 Ley 1098 de 2006. . Requisitos para adoptar. Podrá adoptar quien, siendo capaz, haya cumplido 25 años de edad, tenga al menos 15 años más que el adoptable, y garantice **idoneidad física, mental, moral y social** suficiente para suministrar una familia adecuada y estable al niño, niña o adolescente. Estas mismas calidades se exigirán a quienes adopten conjuntamente [...] **Podrán adoptar: 1. Las personas solteras;** 2. Los cónyuges conjuntamente; 3. Conjuntamente los compañeros permanentes, que demuestren una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos años. [...] 4. El guardador al pupilo o ex pupilo una vez aprobadas las cuentas de su administración. 5. El cónyuge o compañero permanente, al hijo del cónyuge o compañero [...]”. COLOMBIA. 2006. Ley 1098 de 2006: Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. 8 mayo 2007. Artículo 68. [En línea]. <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=22106>> [Consulta: 7 marzo 2015].

¹⁵² INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR (ICBF). 2011. Concepto 5926 DE 2011. [En línea], p. 1 <http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0005926_2011.htm> [Consulta: 7 marzo 2015].

de la orientación sexual”, y que además este tema se encuentra amparado en la Constitución Política “en principios como la dignidad humana, igualdad, el libre desarrollo de la personalidad, y la intimidad, prevaleciendo el respeto por los Derechos Humanos, toda vez que somos un Estado Social de Derecho”.¹⁵³

Señala además que el Estado “debe velar porque la intimidad o vida privada de las personas sea respetada, para que éstas gocen de tranquilidad y su honra no sea vulnerada”,¹⁵⁴ en tanto que “el derecho al libre desarrollo de la personalidad permite que las personas puedan ser lo que pretendan ser mientras no se afecte a las demás, tener la libertad de ejercer lo que deseen, que las haga dignas y libres dentro de la ley”.¹⁵⁵

Luego, citando a la Corte Constitucional de Colombia, señala que: “de acuerdo con la Constitución está proscrita toda forma de discriminación en razón de la orientación sexual”¹⁵⁶ y además “toda diferencia de trato entre personas o grupos que sean asimilables sólo es constitucionalmente admisible si obedece a un principio de razón suficiente”.¹⁵⁷ Agrega también -citando a la Corte Constitucional- que si la orientación sexual viene determinada biológicamente o si es una preferencia sexual asumida libremente por la persona, el resultado constitucional siempre será idéntico, “por cuanto implica que todo trato diferente fundado en la homosexualidad de una persona se

¹⁵³ Ibidem.

¹⁵⁴ Ibidem.

¹⁵⁵ Ibid, p. 2.

¹⁵⁶ Ibidem.

¹⁵⁷ Ibidem.

presume inconstitucional y se encuentra sometido a un control constitucional estricto”,¹⁵⁸ concluyendo el ICBF que es jurídicamente inviable incluir en el lineamiento técnico administrativo del programa de adopciones la pregunta sobre la orientación sexual a las personas solteras que presenten solicitud de adopción, “toda vez que va en contra de la protección constitucional de que nadie puede ser discriminado por su orientación sexual para cuyo efecto tampoco puede ser interrogado en este sentido”.¹⁵⁹

3.3.3. La Corte Constitucional de Colombia y el concepto de moral social

La Corte Constitucional de Colombia se ha pronunciado en numerosas oportunidades sobre la orientación sexual como criterio sospechoso de discriminación, y ha desarrollado en su jurisprudencia criterios relevantes respecto de la adopción por personas y parejas gay-lésbicas, por lo que el análisis en extenso de dicha jurisprudencia será realizado en el Capítulo IV de esta memoria.

Con un propósito más acotado, se analizarán en este apartado dos sentencias de la Corte Constitucional, en donde se plantea ciertos cuestionamientos -por parte de los demandantes - al concepto de “idoneidad moral” contenido en la ley.

Es interesante como la Corte desarrolla sus argumentos, señalando que tal precepto legal no realiza una alusión a conceptos de moral individual, sino más bien a un concepto de moral social o moral pública, dentro del cual, la orientación sexual no tendría cabida como un criterio de distinción razonable en relación a las personas que

¹⁵⁸ Ibidem.

¹⁵⁹ Ibid, p. 3.

desean adoptar niños o niñas.

3.3.3.1. Sentencia C-814 de 2001

a. Fundamentos de la acción de inconstitucionalidad

Las partes aducen respecto del artículo 89 del Código del Menor,¹⁶⁰ que el requisito de idoneidad moral del adoptante contenido en la norma es inconstitucional, por cuanto, en un Estado pluralista y liberal cada persona tiene el derecho a escoger el tipo de moral que estime conveniente y de comportarse de conformidad con tal opción de vida, sosteniendo además, que la exigencia de idoneidad moral no se hace a parejas que van a contraer matrimonio o procrear un hijo, no siendo legítimo formularla respecto de quienes pretenden adoptar.

Además, las partes relacionan la exigencia de idoneidad moral con la orientación sexual del adoptante, señalando, que “al establecer el requisito de moralidad, la ley produce una segregación y una marginación de la población homosexual, la cual sería discriminada”,¹⁶¹ e indicando, además, que “el reproche de falta de idoneidad moral por la condición de homosexual del adoptante resulta inconstitucional, por cuanto esta

¹⁶⁰ Código del menor. **Artículo 89.** Podrá adoptar quien, siendo capaz, haya cumplido 25 años de edad, tenga al menos 15 años más que el adoptable y garantice idoneidad física, mental, moral y social para suministrar hogar adecuado y estable al menor. Estas mismas calidades se exigirán a quienes adopten conjuntamente.

El adoptante casado y no separado de cuerpos sólo podrá adoptar con el consentimiento de su cónyuge, a menos que este último sea absolutamente incapaz para otorgarlo.

Esta norma no se aplicará en cuanto a la edad, en el caso de adopción por parte del cónyuge conforme a lo previsto en el artículo 91 del presente código.” [Norma derogada por Ley 1098 de 2006].

¹⁶¹ Corte Constitucional de Colombia, C-814-01. Bogotá, 2 agosto 2001. p. 11.

opción de vida forma parte del espectro de garantías derivadas del derecho al libre desarrollo de la personalidad”.¹⁶²

Aducen además las partes , respecto del artículo 90 del código del menor ¹⁶³ “que la regulación de la adopción sólo para parejas formadas por hombre y mujer, es discriminatoria de las parejas homosexuales, las cuales tienen derecho a ser tratadas en igualdad de condiciones que las parejas heterosexuales”. ¹⁶⁴

b. Consideraciones de la Corte

La Corte, comienza sosteniendo que en numerosas ocasiones ha analizado la incorporación legal de criterios morales para definir situaciones jurídicas, concluyendo que “si bien ha desechado la adopción jurídica de sistemas morales particulares, ha convalidado, en cambio, la noción de moralidad social como criterio al cual puede acudir el juez constitucional para determinar la conformidad con la Carta [Constitucional] de las normas que persiguen la defensa de un principio de moralidad”,¹⁶⁵ poniendo de relieve que en la sentencia C-224 de 1994, la Corte hizo presente que “la Constitución se refiere a la moral social en su artículo 34, y consagra

¹⁶² Íbidem.

¹⁶³ Código del menor. **Artículo 90.** Pueden adoptar conjuntamente: 1. Los cónyuges “2. La pareja formada por el hombre y la mujer que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos tres (3) años. Este término se contará a partir de la separación legal de cuerpos, si con respecto a quienes conforman la pareja o a uno de ellos, estuviere vigente un vínculo matrimonial anterior.” [Norma derogada por Ley 1098 de 2006].

¹⁶⁴ Corte Constitucional de Colombia, C-814-01. Op. Cit., p. 11.

¹⁶⁵ Íbid, pp. 15-16

la moralidad como uno de los principios fundamentales de la función administrativa, en el 209, -señalando además- que no era posible negar la relación entre la moral y el derecho, ni desconocer que las normas jurídicas en algunos casos tienen en cuenta la moral vigente, para deducir consecuencias sobre la validez de un acto jurídico”.¹⁶⁶

Tal resolución definió, además, el concepto de moral social como: “la que prevalece en cada pueblo en su propia circunstancia”, añadiendo que, “entendida así, la moral no es individual: lo individual es la valoración que cada uno hace de sus actos en relación con la moral social”.¹⁶⁷

Remitiéndose ahora a lo dicho en sentencia C- 404 de 1998, sostiene que “la adecuación del orden jurídico a los mandatos constitucionales no es verdaderamente posible sin atender a las condiciones sociales -dentro de las que ocupa un lugar destacado la moral positiva- en las que pretende operar el ordenamiento”,¹⁶⁸ añadiendo que “nadie en la actualidad exige al juez constitucional que actúe bajo el supuesto del individualismo abstracto y que aparte de su reflexión toda referencia al sistema cultural, social, económico o moral que impera en la comunidad a la cual se dirige”.¹⁶⁹ A este respecto, cita la Constitución Política, la que señala que los derechos de los demás y el orden jurídico limitan el derecho al libre desarrollo de la personalidad,¹⁷⁰ y en tal

¹⁶⁶ Íbid, p. 16.

¹⁶⁷ Íbidem.

¹⁶⁸ Íbidem.

¹⁶⁹ Íbidem.

¹⁷⁰ **Artículo 16 Constitución Política de Colombia.** Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico. COLOMBIA. 1991. Constitución Política de Colombia. Op. Cit., Artículo 16.

situación -señala la Corte- no puede negarse al legislador la atribución de dictar reglas necesarias a fin de preservar el orden público, uno de cuyos componentes esenciales es la moral pública.

De este modo, -prosigue la Corte- “toda norma jurídica que persiga exclusivamente la defensa de un principio de moral pública debe estar sometida a un juicio estricto de proporcionalidad. [...] Sólo si la finalidad corresponde verdaderamente a un principio de moralidad pública [...] y, si es útil, necesaria y estrictamente proporcionada respecto de tal finalidad, podrá resultar ajustada a la Constitución, -de tal forma que- la moralidad pública que puede ser fuente de restricciones a la libertad es aquella que racionalmente resulta necesario mantener para armonizar proyectos individuales de vida que, pese a ser absolutamente contradictorios, resultan compatibles con una democracia constitucional y que, adicionalmente, es indispensable para conjugar la libertad individual con la responsabilidad y la solidaridad que hacen posible este modelo constitucional”.¹⁷¹

Agrega la Corte, que los tratados públicos internacionales sobre derechos humanos aprobados por Colombia convalidan la noción del concepto de moral social o moral pública como referente al cual el legislador puede acudir para definir situaciones jurídicas, permitiendo dichos tratados “limitar ciertos derechos fundamentales, por razones de moralidad pública”¹⁷² y haciendo “referencia explícita a la moralidad social

¹⁷¹ Corte Constitucional de Colombia, C-814-01. Op. Cit., p. 17.

¹⁷². Así por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 12. 1. y 18 ; La Convención Americana de Derechos Humanos en sus artículos 12, 13, 15, 16, y 22 ; y la Declaración de Derechos del Niño, al establecer que los niños gozarán de protección especial. *Ibid*, p. 20.

como objeto jurídico protegido”.¹⁷³

Es a partir de todas estas consideraciones, que la Corte estima que “la exigencia de idoneidad moral hecha por el artículo 89 del Código del menor a quienes pretenden adoptar, no desconoce la Constitución bajo el entendido de que dicha exigencia debe entenderse referida a la noción de moral social o moral pública, en los términos anteriormente comentados, y no a la imposición de sistemas particulares normativos de la conducta en el terreno ético, a los que el juez pudiera estar en libertad de acudir según sus personales convicciones, para definir la suficiencia moral del solicitante”.¹⁷⁴

Considera la Corte, que la ley -a través de estas exigencias- pretende que quien adopte sea en realidad alguien que esté en posibilidad de ofrecer al niño o niña mayores garantías en cuanto a su desarrollo armónico, “y en este sentido, una persona que presenta antecedentes de un comportamiento acorde con la moral social, asegura al Estado en mejor forma que la educación del niño se llevará a cabo de conformidad con dichos criterios éticos. [...] Por el contrario, la entrega del menor a quien desenvuelve su proyecto vital en condiciones morales socialmente repudiadas, como en ambientes donde es usual el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la delincuencia, el irrespeto en cualquier forma a la dignidad humana, etc., pone al niño en peligro de no lograr el desarrollo adecuado de su personalidad y de imposibilitar su convivencia pacífica [...]”,¹⁷⁵ concluyendo finalmente, que la norma objeto de análisis supera el juicio estricto de proporcionalidad al que deben someterse las normas que

¹⁷³ Íbid, p. 22.

¹⁷⁴ Íbid, p. 22.

¹⁷⁵ Íbid, p. 23

persiguen la defensa de la moralidad pública, pues, “asegura que la educación de los menores adoptados se lleve a cabo de conformidad con los criterios éticos que emanan de la noción de moral social [...]”.¹⁷⁶

En cuanto al requisito de idoneidad moral exigido por la norma en examen a las personas que pretenden adoptar, la Corte estima que “la disposición no se refiere de manera explícita a la condición de homosexual del solicitante, para indicar que tal condición sea indicativa de la falta de dicha idoneidad. Esta es una interpretación contraria a su tenor literal, que ha sido hecha por los intervinientes dentro del presente proceso y no por el demandante. Por ello, la Corte no entra a analizar el punto [...]”.¹⁷⁷

Concluye el voto de mayoría de esta resolución de la Corte Constitucional, refiriéndose a la constitucionalidad de la restricción introducida por el numeral 2° del artículo 90 del Código del Menor respecto a la posibilidad de adoptar niñas o niños. Si bien este tema central en esta memoria se desarrollará en el Capítulo IV, no está demás realizar algunas referencias al pronunciamiento de la Corte, la que sostuvo que al no existir una identidad de hipótesis entre la situación de las parejas heterosexuales que viven en unión libre y las parejas del mismo sexo, no se encuentra el legislador en la obligación de dar a ambos tipos familiares un idéntico tratamiento jurídico.

3.3.3.2. Sentencia C- 710 de 2012

a. Contextualización de la demanda

¹⁷⁶ Íbid, p. 25

¹⁷⁷ Íbid, p. 26

Luego de algo más de diez años desde el pronunciamiento de la Sentencia C-814 de 2001, se demanda nuevamente ante la Corte Constitucional de Colombia la inconstitucionalidad de la expresión “moral” contenida ahora en el artículo 68 de la Ley N° 1098 de 2006,¹⁷⁸ a través de la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, argumentando los demandantes que, pese a que la sentencia C-814 de 2001 se pronunció sobre la expresión moral, ya han pasado más de diez años desde su expedición, lo que conlleva una sucesión de cambios socioculturales que redundan en el concepto de moral social, el que debe ser sometido a un nuevo control de constitucionalidad.

En esta resolución, la Corte Constitucional adhiere a lo dispuesto en la sentencia C-814 de 2001 anteriormente analizada, aportando un elemento de certeza sobre el concepto de idoneidad moral al citar la Resolución 3748 del 6 de septiembre de 2010, por la cual se expide el Lineamiento Técnico para Adopciones en Colombia, que define el requisito de idoneidad moral y enumera los casos en que éste no se encuentra comprobado. Establece dicha resolución que:

“Idoneidad Moral. Está referida a la noción de moral social o moral

¹⁷⁸ **“ARTÍCULO 68 Ley 1098.** Requisitos para adoptar. Podrá adoptar quien, siendo capaz, haya cumplido 25 años de edad, tenga al menos 15 años más que el adoptable, y garantice idoneidad física, mental, **moral** y social suficiente para suministrar una familia adecuada y estable al niño, niña o adolescente. Estas mismas calidades se exigirán a quienes adopten conjuntamente. Podrán adoptar:

1. Las personas solteras.
2. Los cónyuges conjuntamente.
3. Conjuntamente los compañeros permanentes, que demuestren una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años. Este término se contará a partir de la sentencia de divorcio, si con respecto a quienes conforman la pareja o a uno de ellos, hubiera estado vigente un vínculo matrimonial anterior.
4. El guardador al pupilo o ex pupilo una vez aprobadas las cuentas de su administración.
5. El cónyuge o compañero permanente [...]”. COLOMBIA. 2006. Ley 1098. Op. Cit., Artículo 68.

pública y no a la imposición de sistemas particulares normativos de la conducta en el terreno de la ética. Esta se basa en la moral que conocemos y vivimos en nuestro medio (País) y es aceptada como norma ética de convivencia.

(...) La ley, a través de estas exigencias, pretende lograr que quien adopta sea en realidad alguien que esté en posibilidad de ofrecer al niño, niña y adolescente las mayores garantías en cuanto a su desarrollo armónico, y en este sentido, una persona que presenta antecedentes de un comportamiento acorde con la moral social, asegura al Estado en mejor forma que la educación del niño, niña y adolescente se llevará a cabo de conformidad con dichos criterios éticos, lo cual, sin duda, redundará en la adaptabilidad del niño, niña y adolescente al entorno social y en la posibilidad de llevar un proyecto de vida armónico con el de los demás.

(...) Por consiguiente, la evaluación sobre la idoneidad moral de quien pretende adoptar, no puede ser hecha desde la perspectiva de sus personales convicciones éticas o religiosas, sino desde aquellas otras que conforman la noción de moral pública o social.”¹⁷⁹

¹⁷⁹ **Por tanto, no hay idoneidad moral en los siguientes casos:**

- La persona/cónyuges/compañeros permanentes que tenga(n) problemas de alcoholismo o drogadicción.
- La persona/cónyuges/compañeros permanentes haya(n) tenido condenas por delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tales como: acceso carnal violento, acto sexual violento, acceso carnal o acto sexual abusivo con menor de 14 años o incapaz.
- La persona/cónyuges/compañeros permanentes haya(n) tenido condenas por delitos contra la libertad individual tales como: inducción a la prostitución, constreñimiento a la prostitución, estímulo a la prostitución de menores, pornografía con menores, utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer servicios sexuales de menores, trata de personas.
- La persona/cónyuges/compañeros permanentes no provea(n) alimentos a sus hijos biológicos y/o adoptivos.
- La persona/cónyuges/compañeros permanentes tenga(n) antecedentes de violencia intrafamiliar.

Es en función de tales consideraciones que la Corte Constitucional se inhibe de pronunciarse sobre la constitucionalidad de la expresión moral contenida en el artículo 68 del Código de la Infancia y la Adolescencia por ineptitud sustantiva de la demanda, en atención a que “ni del texto del artículo 68 de la Ley N° 1098, ni de la interpretación que la Corte Constitucional ha hecho de preceptos con enunciados normativos similares, es posible interpretar la expresión acusada en el sentido que indican los demandantes. Los cargos de la demanda se estructuran sobre una interpretación subjetiva de los actores, de modo que carecen de certeza”.¹⁸⁰

En esta misma línea se estructura la aclaración al voto de mayoría al sostener que “(...) a la luz de la jurisprudencia constitucional, es evidente que ninguna norma legal vigente establece que el requisito de la idoneidad moral de una persona para adoptar, se puede establecer con base en su orientación sexual”¹⁸¹ agregando que “coincido con la sentencia C-710 de 2012, cuando advierte que los obstáculos que existen en la ley para que las parejas de personas del mismo sexo puedan adoptar, no

-
- La persona/cónyuges/compañeros permanentes tenga(n) antecedentes penales y, habiendo cumplido la condena, se establezca que puedan implicar riesgo para el adoptable.
 - La persona/cónyuges/compañeros permanentes que hayan incurrido en la vulneración de los derechos de protección los niños, niñas y adolescentes, previstos en el artículo 20 de la Ley 1098 de 2006.

Esta idoneidad se establece con el estudio de las condiciones psicosociales y el certificado de antecedentes judiciales (penales) y con otro tipo de certificaciones como historia de contravenciones o infracciones menores.” ICBF. 2010. Resolución 3748 de 2010: Por la cual se expide el Lineamiento Técnico para Adopciones en Colombia. [En línea] <http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/resolucion_icbf_3748_2010.htm> [Consulta: 7 marzo 2015].

¹⁸⁰ Corte Constitucional de Colombia. C-712 de 2012. Bogotá, 12 Septiembre 2012, p. 33.

¹⁸¹ Corte Constitucional de Colombia. C-712 de 2012. Op. Cit., Aclaración de voto de la Magistrada María Victoria Calle Correa, p. 41.

se derivan del requisito de idoneidad moral”.¹⁸²

3.3.3.3. Conclusiones parciales acerca de la jurisprudencia de la Corte Constitucional

En ambas resoluciones analizadas, la Corte Constitucional de Colombia justifica la constitucionalidad del concepto “moral” de las normas jurídicas referidas a la calificación de idoneidad de los posibles adoptantes. Para ello, recurre a un análisis del sistema jurídico de Colombia, llegando a la conclusión de que el concepto en cuestión no está referido a consideraciones de moral particular, sino más bien, a un concepto de moral social respaldado por la Constitución, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, y la propia jurisprudencia de la Corte.

En este sentido, manifiesta además, que el concepto de idoneidad moral se justifica desde la utilidad que presta a la identificación por parte de las instituciones correspondientes, de aquella persona o pareja de personas que entregará al niño o niña susceptible de adopción, una educación acorde con el concepto de moral social vigente en la nación colombiana, y recogido por el ordenamiento jurídico.

De esta manera, concluye la Corte, que el concepto de moral contenido en las normas impugnadas, no dice relación con la orientación sexual de las personas, por lo que se inhibe de un pronunciamiento al respecto.

Si bien la Corte en este sentido confirmó su jurisprudencia relativa a la no discriminación por orientación sexual, debió haberse pronunciado de un modo más categórico, en contra de cualquier consideración fáctica que interpretara el concepto

¹⁸² Íbid, p. 42.

de moral como contrario a la orientación sexual de las personas LGBTI.

3.3.4. Chile en cifras: porcentaje de adopciones realizadas por personas solteras

Algunos datos relevantes han sido entregados por el SENAME, a través de su respuesta a una solicitud de información sobre el porcentaje de solicitantes solteros de adopción de niños o niñas; el porcentaje de personas solteras que hayan concluido con éxito el proceso de adopción (distinguiendo entre adoptantes mujeres y adoptantes hombres); y el porcentaje de personas casadas que hayan concluido con éxito el proceso de adopción de niños o niñas, todo ello entre los años 2010 y 2012.¹⁸³ Dicha solicitud fue realizada de acuerdo a lo dispuesto en la Ley N° 20.285 sobre acceso a la información pública.

En conclusión, según SENAME, de un total de 1768 adopciones llevadas a cabo en los tres años contabilizados, sólo 29 correspondieron a adopciones realizadas por personas solteras (hombres o mujeres), superando las mujeres a los hombres en todos los años considerados.¹⁸⁴

¹⁸³ SERVICIO NACIONAL DE MENORES (SENAME), Solicitud N° AK004W-0000469, JULIO DE 2014.

¹⁸⁴ Según los datos aportados por el SENAME, primero en cuanto a la cantidad de solteros y solteras con postulaciones de adopción, 23 mujeres solteras tenían postulaciones vigentes al año 2010 (lo que representa un 3,31% del total de postulantes de adopción). El año 2011 dicho número se reduce a 14 mujeres solteras (3,06% del total de postulantes) y el año 2012 sube a 17 mujeres solteras (2,98% de del total de postulantes). En cuanto a hombres solteros, llama la atención que ninguno presentaba postulación vigente dentro los tres años considerados. Respecto a la cantidad de solteros que concluyeron favorablemente el procedimiento de adopción -es decir, que pudieron finalmente adoptar un niño o niña- las cifras se reducen aún más y en forma preocupante. El año 2010, de un total de 503 adopciones realizadas sólo 4

En cuanto a las adopciones llevadas a cabo por matrimonios en el período considerado: el año 2010, 491 adopciones correspondieron a matrimonios (lo que representa un 97,61 % del total de adopciones). El año 2011 dicho número correspondió a 566 adopciones (representando un 85,76% del total), mientras que el año 2012, 593 matrimonios adoptaron niños o niñas (representando un 98,02% del total de adopciones).

4. Los estudios científicos sobre paternidad y maternidad gay-lésbica: la discusión respecto a la idoneidad psicológica

Numerosos son los estudios psicológicos ¹⁸⁵ y del ámbito científico en general que

mujeres solteras lograron adoptar (representando un 0,80% del total de adopciones), y que sólo 2 hombres solteros pudieron adoptar (representando un 0,40% del total de adopciones). El año 2011 de un total de 660 adopciones realizadas, 12 correspondieron a mujeres solteras (representando un 1,82% del total de adopciones) mientras que sólo 1 correspondió al caso de adoptante soltero (representando un 0,15% del total de adopciones). El año 2012, de un total de 605 adopciones, 8 mujeres solteras lograron adoptar (representando un 1,32 % de adopciones respecto del total) mientras que sólo 2 hombres solteros pudieron adoptar (representando un 0,33% del total de adopciones).

¹⁸⁵ Algunos de estos estudios, que serán revisados en este capítulo son: Ajuste psicológico e integración social en hijos e hijas de familias homoparentales. 2004 a. Por María del Mar González et. al., Infancia y Aprendizaje. 27 (3): 327- 343; Crecer en familias homoparentales, una realidad polémica. 2004 b. Por María del Mar González “et al”. Infancia y Aprendizaje. 27 (3): 361-373.; GONZÁLEZ, M. y LÓPEZ, F. ¿Qué hemos aprendido de las familias homoparentales en España?; FRÍAS, M. et. al., “Hijos de padres homosexuales ¿qué les diferencia?”; Análisis comparativo de las nuevas estructuras familiares como contextos potenciadores del desarrollo psicológico infantil. 2010. Por Enrique Arranz “et al”. Infancia y aprendizaje, 2010, 33 (4); Dinámicas familiares, organización de la vida cotidiana y desarrollo infantil y adolescente en familias homoparentales. 2002. Por María del Mar González, et. al. [En línea] <<http://webs.uvigo.es/pmayobre/textos/varios/maria.pdf>>; Familias homoparentales en España: integración social, necesidades y derechos. Resumen ejecutivo. 2013. Por Santiago Ruiz “et. al”. [En línea]. Madrid, España. Departamento Interfacultativo de Psicología Evolutiva y de la Educación. Universidad Autónoma de Madrid. <<http://www.lrmcidii.org/wp-content/uploads/2013/06/2240.pdf>> [Consulta: 5 junio 2014]; El desarrollo infantil y adolescente en familias homoparentales. Informe preliminar. 2002. Por María del Mar Gonzalez “et al”. [En línea]. Sevilla, España. Departamento de Psicología Evolutiva y de la Educación, Universidad de Sevilla. <<http://webs.uvigo.es/pmayobre/textos/varios/infantil.pdf>> [Consulta: 05 junio 2014];

han abordado el tema de la paternidad-maternidad LGBTI, tanto a favor como en contra de dicha realidad.

Pese a lo interesante y contributivo que puede ser incorporar estos estudios a las discusiones y a la investigación sobre paternidad- maternidad gay- lésbica, lo cierto es que abordar la temática bajo este prisma levanta ciertas sospechas de prejuicios y discriminación, pues, la misma estructura de estos estudios sigue una lógica consistente en derribar los argumentos que las facciones contrarias a este tipo de familias han desarrollado, intentando comprobar incluso, que la vida cotidiana y las características de este tipo de familias se asemejan al estereotipo de familia heterosexual tradicional.

Sobre el anterior punto se ha pronunciado Carlos FIGARI, sosteniendo que “siempre se consideró que el hecho de someter a estudio a la gente LGBTI y a la existencia de familias homoparentales es ya un punto de partida discriminatorio. Nadie estudia a los heterosexuales y a sus familias para ver si tienen derecho a existir. A pesar de ello, entrar en esta discusión contribuyó a visualizar los procedimientos falaces que intentan forzar conclusiones científicas a favor de la discriminación”.¹⁸⁶

El debate que se ha originado en torno a este tipo de estudios científicos se enmarca en una constante comparación de las características de las familias con padres y madres gays o lesbianas, respecto a las familias con padres y madres de distinto sexo.

PORTUGAL, Rafael. Estudios sobre homoparentalidad: revisión científica y análisis metodológico [En línea]
<<http://www.felgtb.org/temas/familias/documentacion/investigaciones/i/1382/531/estudios-sobre-homoparentalidad-revision-cientifica-y-analisis-metodologico>> [Consulta: 05 junio 2014].

¹⁸⁶ FIGARI, C. Op. Cit., p. 2

Por otra parte, y como ya se propuso en el primer capítulo de esta memoria, en un debate sobre paternidad gay o maternidad lésbica no se debe tergiversar el argumento del interés superior del niño, sosteniendo que estos ámbitos familiares no deben tener cabida en la legislación, dado el riesgo que supone para el desarrollo de los niños y niñas.

A este respecto, CABALLERO sostiene que la atención de los estudios hacia los niños se explica también “por la situación de discriminación social y los estereotipos que tradicionalmente han recaído sobre las familias homoparentales”,¹⁸⁷ lo que ha suscitado el interés por comprobar empíricamente la veracidad o falsedad de esas ideas.

Por su parte, GONZÁLEZ et. al., -citando a Patterson- indican cuáles son los temores que se verbalizan respecto a la paternidad y maternidad LGBTI, señalando los siguientes prejuicios: “a) Al no disponer de figura materna y figura paterna, niños y niñas van a presentar muchas dificultades en su ajuste psicológico; b) el hecho de vivir con gays y lesbianas puede comprometer el desarrollo de la identidad sexual y genérica de estos chicos y chicas, al tiempo que propicia que ellos mismos sean homosexuales; c) estos chicos y chicas van a sufrir rechazo social, dada la homofobia imperante en la sociedad, y d) estos chicos y chicas tienen mayor riesgo de sufrir abuso sexual”.¹⁸⁸

¹⁸⁷ CABALLERO, P. Op. Cit., p.3.

¹⁸⁸ GONZÁLEZ, M. et. al. 2004 a. Ajuste psicológico e integración social en hijos e hijas de familias homoparentales Op. Cit., p. 329. En igual sentido FRÍAS, M. et. al. Op. Cit., al analizar los principales resultados de las investigaciones sobre paternidad gay y maternidad lésbica, enfatizan aquellos aspectos que históricamente les han sido cuestionados, como la identidad de género de sus hijos o los problemas de desarrollo social y psicológico que pudiere acarrearles. Así también lo señala PORTUGAL, R. Op. Cit., en una conferencia sobre “Estudios de homoparentalidad, revisión científica y análisis metodológico”.

4.1. ¿Qué dicen los estudios?

El estudio realizado por GONZÁLEZ et. al., de la Universidad de Sevilla y el Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid,¹⁸⁹ es el primer estudio en el área que se realiza en España, y sus resultados fueron sin duda alentadores, concluyendo que “los chicos y chicas estudiados que viven con madres lesbianas o padres gays, muestran un buen ajuste psicológico y parecen estar bien integrados en su grupo de amigos y compañeros [...], muestran una aceptable competencia académica, una competencia social en sus niveles promedio, un buen ajuste emocional y comportamental y una autoestima en sus valores medios altos. [...] No encontrando diferencias significativas con los resultados obtenidos por las dos muestras de comparación analizadas”.¹⁹⁰ Del mismo modo, “parecen estar integrados socialmente, si nos atenemos, en primer lugar, a los datos obtenidos acerca de la valoración que hacen sus compañeros de ellos, que les sitúa en la media en el grupo, sin diferencias con las otras dos muestras”.¹⁹¹

Sin embargo, los mismos autores reconocen que las familias homoparentales, -al igual que otros tipos de familias- han de afrontar retos que le son propios, como aquél que “tiene que ver con el grado de aceptación de que disfruten en su entorno social y el apoyo que reciban de él, variable relevante para todas las familias, pero que en las

¹⁸⁹ En este estudio se analiza a “28 familias, que tenían a algún hijo o hija entre los tres y los dieciséis años, y convivían cotidianamente con ellos, habiéndose construido como familia homoparental desde hacía al menos un año, centrando sus esfuerzos en responder las siguientes dos preguntas: ¿cómo es el ajuste psicológico de estos niños y niñas? ¿son chicos y chicas que disfrutan de aceptación e integración social? GONZÁLEZ, M. et. al., Op. Cit., p. 332.

¹⁹⁰ Íbid, p.339.

¹⁹¹ Íbid, p.339.

homoparentales adquiere un acento especial, dados los prejuicios homófobos que todavía pueden encontrarse en nuestra sociedad”,¹⁹² pero, al mismo tiempo, reconocen que estas familias “disponen de una red de apoyo amplia, [...] formada tanto por familiares como por amistades, por personas heterosexuales como por homosexuales, por personas que no tienen hijos y por otras que también los tienen (...)”.¹⁹³

Por otro lado, así como encontramos dificultades particulares en este tipo de familias, también es posible encontrar aspectos positivos que se desarrollan en ellas. En este sentido, GONZALEZ y LÓPEZ se preguntan ¿Qué aspectos específicos de estas familias pueden ser interesantes para toda la sociedad? y plantean que se puede considerar al menos tres aspectos valiosos: primero, el aprendizaje de roles de género igualitarios;¹⁹⁴ segundo, la educación para la tolerancia;¹⁹⁵ y tercero, la educación para

¹⁹² GONZÁLEZ, M. et. al. 2004 b. Crecer en familias homoparentales, una realidad polémica. Op. Cit., p. 368.

¹⁹³ Íbid, p. 368.

¹⁹⁴ Señala a este respecto que: Las parejas de lesbianas que estudiamos tenían establecidas relaciones igualitarias en las que compartían tanto tareas domésticas y de cuidado de sus criaturas como la toma de decisiones”. además, “los hijos o hijas de homosexuales no diferían de quienes tenían padres heterosexuales en su conocimiento de los roles de género, pero sí que demostraban mayor flexibilidad con respecto a ellos”. GONZÁLEZ, M. y LÓPEZ, F. Op. Cit. p. 10

¹⁹⁵ “Cuando les preguntamos [a los padres] por los valores fundamentales que intentaban compartir con sus hijos e hijas, prácticamente todos citaron como el valor educativo más importante el respeto a los otros y la tolerancia”. Se evaluó además a los hijos e hijas de familias con padres del mismo sexo respecto a la existencia de prejuicios acerca de diversidad de culturas, por razones de género o por orientación sexual, y mientras que en los primeros indicadores no se encontraron diferencias relevantes respecto de los hijos de familias heterosexuales, sí existían diferencias en la subescala de actitudes acerca de la homosexualidad “en la que demostraron ser menos prejuiciosos los hijos de gays o lesbianas” Íbid, p. 13

vivir la sexualidad libremente.¹⁹⁶

En otro estudio realizado en España por ARRANZ et. al., se analiza de manera comparativa las nuevas estructuras familiares,¹⁹⁷ respecto del desarrollo psicológico infantil, incluyendo familias tradicionales, reconstituidas, monoparentales, adoptivas, homoparentales y múltiples, evaluando distintos factores.

De esta manera, en el ítem de “historial de desarrollo”¹⁹⁸ “los análisis post hoc indicaron que la situación más favorable correspondía a las familias tradicionales, homoparentales y múltiples”,¹⁹⁹ (respectivamente), mientras que “en el caso del impacto del niño en la familia, fueron las familias homoparentales las que alcanzaron la puntuación significativamente más alta”.²⁰⁰

En las diferencias entre estructuras en el estilo educativo parental “las familias adoptivas y, por sobre todo, las homoparentales, tienen puntuaciones tendentes hacia más democracia y menos permisividad y autoritarismo”.²⁰¹

¹⁹⁶ “La gran mayoría de los padres o madres que entrevistamos plantearon que educaban a sus hijos o hijas para vivir la sexualidad de manera libre (...) nos comentaban la necesidad de promover una actitud de apertura y tolerancia hacia las diferentes orientaciones sexuales”. *Ibid*, p. 11.

¹⁹⁷ La muestra de este estudio estuvo formada por 214 familias con hijos de entre 3 y 10 años, pertenecientes a seis tipos de estructuras familiares distintas: familias tradicionales, monoparentales, reconstituidas, homoparentales, adoptivas y múltiples. Entre ellas fueron estudiadas 31 familias homoparentales, de las cuales 26 estaban formadas por parejas de lesbianas y 5 por parejas de gays. ARRANZ et. al. *Op Cit.*, p. 506.

¹⁹⁸ En el cual se medía -entre otros factores- la calidad de la situación familiar, el nivel de conflicto tanto dentro como fuera del hogar, y el ajuste familiar al menor (o impacto del niño en la familia).

¹⁹⁹ *Ibid*, p. 509.

²⁰⁰ *Ibid*, p. 509.

²⁰¹ *Ibidem*.

En cuanto a las diferencias entre estructuras familiares en la calidad del contexto familiar “las familias homoparentales también obtuvieron una puntuación alta (...) cercana a la de las familias adoptivas”.²⁰²

Respecto de las diferencias en cuanto a la red de apoyo social, “fueron las familias reconstituidas seguidas de las homoparentales, las que informaron de un mayor número de personas de su red social con las que habían tenido conflictos”,²⁰³ pero, en cuanto a la necesidad de apoyo, “las familias homoparentales puntuaron algo más alto en este aspecto”,²⁰⁴ y en este sentido, se aprecia además que la necesidad de redes de apoyo por parte de las familias homoparentales, “se concreta en la presencia de diversas asociaciones de familias de gays y lesbianas que existen en España y otros países”.²⁰⁵

De esta forma, las familias con padres y madres LGBTI de este estudio, fueron caracterizadas como familias en que sobresale “su mayor nivel de ingresos y de nivel educativo, las mejores puntuaciones en el impacto del niño en la familia, la tendencia no significativa a la práctica de un estilo democrático frente al permisivo o autoritario y la mayor necesidad de apoyo social”.²⁰⁶

Por otra parte, -y como ya se ha dicho- “las familias homoparentales, en la medida que también sean adoptivas, monoparentales, reconstituidas o recurrentes a las TRA

²⁰² Íbidem.

²⁰³ Íbidem.

²⁰⁴ Íbid, pp. 509-510.

²⁰⁵ Íbid, p. 511.

²⁰⁶ Ibid, p. 510.

[Técnicas de Reproducción Asistida] participan de las ventajas e inconvenientes de cada una de las estructuras familiares”,²⁰⁷ por ello, esta constatación nos ofrece un elemento contextual, que sirve para apreciar a las familias con padres gay o madres lesbianas como cualquier otra, con ventajas y problemas, sin perjuicio de aquellas particularidades que les caracterizan.

Concluye además este estudio, realizando una valoración general en donde se señala que, “la estructura de la familia en sí no tiene un valor definidor de la calidad del contexto familiar salvo que esté asociada a alguna de las variables que realmente son influyentes en el desarrollo psicológico”.²⁰⁸

Por otra parte, en un análisis de los resultados más destacados obtenidos por los equipos de investigación más representativos que centran su análisis sobre la familia homoparental, FRÍAS et. al., concluyen que un dato unánime en estas investigaciones es que “las creencias sobre diferencias de ajuste psicológico entre los niños criados por padres heterosexuales y los padres gays y madres lesbianas no están apoyadas por los estudios empíricos”,²⁰⁹ y que “el desarrollo psicosocial de los niños de familias con padres gays o madres lesbianas no está afectado negativamente por la orientación sexual de sus padres [...]”,²¹⁰ afirmando, además, que “diversas asociaciones prestigiosas internacionales apoyan la calidad de la parentalidad de madres lesbianas

²⁰⁷ Ibid, p. 511.

²⁰⁸ Ibidem.

²⁰⁹ FRÍAS, M. et. al., Op. Cit., p.3.

²¹⁰ Ibid, p.3.

y padres gay”,²¹¹ como la American Psychological Association (APA) y la American Academy of Pediatrics.

En otro orden de cosas, un aspecto interesante es aquél que analiza los roles parentales de madres lesbianas y padres gays, al respecto, GONZALEZ et. al, plantean la pregunta sobre ¿Cómo desempeñan gays y lesbianas sus roles parentales? concluyendo al respecto, en base a la muestra utilizada, que tales padres y madres “reúnen características personales que reflejan, a priori, un buen desempeño en sus tareas parentales, [...] lo que se deduce del hecho de que sean padres y madres sanos, con buena autoestima y flexibles en sus roles de género”.²¹²

Otro punto a considerar, y que ya se mencionó, es que estos padres coinciden en que el valor educativo principal que desean transmitirle a sus hijos es el respeto a los demás y la tolerancia, lo que puede tener relación, según los autores, “con sus experiencias vitales, con el hecho de pertenecer a un colectivo tradicionalmente rechazado o invisibilizado por su orientación sexual, [...] lo que propicia que estos padres y madres consideren el respeto a la diversidad como un valor imprescindible

²¹¹ En 1976 la American Psychological Association adoptó una resolución donde destacaba que ni el sexo ni la identidad de género ni la orientación sexual son motivos que impiden la adopción. Publica además en 1995 “Lesbian and Gay Parenting: A resource for psychologists”. Por su parte, en febrero de 2002, el informe elaborado por la American Academy of Pediatrics dio su apoyo a la adopción por padres gays y madres lesbianas así como a la legalización de la co-parentalidad. Del mismo tenor es la línea investigativa de la American Psychoanalytic Association. *Ibid*, p.3.

²¹² GONZALEZ, et. al. 2002. *Op. Cit.*, p. 568.
A ello se suma la “clara implicación con sus hijos o hijas, tal como puede deducirse de que un porcentaje muy alto de la muestra planteara espontáneamente que la maternidad o la paternidad era lo más importante de sus vidas y que probablemente en ello se encuentra el hecho de que, para un conjunto amplio de estos padres y madres, la maternidad o la paternidad no ha sido una circunstancia inesperada o fortuita, sino que han reflexionado mucho sobre ella y la han buscado activa y positivamente, por procedimientos como la adopción o la reproducción asistida (...)”. *Ibid*. p. 569.

para la sociedad y en el que educar a sus propios hijos e hijas”.²¹³

Otro estudio relevante respecto a paternidad gay y maternidad lésbica, es el desarrollado por el profesor Santiago Agustín RUIZ, de la Universidad Autónoma de Madrid (2013). Lo importante de este estudio, es que fue realizado después de la entrada en vigencia de la Ley 13/2005 que permitía el matrimonio y la adopción a parejas del mismo sexo, por lo que permite analizar ciertos efectos de su promulgación en la realidad.²¹⁴

Un aspecto que se aborda en este estudio, dice relación con eventuales situaciones de discriminación sufridas por este tipo de familias en cuanto al acceso a la salud, la justicia y la administración.

En cuanto al ítem “acceso a la salud” al acudir a un sistema sanitario “un 18,3 % de las familias había sentido temor a sufrir discriminación, pero en la mayor parte de las familias estos sucesos no habían tenido lugar”.²¹⁵ Sin perjuicio de ello, “un 12,7 % había vivido alguna situación en que se habían sentido discriminados por su modelo de familia en forma implícita (...) un 9,9% de las familias había escuchado algún comentario ofensivo y 2 familias habían experimentado un situación realmente intrusiva.”²¹⁶

²¹³ *Íbid*, p. 570.

²¹⁴ En él han participado padres y madres de 71 familias, cuyos hijos e hijas tenían desde un mes de vida hasta 18 años, entrevistándose a 52 familias encabezadas por mujeres y 19 encabezadas por hombres.

²¹⁵ RUIZ “et. al”. Familias homoparentales en España: integración social, necesidades y derechos [...]. Op. Cit., p. 33.

²¹⁶ Uno de estos incidentes estuvo relacionado con la práctica de la lactancia mixta, aquellos casos en que las dos mujeres, gestante y no gestante, dan pecho al bebé: “Cuando la niña nació, lo primero que nos dijeron (si querían dar el pecho las dos mujeres) era que Laura (la otra madre) se tenía que poner cada cierta hora a la niña al pecho para ver si le subía, a ver si

Un ítem que se analiza en esta misma investigación, es aquél que trata sobre situaciones de discriminación en el ámbito de la justicia y la administración, respecto de este tipo de familias. Un dato relevante a considerar es que un 59,2% (equivalente a 42 de las familias entrevistadas) ²¹⁷ señalaron haber tenido algún problema jurídico o administrativo relacionado con su modelo familiar, porcentaje idéntico al de familias con niños nacidos con posterioridad a la aprobación del matrimonio entre personas del mismo sexo. A su vez, es interesante además tener en cuenta que al analizar las dificultades jurídicas y administrativas padecidas por hombres y por mujeres, un 84,2 % de los hombres había padecido algún problema (el 100% de los padres por gestación subrogada) frente a un 50% de las mujeres, ²¹⁸ indicando además que las dificultades jurídicas más graves que se encontraron estaban referidas al registro y formalización del niño o niña, variando en función del modelo de cada familia". ²¹⁹

Respecto a la adopción internacional, al ser común que ninguno de los países de

lo conseguíamos. Y en el hospital una vez que entraron, vieron que Marta (la niña) estaba al pecho de mi mujer, y entonces según entraron se fueron, y a las horas, a las cuatro de la mañana nos despertaron cuatro chicas, no sé si eran enfermeras o personal sanitario de la planta, para informarnos que o dejábamos de jugar con la niña o llamarían al Defensor del Menor. (...) Intenté explicarles, les estuvimos diciendo que veníamos de la Liga de la Leche. Dijeron que sí, pero que de todas formas no querían ver a la niña puesta al pecho de mi mujer. (...) A Laura (la otra madre) sí le afectó mucho (...) Es como si tuviera la sensación de que hubiera abusado de su hija". (Madre de la niña de 4 años, reproducción asistida, localidad de 5000 habitantes, Madrid). Ibid, pp. 33-34.

²¹⁷ Ibid, p. 34.

²¹⁸ Ibid, p. 35.

²¹⁹ Ibidem.

Así, respecto de los niños nacidos por inseminación artificial, el Código Civil de España establece una presunción de filiación respecto de los hijos nacidos dentro del matrimonio, en tanto que "la ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida indica que para registrar al hijo de dos mujeres debe existir un consentimiento previo por parte de la madre no gestante. Ibidem.

origen de los niños y niñas adoptados reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo, se hace necesario que uno de los miembros de la pareja realice el proceso de adopción en solitario, para casarse con el otro padre o madre posteriormente, y una vez casado formalizar la adopción entre el niño y el otro integrante de la pareja.^{220 221 222}

El estudio plantea, además, que estas dificultades se debían a lo novedoso y minoritario de este tipo de familias, y a la falta de voluntad de personas encargadas de gestionar los trámites en que se veían envueltas, indicando, entre otras dificultades, las referidas a recepción de ayudas para madres trabajadoras, o a la inclusión de los hijos en la declaración de la renta.²²³

²²⁰ Ibid, p. 35.

²²¹ Respecto a la gestación subrogada, al ser un método no reconocido por la ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida, se realiza fuera del territorio español, suscitándose casos de conflicto a la llegada de estos niños y niñas a España. La situación quedó resuelta al parecer con la Instrucción de la Dirección General de Registros y Notariado, que establece requisitos para registrar a los niños nacidos de esta forma.

²²² RUIZ, S. et. al., Op. Cit., p. 35.

Dispone la Instrucción de la Dirección General de Registros y Notariado: “pese a que, como se ha indicado, la legislación española regula otras vías legales que permiten la atribución de paternidad del nacido, ante esta Dirección General, ciudadanos españoles han interpuesto recurso contra resoluciones de distintos encargados de Registros Civiles consulares, que deniegan la inscripción del nacimiento de niños nacidos en el extranjero de madres gestantes que, en virtud de un contrato de gestación de sustitución han renunciado a su filiación materna”. (p.1.) Luego, establece que la inscripción de un niño o niña nacido en el extranjero como consecuencia de la técnica de gestación por sustitución “sólo podrá realizarse presentando junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por el tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido”. (p.3.) La resolución judicial extranjera deberá ser objeto de exequatur salvo el caso en que tenga lugar la aplicación de un Convenio Internacional. No obstante, si dicha resolución tuviere origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, el encargado de Registro Civil controlará si dicha resolución puede ser reconocida en España. ESPAÑA. Ministerio de Justicia. 2010. Instrucción de la Dirección General de Registros y Notariado. 7 de Octubre de 2010. [En línea] <<https://www.boe.es/boe/dias/2010/10/07/pdfs/BOE-A-2010-15317.pdf>> [Consulta: 8 marzo 2015].

²²³ Así, en los testimonios de los padres y las madres entrevistados/ as, se deja ver distintas

4.1.1. Críticas a los estudios sobre paternidad y maternidad gay

Al analizar estos estudios, no es difícil encontrar críticas respecto de su desarrollo, tanto desde el ámbito de quienes están en contra de la paternidad gay y la maternidad lésbica, como de quienes están a favor.

De este modo, las críticas contrarias se dirigen “especialmente a aspectos del diseño de la investigación”, considerando que la calidad de los datos no son suficientes para arribar a conclusiones como las que se sostienen en tales estudios, no siendo aún la investigación definitiva, o señalando que las muestras suelen ser escasas, además de ser autoselectivas y que los resultados vienen sesgados por la ideología de los investigadores a favor de los derechos de gays y lesbianas.²²⁴ Sin embargo, FRÍAS et. al, señalan que existen dificultades asociadas a las investigaciones empíricas sobre maternidad lésbica y paternidad gay, como por ejemplo la ausencia de información sobre el número y localización de este tipo de familias, impidiéndose el uso de muestras aleatorias representativas.²²⁵

situaciones discriminatorias en procedimientos legales-administrativos que son necesarios para el resguardo de los niños/as y de sus derechos como parte de sus familias, así por ejemplo los padres que habían tenido niños o niñas por medio de gestación subrogada debían explicar dicha situación al momento de inscribir a sus hijos o hijas, o lidiar con la denegación para ser parte de la institución de seguridad social con sus parejas e hijos en caso de cesantía, enfrentarse a problemas aparejados a la situación de inmigrante ilegal de algunos niños concebidos por gestación subrogada, o el hecho de que los mismos funcionarios de la administración se negaran a inscribir al niño o niña como hijo o hija de alguno de ellos, argumentado que no podía inscribir a dos padres o dos madres, exigiendo para ello autorización judicial y pese a que la ley 13/2005 ya había sido promulgada. Íbid, p. 36.

²²⁴ PORTUGAL, R. Op. Cit.

²²⁵ No obstante, afirman además que las investigaciones con muestras de no voluntarios tampoco detectan diferencias significativas. FRÍAS, M. et. al. op. cit, p. 6.

En este mismo sentido apunta PORTUGAL,²²⁶ indicando que el conocimiento científico acumulado hasta el momento es suficiente para introducir los cambios que fuesen necesarios para permitir la adopción por parejas del mismo sexo (se debe mencionar que dicha declaración fue hecha en la víspera de la aprobación de la ley 13/2005 en España).

Gabriel GALLEGO, por su parte, también señala que la generación de conocimiento sobre el emparejamiento gay-lésbico en Estados Unidos, Europa y algunos países latinoamericanos se ha centrado sobre individuos blancos, con niveles medios y altos de instrucción y empleo, y pertenecientes a generaciones intermedias y, por tanto, “los hallazgos y las tendencias encontradas tienen un sesgo hacia esta población y por consiguiente no son representativas de todos los tipos de emparejamientos que pueden ser encontrados en función de la clase, la generación la etnicidad y la ubicación espacial”.²²⁷ De igual manera, las evidencias para América Latina son pocas, agregando que si bien existen legislaciones que han otorgado la titularidad de derechos a parejas del mismo sexo, “aún prevalece una invisibilidad en las estadísticas y los censos de población”,²²⁸ lo que es evidente en España, Colombia, Uruguay o las Ciudades de Buenos Aires o México que tienen legislaciones propias en este asunto.

²²⁶ PORTUGAL, R., y ARAUXO, A. 2004. Aportaciones desde la salud mental a la teoría de adopción por parejas homosexuales. Avances en Salud Relacional. Revista Internacional. V 3 (2): Pp. 1-15.

²²⁷ GALLEGO, Gabriel. 2009. Diversidad sexual y arreglos domésticos en México. [En línea]. Revista Latinoamericana de Estudios de Familia. Enero- diciembre, 2009. V. 1. p. 124 <http://revlatinofamilia.ucaldas.edu.co/downloads/Rlef1_7.pdf> [Consulta: 4 junio 2014].

²²⁸ Íbid, p.125

5. Entre la inidoneidad y la discriminación: algunas conclusiones a desarrollar

En este segundo capítulo se desarrolló un análisis crítico respecto de la Ley de adopción N° 19.620, en específico de aquellas disposiciones de la misma que obstan a la adopción de niños y niñas por parejas y personas LGBTI, dándose a conocer los principales problemas que existen a la hora de querer adoptar conjuntamente, por integración o en forma individual.

A partir de este análisis, se concluye que la mayoría de las críticas en relación a la parentalidad gay o la maternidad lésbica van en dirección a cuestionar la idoneidad de dichas personas para ejercer labores de padre o madre de manera responsable, al menos en dos dimensiones: la perspectiva psicológica y la perspectiva moral.

De este modo, se deja ver en los estudios psicológicos y sociológicos, que las familias homoparentales funcionan dentro de un marco semejante al de las familias con padres heterosexuales.

Los casos de la Corte Constitucional de Colombia que someramente se enunciaron, también se fundan en la idoneidad, aunque desde la perspectiva moral.

María del Mar GONZÁLEZ, autora de algunos estudios citados en este capítulo, ha señalado que quienes han sostenido posiciones contrarias a la homoparentalidad se han basado en dos tipos de argumentos “detrás de los cuales se esconden prejuicios de carácter homófobo” ²²⁹, a saber, la necesidad de la presencia de una figura paterna y otra materna en el hogar, y por otra parte, “la estructura patológica del psiquismo de

²²⁹ GONZÁLEZ, M. 2005. Homosexualidad y adopción, entre la ciencia y el prejuicio. INFOCOP, Consejo General de Colegios Oficiales de Psicólogos, (24): 18.

gays y lesbianas, de los que se afirma han construido su identidad de un modo problemático o desviado”.²³⁰

El hecho de cuestionar desde este prisma la idoneidad parental o marental de gays y lesbianas, es relevante desde el momento en que la misma ley exige como un trámite esencial para optar a la adopción, el someterse a un programa que declare la idoneidad de dicha persona para poder adoptar.

Por ejemplo, en el caso de la adopción conjunta, es la propia ley la que limita la posibilidad de adopción a la pareja heterosexual casada, haciendo inviable que parejas del mismo sexo puedan adoptar y descartándose en abstracto esta posibilidad, en circunstancias de que la realización del test de idoneidad corresponde al SENAME y a las instituciones acreditadas por ley, recayendo en el juez de familia la potestad de dirimir si los posibles adoptantes cumplen con los requisitos acordes al interés superior del niño, de modo que en ningún caso la orientación homosexual debiese ser un obstáculo a dicha idoneidad.

El ámbito de la idoneidad se abordó también a través de una revisión de jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, en la cual esta magistratura ha sostenido que el Estado se encuentra legitimado para evaluar la idoneidad moral de los y las adoptantes, persiguiendo resguardar con ello la “moral pública o social”, y si bien formalmente se descarta la posibilidad de que la orientación homosexual sea un factor que incida en dicha calificación de idoneidad, lo cierto es que los estudios revisados en este capítulo y los casos enunciados, demuestran cierta evidencia que permite al menos sospechar que en el ámbito de los operadores de los procedimientos de adopción, existen prejuicios que llevan a catalogar la orientación homosexual -entre

²³⁰ Íbid, p. 18

otros criterios- como un factor de inidoneidad.

Es relevante entonces que al momento de discutir sobre moral social, como bien expone Sergio ESTRADA, respondamos a la pregunta sobre “[...] ¿Cómo evitar que esa moral pública se traduzca en un imperio de las mayorías en contra de la protección o manifestación legítima de la voluntad de las minorías?”²³¹ y en este caso concreto, evitar que una mayoría heterosexual, excluya e invisibilice a las personas LGBTI a través de normas que no consideran sus proyectos y realidades de vida.

Esta pregunta es relevante para evitar situaciones como las del ciudadano estadounidense y sus hijos adoptados, pues, pese a que la Corte Constitucional de Colombia ya había declarado la improcedencia de considerar la orientación sexual como un factor que obste al requisito de idoneidad moral, y por ello, tampoco al concepto de moral pública, no se tomó en cuenta que en un contexto fáctico estas situaciones de discriminación sí pueden tener lugar, respaldándose justamente en lo establecido en la ley para validar dicha arbitrariedad.²³²

A este respecto, cabe hacerse la siguiente pregunta: ¿es la orientación sexual de las personas un elemento sine qua non para excluirlos “a priori y en abstracto” de la

²³¹ ESTRADA, S. 2011. Dos ejercicios de ponderación a propósito del matrimonio y la adopción en parejas del mismo sexo. *Revista Opinión Jurídica*. Universidad de Medellín, 10 (19): p. 32.

²³² En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) también ha tenido oportunidad de pronunciarse, con ocasión del denominado caso Karen Atala e hijas versus Chile, comentado en esta oportunidad por el profesor Francisco Zúñiga el que señala que en este caso “La CIDH apunta a un [...] ámbito del derecho de familia que se plasma normativamente en una cierta moral pública, y es que tal moralidad desencadenante de discriminación social de menores, no puede ser la excusa de un Tribunal para perpetuar tratos discriminatorios, ya que el Estado en materia de Derechos Humanos tiene roles negativos, de respeto o protección y positivos de promoción de derechos y sus garantías” ZÚÑIGA, F. 2012. Comentario la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Atala Rifo y niñas vs Chile de 24 de febrero de 2012., *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca (1): pp. 464.

posibilidad de ser padres a través de la adopción? si la respuesta negativa se impone por aplicación del principio de igualdad y no discriminación, en pos del derecho a la vida familiar que se reconoce a las personas LGBTI “toda legislación restrictiva en este sentido incurriría en un trato abiertamente discriminatorio”,²³³ y la evidencia presentada en este capítulo lleva a sospechar en esta misma dirección.

Es en este punto en el que debemos dejar de hablar de inidoneidad de gays y lesbianas para ser padres o madres a través de la adopción, y comenzar a analizar este problema jurídico desde la perspectiva del principio de igualdad y no discriminación.

Por otra parte, en consideración las hipótesis de adopción que la ley N° 19.620 consagra en su texto, se ordenaron los supuestos fácticos en que puede tener lugar la adopción por personas LGBTI, a saber: a) adopción por persona individual, b) adopción de integración, y c) adopción conjunta por personas del mismo sexo, subclasificación que se siguió al comienzo de este capítulo, y que tiene como principal propósito mostrar las diferentes realidades de maternidad lésbica o paternidad gay que pueden tener cabida, y así mismo, evidenciar los distintos problemas de discriminación que enfrentan tales realidades, pues, como afirma HERRERA, “todas estas categorías, con mayor o menor entidad han sido causa de un trato discriminatorio en razón a la orientación sexual de sus miembros”,²³⁴ situación de desigualdad que es distinta dependiendo del caso concreto.

En el ámbito de la adopción individual, el trato discriminatorio se da en concreto, al analizarse la calidad y cualidad de los pretendientes adoptantes y al incidir en la opinión de

²³³ HERRERA, M. Op. Cit. p. 188.

²³⁴ Íbid, p. 203.

los operadores del procedimiento la representación negativa sobre orientación sexual de aquellos.

En cuanto a la adopción por integración, si bien tiene reconocimiento en Chile, sólo es permitida en caso de que la pareja se encuentre casada, lo que sin dudas acarrea problemas en el caso de aquellas parejas del mismo sexo, cuando uno de sus miembros desea adoptar al hijo o hija de su pareja, debido a que no pueden casarse. Estos casos pueden ser aún más complejos, pues, en ellos los hijos ya tienen un vínculo filiativo, pero, sólo con uno de los miembros de la pareja, desconociéndose la relación que existe con el otro padre o madre, y desprotegiendo a estos niños y niñas de sus derechos.

Finalmente, en cuanto a la adopción conjunta, lo medular del debate se da en el ámbito de dirimir si las legislaciones deben regular este tipo de adopción sólo en el ámbito matrimonial o extenderlo también a las parejas de hecho.

Sin embargo, es relevante señalar, que las parejas LGBTI también deben poder considerar la posibilidad de tener hijos o hijas, pues, tal consideración es un ámbito que se encuentra dentro de sus esferas íntimas de decisión, y por tanto, no es legítimo ni justificable que el Estado ignore estas realidades concretas, y las invisibilice a través de la omisión normativa, como ocurre en nuestra ley de adopción, cuya normativa significa un obstáculo insalvable para las parejas del mismo sexo que deseen adoptar.

CAPÍTULO III: Igualdad y no discriminación: Algunas nociones generales

1. Introducción

En este capítulo se desarrollarán algunas ideas centrales sobre el principio de igualdad ante la ley y no discriminación, de acuerdo al desarrollo teórico ofrecido por distintos autores, abordando su análisis a través de la revisión de diversos conceptos, distinciones y enfoques que han sido parte de la filosofía política.

El objetivo principal, es hacer parte de esta memoria, una teoría sobre igualdad y no discriminación que sea inclusiva respecto de las desigualdades estructurales que afectan a los grupos LGBTI, al ser marginados en las sociedades modernas respecto del reconocimiento de derechos en diversos ámbitos -aunque claro está-, el énfasis de este capítulo estará puesto en la discriminación por orientación sexual en el ámbito de las maternidades lésbicas y las paternidades homosexuales, en materia de adopción.

Al final de este capítulo, se hará un análisis del concepto de discriminación que nos otorga la Observación General N° 18 del Comité de Derechos Humanos, a la luz de la situación concreta de la imposibilidad de adoptar por parte de parejas y personas LGBTI, de modo que, a partir de este análisis, se asiente la hipótesis planteada de que se trata de una realidad que debe ser estudiada desde el principio de igualdad, y por tanto, desde un enfoque de derechos humanos.

2. Igualdad y no discriminación: algunos enfoques teóricos

2.1. Sujetos del principio de igualdad: estructuras, individuos, comportamientos

Gerald COHEN en su obra: “Si eres igualitarista, ¿cómo es que eres tan rico?” plantea una respuesta al concepto de estructura básica de la sociedad planteado por John RAWLS, sosteniendo a este respecto que la justicia requiere “de un ethos que gobierne las elecciones diarias, que va más allá a la obediencia de las reglas justas”.²³⁵

²³⁶

En función de lo anterior COHEN se pregunta ¿qué es exactamente la estructura básica? agregando que no hay nada claro respecto a las instituciones que la conforman. Así, sostiene que “a veces parece que [...] las instituciones pertenecen a ella sólo en tanto que son [legalmente] coercitivas”.²³⁷ En razón de ello, el autor apunta a que este perfil coercitivo “se desentiende de las limitaciones y las oportunidades creadas e impedidas por las elecciones que lleva a cabo la gente dentro de la estructura básica dada”.²³⁸

Aun así, no está claro que la estructura básica sea siempre entendida en el sentido coercitivo, y ello se debe a que “[...] pertenecen a la estructura básica instituciones

²³⁵ COHEN, G. 2001. Si eres igualitarista ¿Cómo es que eres tan rico? Paidós Ibérica. p. 184.

²³⁶ Precizando además, que: “[...] el ethos de una sociedad es un grupo de sentimientos y actitudes en virtud del cual su práctica normal y sus presiones informales son lo que son”. Ibid, p. 197.

²³⁷ Ibid, p. 184.

²³⁸ Ibid, p. 185.

cuya estructuración puede depender bastante menos de la ley que de la convención, el uso y la expectativa; un ejemplo notable es la familia, que RAWLS incluye a veces en la estructura básica y otras veces no”.²³⁹ En este sentido, -añade COHEN- es imposible afirmar que los principios de la justicia que aplicamos a la estructura familiar, no sean aplicables a las elecciones que se dan día a día dentro de ella.

Es en este punto donde COHEN visualiza un problema, pues, o RAWLS debe admitir la aplicación de los principios de la justicia a las prácticas sociales, y por tanto a los criterios de elección personal que no están legalmente prescritos -caso en el cuál se colapsa la restricción de la justicia a la estructura básica- o bien, mantener dicha limitación “cargando con el peso de haber realizado una delineación puramente arbitraria”.²⁴⁰

¿Qué hacer a este respecto? COHEN, concluye que en la misma medida que nos interesa la estructura básica coercitiva, dada su importancia en la distribución de cargas y beneficios, nos debe importar la ética que sostiene la igualdad de géneros y los incentivos no igualitaristas, agregando, que “los principios de justicia se aplican no

²³⁹ Ibid, p. 186.

²⁴⁰ Ibid, p. 188.

Respecto a la familia, sostiene que dicha estructura -que no es coercitiva desde el punto de vista legal- contiene expectativas sociales que recaen en el marido y la mujer, las que a su vez pueden ser sexistas e injustas -por ejemplo al dar una mayor carga doméstica a la mujer, mientras que ambos cónyuges trabajan fuera del hogar-. Ante esta situación, la respuesta de RAWLS sería que “la estructura de la familia [...] y el comportamiento no tienen implicaciones con respecto a la justicia en el sentido de justicia en el que la estructura básica tiene implicaciones con respecto a la justicia, puesto que no son una consecuencia del orden coercitivo formal”. Ibid, p. 189.

sólo a las reglas coercitivas sino al criterio de elecciones [legalmente] no coercitivas de la gente”.²⁴¹

A mayor abundamiento, la obra de COHEN da cuenta de la importancia de aplicar el principio de justicia a los criterios dominantes del comportamiento social, vale decir, donde está la acción, es en este sentido que se debe incluir la “estructura informal” dentro de la estructura básica, “aprobando el comportamiento como objeto primario de los juicios de justicia”.²⁴²

Desde esta perspectiva, la crítica que COHEN realiza a la obra de RAWLS nos proporciona una base relevante para criticar la estructura familiar heteronormativa desde el principio de justicia, y en esta medida, permite también evaluar bajo este mismo principio, las relaciones que dentro de dicha estructura familiar tienen lugar y que son tenidas como socialmente mayoritarias –y por ello, dignas de protección legal- como es el caso de la pareja heterosexual casada que puede acceder a la adopción de niños y niñas, versus las parejas del mismo sexo –que impedidas legalmente para contraer matrimonio- no pueden acceder a la adopción conjunta.

Con su crítica a la estructura básica, la argumentación de COHEN ayuda a demostrar que esta situación de desigualdad que interfiere en el ámbito privado y decisorio de las personas –en específico, respecto a la forma en que las personas constituyen o desean constituir sus relaciones familiares- es analizable desde el principio de justicia, y por ello, criticable desde el punto de vista de la igualdad.

²⁴¹ Ibid, p. 193.

²⁴² Ibid, p. 197.

2.2. La igualdad como categoría de análisis individual versus un enfoque estructural en el derecho

2.2.1. FERRAJOLI y BOBBIO: igualdad, diferencia y naturaleza del prejuicio

El ámbito de desigualdad en que se encuentran las parejas y personas de grupos LGBTI, encierra en sí mismo el argumento de que no es posible tratar a estas familias en igualdad de derechos respecto de aquellas familias conformadas por parejas de distinto sexo, validándose la orientación sexual como un criterio relevante para distinguir a la hora de reconocer derechos a estas familias, vale decir, la distinta orientación sexual de las personas –situación de hecho- es utilizada como un argumento contrario al otorgamiento de igualdad de trato ante la ley –concepto normativo-, significando lo anterior, un ejemplo claro de la idea que propugna la igualdad de derechos en igualdad de condiciones fácticas, y que al mismo tiempo, contrapone la idea de “diferencia” a la de “igualdad”.

FERRAJOLI señala en su ensayo “Igualdad y diferencia”, que la mayor parte de las críticas dirigidas a la idea de igualdad por el pensamiento feminista parten de una contraposición entre igualdad y diferencia, que se sostiene en la ambigüedad del término igualdad, referido no a su dimensión como valor, sino, al concepto de igualdad jurídica tal como fue construido por la tradición liberal.

A este respecto, FERRAJOLI, constata una contradicción que no es efectiva, entre la igualdad en término asertivo (o como hecho), versus el principio de igualdad, dada la constatación de hecho de que las personas somos diferentes, señalando que: “[...] la contradicción desaparece si se reconoce que la igualdad [...] es cabalmente una norma

y que, por consiguiente, existe asimetría entre igualdad y diferencias”.²⁴³ En este mismo orden de cosas, el autor clarifica su planteamiento a través de una explicación conceptual, al señalar que “igualdad es [un] término normativo: quiere decir que los diferentes deben ser respetados y tratados como iguales [...]. Por su parte, diferencia es [un] término descriptivo: quiere decir que de hecho, entre las personas, hay diferencias, que la identidad de cada persona está dada, precisamente por sus diferencias, [...] las que deben ser tuteladas, respetadas y garantizadas en obsequio al principio de igualdad”.²⁴⁴

De esta manera, igualdad y diferencia son términos complementarios –no contradictorios- si sostenemos, por ejemplo, que todas las personas tenemos distintas orientaciones sexuales, y distintos modos de relacionarnos afectivamente –diferencia de hecho- y que son merecedores de protección en igualdad de condiciones ante la ley –igualdad en sentido normativo-.

FERRAJOLI, explicita la relación entre el principio de igualdad como norma y la diferencia o diferencias como hecho, vale decir, comprende el nexo que por la vía de los derechos liga las diferencias a la igualdad y las opone a las desigualdades y las discriminaciones. “Las diferencias -sean naturales o culturales- no son otra cosa que los rasgos específicos que diferencian y al mismo tiempo individualizan a las personas y que, en cuanto tales, son tutelados por los derechos fundamentales. Las desigualdades -sean económicas o sociales- son en cambio, las disparidades entre

²⁴³ FERRAJOLI, L. 2010. Igualdad y diferencia. En: CAICEDO, D, y PORRAS, A. (Edits.), Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad. Quito. Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos. p. 164.

²⁴⁴ Ibidem.

sujetos producidas por la diversidad de sus derechos patrimoniales, así como de sus posiciones de poder y sujeción”.²⁴⁵

Desde esta perspectiva, no es posible sostener desde la lógica del principio de igualdad, que las diferencias que encontramos en nosotros como seres humanos, -y en este sentido la orientación sexual y la diversidad de configuraciones familiares- se opongan a un concepto de igualdad en sentido normativo, pues, lo que hace este último es consagrar la idea de que estas diferencias son merecedoras de igual trato ante la ley, y de esta manera, se reconoce que la diversidad es un elemento que sirve a la configuración de la propia identidad.

En cambio, lo que sí es efectivo sostener, es que igualdad y diferencias así entendidos, se oponen a la desigualdad y la discriminación, y en este sentido, la orientación sexual y sus efectos en la diversidad de configuraciones familiares y relaciones afectivas –diferencias de facto-, al ser consideradas como factores relevantes para el reconocimiento de la aptitud de las personas a efectos de poder adoptar o no, se constituyen en fundamento de tratos discriminatorios o desiguales.

Finalmente, señala FERRAJOLI que, al ser la igualdad un privilegio normativo, puede resultar inefectiva a causa de múltiples discriminaciones por las que de hecho puede ser violada mediante lesiones fácticas de los derechos fundamentales, - aclarando que- “precisamente, las discriminaciones son las desigualdades antijurídicas, puesto que consisten [...] en el desigual tratamiento de las diferencias tuteladas y valorizadas por él [el principio de igualdad]”.²⁴⁶ Ejemplo de ello, es la consagración

²⁴⁵ Ibid, p. 167.

²⁴⁶ Ibid, p. 168.

formal de la idea de que las personas no podemos ser discriminadas por nuestra orientación sexual –igualdad formal-, y en este sentido, una normativa que prohíba expresamente la adopción por personas y parejas LGBTI sería evidentemente contradictoria al principio de igualdad. Sin embargo, se debe considerar que a través de los hechos también es posible violar el derecho de igualdad, sin que sea necesaria la existencia de un factor legal –o al menos no expresamente-, como por ejemplo, en circunstancias en que la orientación sexual significa un elemento decisorio en el informe de idoneidad para adoptar individualmente.

Aclarado el punto anterior, se hace también necesario destacar que la discriminación por orientación sexual – incluso en el ámbito de la imposibilidad para adoptar- tiene, al igual que la discriminación por sexo u otras categorías sospechosas, un origen que se relaciona con una representación prejuiciosa y estereotipada de las personas LGBTI.

BOBBIO, en una obra en la que reúne a su vez ideas de sus ensayos “La naturaleza del prejuicio”, “Racismo hoy” e “Iguales y diferentes”, construye una definición de prejuicio, señalando que: “[...] llamamos prejuicio a una opinión o a un conjunto de opiniones, a veces también a una doctrina, que es aceptada acrítica y pasivamente por la tradición, por la costumbre o bien por una autoridad cuyo dictamen aceptamos sin discutirlo: acríticamente y pasivamente, en cuanto que la aceptamos sin verificarla, por inercia, por respeto o por temor, y la aceptamos con tanta fuerza que resiste a toda refutación racional, es decir a toda refutación que se haga recurriendo a argumentos racionales”.²⁴⁷

²⁴⁷ BOBBIO, N. 2010. Igualdad y diferencia. En: CAICEDO. D, y PORRAS. A. (Edits.), Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad. Quito. Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos. p. 184.

El autor distingue a su vez entre prejuicios individuales y colectivos, dando importancia sólo a los últimos, definiéndolos como aquellos “[...] compartidos por todo un grupo social y que conciernen a otro grupo social [...] generando incompreensión, rivalidad, enemistad, desprecio o mofa”.²⁴⁸ Añadiendo a su vez, que la principal consecuencia del prejuicio es la discriminación.

De esta manera, es posible sostener que las aseveraciones que residen tras el argumento de la inidoneidad de parejas y personas LGBTI para acceder a la adopción –como por ejemplo, el que se señale que la orientación homosexual es un desorden psicológico que pone en riesgo a los niños y niñas- corresponden a esta idea de prejuicio de grupo, por parte de la sociedad heteronormada respecto de los grupos LGBTI.

BOBBIO, prosigue su análisis distinguiendo entre diversas formas de desigualdad, rescatando como principal aquella que diferencia entre desigualdades naturales y sociales, argumentando que dicha distinción es relevante para el problema del prejuicio, ya que a menudo el prejuicio nace de sobreponer a la desigualdad natural una desigualdad social, “sin reconocer que la desigualdad natural ha sido agravada por la superposición de una desigualdad creada en la sociedad y que no siendo considerada como tal, es considerada ineliminable”.²⁴⁹ A este respecto, el autor ejemplifica aludiendo a los homosexuales, pues, “[...] en este caso se puede hablar de diversidad natural entre homosexuales y heterosexuales. Pero, el juicio negativo que

²⁴⁸ Ibid, p. 186.

²⁴⁹ Ibid, p. 193.

en nuestra sociedad se da sobre la homosexualidad es de origen histórico”,²⁵⁰ confirmando aún más la idea de que la imposibilidad de adopción por personas LGBTI, -tanto legal como en los hechos- responde a un prejuicio y a una forma de discriminación, y no a una distinción natural entre parejas del mismo sexo y parejas heterosexuales, en atención –por ejemplo- a que las últimas procrean sexualmente y las primeras no.

2.2.2. SABA y VILHENA: (Des)Igualdad estructural

En un ejercicio de identificación del problema, en su texto “(Des) Igualdad estructural”, SABA, indica que el principio de no discriminación, sostenido por una visión individualista del principio de igualdad ante la ley, no provee suficientes herramientas para decidir casos en que las diferencias de hecho o que surgen de tratos sistemáticamente excluyentes e históricos, son relevantes para realizar tratos diferentes que no serían tolerados por tal visión individualista.

A este respecto, el autor destaca que, “lo que la igualdad ante la ley persigue es el objetivo de evitar la constitución y establecimiento de grupos sometidos, excluidos o sojuzgados por otros grupos”,²⁵¹ agregando que “la versión de la igualdad estructural no adhiere sólo y exclusivamente a la idea de no discriminación (como trato no arbitrario fundado en prejuicios) sino a un trato [no] segregacionista y excluyente tendiente a

²⁵⁰ Ibid, p. 193.

²⁵¹ SABA, R. 2005. (Des)Igualdad Estructural. Revista Derecho y Humanidades (11): p. 20.

consolidar una situación de grupo marginado”.²⁵² En este sentido, la idea de igualdad como no sometimiento concibe al concepto individualista de igualdad como insuficiente.²⁵³

Por su parte Claudio NASH y Valeska DAVID definen la discriminación estructural como: “la situación que enfrentan determinados sectores de la población que por complejas prácticas sociales, culturales o institucionales no gozan de sus derechos en la misma medida que lo hace el resto de la sociedad”,²⁵⁴ vale decir, se trata de ciertos grupos históricamente marginados del acceso a la justicia, a la educación, a la participación política, a la dirección de asuntos públicos, entre otras.

A este respecto, quisiéramos rescatar la conclusión de SABA expuesta anteriormente, pues, una legislación sobre adopción -y en general, una legislación

²⁵² Ibid, p. 23.

²⁵³ En este mismo sentido, SHELTON nos demuestra que las leyes hacen distinciones y que “incluso cuando una ley es aparentemente neutral, puede tener un impacto dispar sobre grupos o individuos específicos”, dando pie a quejas por discriminación.

En este sentido -apunta la autora- los factores estructurales pueden dejar ciertos grupos excluidos en relación con el resto de la sociedad, independiente del trato equitativo que formalmente se les garantice, pues, es posible que “la coherencia en el trato no logre garantizar los objetivos mayores de igualdad, si se aplica por sí sola, sin tomar en cuenta tanto las diferencias como las similitudes existentes en la población”. SHELTON, D. 2008. Prohibición de Discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Anuario de Derechos Humanos (4): pp. 15-16.

De igual forma, NASH y DAVID sostienen que en ciertas problemáticas, como las situaciones de discriminación estructural, la concepción tradicional de igualdad puede resultar insuficiente.

Dicha exclusión obedece más que a una marginación de origen normativo “a una sistemática subordinación de estos grupos que ha devenido en un complejo tejido social de prácticas, prejuicios y estereotipos que inhibe la eficacia de la igualdad de derechos”. Desde esta perspectiva, una lectura formal de la prohibición de discriminación suele pasar por alto la incidencia del estatus de grupo al cual pertenece la víctima de discriminación, invisibilizándose a éstas como víctimas aisladas de discriminación. NASH, C., y DAVID, V. [s.a.]. Igualdad y no discriminación en el sistema interamericano de derechos humanos. En: NASH, C. y MUJICA, I. (Eds.). Derechos Humanos y Juicio Justo. Lima. Red Interamericana de Formación en Gobernabilidad y Derechos Humanos, Colegio de las Américas - COLAM, Organización Interamericana Universitaria. p. 173.

²⁵⁴ Ibidem.

sobre derecho de familia- que no considera las distintas formas de paternidad y maternidad -como la ejercida por personas y parejas LGBTI-, valida tratos excluyentes o segregacionistas respecto de este grupo de personas, situando a estas familias en una posición marginal respecto a cualquier otra familia parte de la sociedad chilena, excluyéndolas, además, en caso de que deseen perpetuar lazos familiares a través de esta institución legal.

Desde esta perspectiva, es importante abordar el tema de la paternidad y maternidad gay-lésbica desde una visión estructural de la igualdad, ya que permite considerarlas, –al menos en el ámbito de la adopción- como una realidad sin reconocimiento legal, que tiene por único fundamento la orientación sexual de aquellos que pretenden la adopción de un niño o una niña y que, por tanto, afecta a toda persona de orientación distinta a la heterosexual – y a sus familias-, identificándose, de este modo, un grupo definido de personas respecto de las cuales se hace notar un trato discriminatorio, configurándose como un grupo socialmente marginado.²⁵⁵

VILHENA, por su parte, destaca las consecuencias que al respecto conlleva un trato segregacionista, “al crear una sociedad jerárquica, en la que las personas de segunda clase no pueden alcanzar un estatus real de ciudadanía y no son reconocidos como titulares reales de sus derechos (aunque lo sean desde el punto de vista formal)”,²⁵⁶ de manera que el Estado comienza a reproducir estándares generalizados socialmente,

²⁵⁵ Sin embargo, el enfoque de discriminación estructural no ha estado exento de críticas, y a este respecto “podría considerarse que [...] a la luz de la definición de grupo sobre la que se articula, no logra explicar o abarcar otras situaciones complejas, muy propias de la realidad actual de nuestra región” como los migrantes, los niños niñas y adolescentes o los privados de libertad, y por qué no, los grupos LGBTI. Estos rasgos indican que los colectivos sujetos a discriminación varían según tiempo y espacio “y habrá que identificarlos en cada contexto histórico”. Ibid, p. 174.

²⁵⁶ VILHENA, O. 2007. La desigualdad y la subversión del estado de derecho. Sur, Revista Internacional de Derechos Humanos (6): 46.

como por ejemplo, que las personas LGBTI no son idóneas para ser padres o madres, y en consecuencia, no se les permita adoptar.

3. Normativa internacional

Diversos tratados de Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante DIDH), consagran en sus cuerpos normativos el principio de igualdad y no discriminación, así por ejemplo la Carta de Naciones Unidas en su artículo 1 números 2 y 3; la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) en sus artículos 1 y 2; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) en sus artículos 2.1., 3 y 26; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Artículo 2; el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales en su Artículo 14,²⁵⁷ y la Convención Americana sobre Derechos Humanos en sus artículos 1.1 y 24.²⁵⁸

²⁵⁷ Convenio Europeo de Derechos Humanos. Artículo 14. Prohibición de discriminación. El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación. Convenio Europeo de Derechos Humanos [En línea] <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf> [Consulta: 6 marzo 2015].

²⁵⁸ Artículo 1.1. Obligación de respetar los derechos. Los Estados Partes en esta Convención 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, 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.

Artículo 24. Igualdad ante la ley. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley. Convención Americana sobre Derechos Humanos. [En línea] <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm> [Consulta: 6 marzo 2014]. En la Opinión Consultiva OC- 4/84, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señala que

No obstante ello, ninguno de estos tratados universales y regionales sobre derechos humanos consagra en su normativa definición alguna sobre lo que se entiende por discriminación.

4. Definición de discriminación

Entre los tratados de derechos humanos que definen el término discriminación encontramos a la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (CIEDR, artículo 1.1.), el Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT, artículo 1.1.) relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, y la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza (Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, UNESCO. Artículo 1.1.). Posteriormente lo han hecho la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW, artículo 1), y la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares (artículo 7).

Como puede evidenciarse, no existe definición del principio de igualdad y no discriminación en tratados de derechos humanos de carácter general. Las que han sido transcritas se encuentran en convenciones sobre ámbitos específicos de discriminación contra la mujer, o la discriminación racial, por dar algunos ejemplos.

Ha sido en base a dichas definiciones que el Comité de Derechos Humanos en su Observación General N° 18 ha otorgado un concepto de discriminación - a saber-

el artículo 1.1. depende de su vinculación con un derecho garantizado por la Convención, mientras que el artículo 24 garantiza la igualdad no sólo en lo referente al goce de los derechos establecidos en la Convención sino también en la aplicación de cualquier norma interna.

“toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política, o de otra índole, el origen nacional o social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”.²⁵⁹

5. Análisis de la definición de discriminación a la luz del caso particular de personas LGBTI que desean adoptar

Vale la pena realizar algunas apreciaciones, a efectos de analizar el concepto de discriminación y aplicarlo al caso concreto de discriminación por orientación sexual en el ámbito de la paternidad y maternidad LGBTI y su reconocimiento en materia de adopción.

El primer punto que debemos tener en consideración, es que la existencia de igualdad o de discriminación supone un ejercicio relacional, lo que significa en palabras de NASH y DAVID “realizar una comparación entre la situación de uno o más sujetos respecto de uno o más objetos”,²⁶⁰ y en este sentido, la determinación concreta de la existencia de una situación de desigualdad y discriminación hacia las personas y parejas LGBTI en materia de adopción, supone la realización de ese ejercicio de comparación con otras personas y parejas que se encuentren en

²⁵⁹ Observación General No. 18, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, No discriminación, 37º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 168 (1989), párr. 7. [En línea] <<http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom18.html>> [Consulta: 6 marzo 2015].

²⁶⁰ NASH, C. y DAVID, V. op. cit., p. 168.

la misma situación, vale decir, personas o parejas de distinto sexo que deseen ser padres y madres a través de la adopción, o se encuentren en la necesidad de recurrir a esta institución legal a efectos de que sus vínculos familiares sean reconocidos legalmente. Sin embargo, es posible, -en esta etapa del análisis- identificar un problema de delimitación del grupo frente al cual se realiza este ejercicio relacional, y que será analizado de forma más patente con la revisión jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH). Este problema de delimitación, reside en si es posible incluir en dicho ejercicio relacional a las parejas heterosexuales casadas, pues, al considerarse el matrimonio como la institución que es base principal de la familia,²⁶¹ y no la única, -más aún con la reciente aprobación del Acuerdo de Unión Civil- queda abierta la posibilidad de argumentar que el matrimonio es una institución establecida para que sólo las parejas de distinto sexo puedan acceder a él, y con ello además, puedan quedar protegidas en sus relaciones familiares a través del estatuto legal que se confiere a las parejas casadas. Por consiguiente, sería improcedente sostener que las parejas casadas y las parejas del mismo sexo se encuentran en una situación similar que permita realizar dicho ejercicio relacional. Ello sumado además al interés estatal de proteger y fomentar la familia matrimonial.

No obstante ello, pienso que las parejas casadas, de igual modo, deben ser incluidas en este ejercicio relacional, pues, en Chile son las únicas que pueden acceder a la adopción conjunta y a la adopción de integración, de modo que,

²⁶¹ CHILE. Ministerio de Justicia. 2004. Ley N° 19.947: Establece Nueva Ley de Matrimonio Civil. 17 de mayo de 2004. Artículo 1º.- La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El matrimonio es la base principal de la familia.

excluir las, implicaría llegar a la conclusión de que no existe discriminación hacia las parejas LGBTI, pues, estas se encontrarían sólo en situación semejante a la de las parejas de distinto sexo no casadas, las que de igual forma no pueden acceder a la adopción –argumento que de igual forma me parece improcedente, pues, las parejas de distinto sexo siempre podrán contraer matrimonio- .

Por otra parte, excluir a las parejas casadas del ejercicio relacional, implicaría soslayar la situación de desigualdad en que las parejas no casadas, –LGBTI y de distinto sexo- se encuentran en relación a aquellas, por el mero hecho de su consideración como institución principal y privilegiada, a este respecto, cabe tener presente los elementos de discriminación estructural que pesan sobre los grupos LGBTI, y que encierran prejuicios y estereotipos que redundan en el no reconocimiento de sus derechos, además de la situación fáctica de que estas parejas no puedan contraer matrimonio y por tanto, no puedan adoptar.

Un segundo elemento a considerar, respecto de la definición de discriminación, es que ésta requiere “una acción u omisión estatal, que puede consistir en una distinción, exclusión, restricción o preferencia”,²⁶² y en este sentido, cabe señalar que el legislador chileno excluye a las parejas LGBTI, al permitir que sólo parejas casadas puedan adoptar niños y niñas, y además, omite, al no establecer regulación alguna que permita a estas parejas poder adoptar.

²⁶² NASH, C. y DAVID, V. Op. Cit., p. 168.

En esta misma dirección -señala BAYEFSKY- “[...] una distinción no discriminatoria, debe (a) tener una justificación objetiva y razonable; esto es, debe perseguir una finalidad legítima; y (b) debe existir una relación razonable de proporcionalidad entre la finalidad y el medio empleado para lograrla”. BAYEFSKY, A. 2005. El Principio de Igualdad o No Discriminación en el Derecho Internacional. En: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos. 18 Ensayos Justicia Transicional, estado de derecho y democracia. Santiago de Chile. p.12.

Sin embargo, no toda diferencia de trato puede equipararse a discriminación, luego, la pregunta que surge es ¿bajo qué criterios podemos determinar que una distinción es legítima?

Así, -y como tercer punto- “la legitimidad de las diferencias de trato debe establecerse mediante un examen acerca de la objetividad y razonabilidad de la medida que introduce la distinción en atención al objetivo que se persigue alcanzar”.²⁶³

En este contexto, el criterio de objetividad debe entenderse como “la ausencia de elementos sujetos a valoraciones o inclinaciones personales, en tanto el imperativo de razonabilidad se ha construido, fundamentalmente, en torno a la exigencia de proporcionalidad entre la medida de distinción y el fin al cual se destina: [...] la diferenciación en cuestión debe orientarse a la consecución de un fin legítimo con arreglo a las convenciones de derechos humanos y, de otra, que el medio empleado para ello debe ser necesario y conducente para alcanzarlo”,²⁶⁴ ello importa que la medida que introduce la distinción debe ser idónea, la única alternativa posible y la menos lesiva para obtener el objetivo perseguido.

Dentro del marco de los criterios de razonabilidad y objetividad se insertan los motivos de diferenciación, y que son altamente indiciarios de arbitrariedad, dando lugar a un escrutinio más estricto, lo que significa que “las distinciones que se funden en algunos de estos motivos activan un examen más riguroso, de modo que al Estado sólo le estará autorizada en caso de que esgrima un objetivo

²⁶³ NASH, C. y DAVID, V. Op. Cit., p. 168.

²⁶⁴ Ibid, p. 170.

especialmente imperativo”.²⁶⁵ Por ello, que se les ha denominado categorías sospechosas, dado su uso reiterado o prolongado para relegar a ciertos sectores de la sociedad [...].²⁶⁶

Este ejercicio de objetividad y razonabilidad, será analizado con mayor detalle en el capítulo de análisis jurisprudencial, sin embargo, cabe recordar que, la discriminación hacia la paternidad y maternidad LGBTI se inserta dentro de la discriminación por orientación sexual –categoría sospechosa, como veremos más adelante- la que sabemos, encierra prejuicios y estereotipos respecto de las personas LGBTI, y que se han generalizado a nivel social –de ahí que difícilmente pudiere existir criterios objetivos que distingan entre orientaciones sexuales- y en este sentido, la exclusión de las parejas LGBTI de la ley de adopción debe ser especialmente justificada, de acuerdo a fines legítimos en el contexto de un sociedad democrática como la chilena –cuyo Estado, vale recordar, se encuentra obligado al respeto del DIDH-, pero, además, debe justificar que dicha exclusión es el medio más idóneo a efectos de lograr el fin que el Estado busca por medio de tal medida –a modo de ejemplo, la protección del interés superior de niños y niñas o de la familia tradicionalmente constituida-, medida que por tanto es criticable, en atención a que ya se ha demostrado que la orientación homosexual no tiene por qué significar una amenaza a la protección de tales fines.

²⁶⁵ Ibidem.

²⁶⁶ El mayor consenso al respecto se encuentra en torno a los criterios de raza, sexo y religión, aunque se sugiere que podrían identificarse con casi la totalidad de motivos consignados en las cláusulas que prohíben discriminación”. Ibidem.

Por último, como cuarto elemento que caracteriza la definición de discriminación, encontramos que “ésta tiene por objeto o por resultado la producción de un perjuicio consistente en anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”.²⁶⁷

Respecto a este elemento en particular, ya se ha dejado constancia de que existen familias con padres y madres del mismo sexo, o incluso familias monoparentales con padre gay o madre lesbiana, por lo que muchas veces la exclusión legal y/o de facto de estas realidades familiares, redundando en la anulación del reconocimiento de sus derechos como familias, y en tantas otras situaciones que van desde la ausencia de reconocimiento de la doble paternidad o maternidad, hasta la desprotección de estos hijos e hijas a nivel educacional, y previsional, así como en caso de muerte de uno de sus padres o madres, sólo por nombrar algunos ejemplos.

Sin embargo, cabe señalar, que dicha exclusión discriminatoria, vulnera derechos en el ámbito de las parejas y personas LGBTI propiamente tal, ya que, a través de ella, se cierra totalmente una posibilidad de poder constituir familia con hijos o hijas, vulnerando el derecho a la vida privada y/o familiar y a la determinación de la personalidad, desde el momento en que el Estado no reconoce legalmente esta forma de constituir familia, y por tanto, realizando una intromisión arbitraria en los proyectos de vida de las personas, obstaculizándolos, por el sólo motivo de su orientación sexual.

²⁶⁷ Ibid, p. 171.

6. Conclusiones

En este capítulo, se ha expuesto desde diversas teorías lo que se entiende por igualdad y no discriminación, principalmente desde una perspectiva estructural.

En un comienzo, COHEN, -a través de su crítica a RAWLS- proporciona un punto de partida que permite confirmar que la aplicación del principio de igualdad es pertinente -y necesaria- en el ámbito de los criterios sociales dominantes, y los criterios de elección de las personas, insertándose en este contexto la decisión de éstas en orden a constituir familia o no -y en caso de decidir hacerlo- de qué forma concretarla. Desde esta perspectiva, la adopción por parejas y personas LGBTI, es un ámbito que puede ser analizado a la luz del principio de igualdad.

Por su parte, FERRAJOLI, nos ayuda a comprender a través de su explicación conceptual de lo que significa “igualdad” y “diferencia”, que la constatación fáctica de la existencia de diversas orientaciones sexuales y diferentes formas de constituir familia -como las familias LGBTI adoptivas- no obsta a la idea de que tales orientaciones y configuraciones familiares deban ser igualmente protegidas en sus respectivos derechos, pues, el concepto de “diferencia”, alude justamente a la diversidad humana como un elemento constitutivo de la identidad particular de cada persona, y como tal, es un elemento descriptivo o fáctico, mientras que, la “igualdad”, es un concepto normativo que en esencia ordena que dichas realidades diversas sean protegidas en sus derechos, sin que medie arbitrariedad. La igualdad protege la diferencia, por tanto, lo opuesto a ella es la discriminación y la desigualdad, entendidas como una “distinción” injustificada.

En este esquema, BOBBIO nos proporciona un concepto de prejuicio, aludiendo a que uno de sus principales efectos es la discriminación, sobre todo al tratarse de aquellos prejuicios de grupo -vale decir, de un grupo generalmente mayoritario hacia otro comúnmente minoritario-, como es el caso de la discriminación contra los grupos LGBTI (incluidos los ámbitos parentales). A este respecto, cabe agregar, que los prejuicios por lo general no ceden a la razonabilidad de los argumentos que los contradicen, puesto que, están sumamente arraigados en la sociedad, y en este sentido, los prejuicios son constructos sociales que se originan en la constatación de la existencia de ciertas diferencias entre personas o grupos, y de allí que por ejemplo la paternidad o maternidad en el caso de adopción y la orientación homosexual se vean como realidades incompatibles.

SABA, –por otra parte- nos señala que en ciertos casos de discriminación, un esquema individualista de la igualdad no es suficiente, sino que, además, es preciso incluir una perspectiva estructural de la igualdad, ya que ésta propende al no sometimiento o marginación de grupos sociales en virtud de las características que socialmente le son atribuidos, sin por ello ser contradictorio con un esquema de igualdad que vela por la no discriminación en términos de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad.

En este sentido, SABA nos demuestra que al hablar de adopción por parte de gays y lesbianas en un contexto de desigualdad, es conveniente aplicar un esquema de discriminación estructural que tome en cuenta los elementos de desigualdad histórica que afectan a los grupos LGBTI, y que se fundan únicamente en su distinta orientación sexual.

Por otra parte, un hecho relevante a considerar es que entre los tratados de derechos humanos de alcance general –tanto universales, como regionales- no se contempla una definición de discriminación, lo que sí sucede en tratados de derechos humanos relativos a ámbitos específicos como CIEDR y CEDAW, y así también la Observación General N° 18 del Comité de Derechos Humanos.

Tomando en cuenta los elementos de esta definición de discriminación, se demostró que concurren uno a uno -al menos en líneas generales- al referirnos a la adopción por parte de personas y parejas LGBTI, de manera que –a simple vista- el Estado Chileno debiese proporcionar argumentos objetivos, razonables y proporcionales, para justificar la imposibilidad legal de estas parejas para adoptar, de otra forma, estaría propiciando un trato discriminatorio hacia estas familias.

Esta postura se verá reforzada, aún más, con el análisis que se realizará en el capítulo próximo en relación al tratamiento que ha recibido la orientación sexual en el derecho internacional -y en algunas jurisdicciones nacionales- y en particular con la revisión de casos particulares en donde se involucra la paternidad y maternidad de gays y lesbianas en materia de adopción y cuidado personal.

CAPÍTULO IV. Adopción por personas y parejas LGBTI: una mirada desde el principio de la igualdad y la no discriminación

1. Introducción

En este capítulo, se abordará el análisis de las decisiones jurisprudenciales más relevantes en materia de adopción y cuidado personal por personas y parejas gay-lésbicas, pronunciadas principalmente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) , y las Altas Cortes de Colombia, México y Brasil, todo ello en un marco general de decisiones jurisprudenciales referidas al ámbito de la discriminación por orientación sexual y su calificación como categoría sospechosa de discriminación.

El objetivo al final de este capítulo, será revisar qué análisis o tratamiento ha recibido la orientación sexual de parte del derecho internacional -principalmente desde la jurisprudencia- con la finalidad de enmarcar dicho factor de discriminación dentro de un análisis estructural, para ahondar luego -dentro de las distintas formas de discriminación que puedan tener lugar a través de la orientación sexual- la discriminación que afecta a grupos LGBTI en el ámbito de la maternidad y la paternidad adoptiva.

Con el fin de lograr este objetivo, revisaremos primero el desarrollo de la orientación sexual como categoría sospechosa -en términos generales y referida a

diversos ámbitos de discriminación- para luego, analizar en profundidad los casos de paternidad gay y maternidad lésbica en materia de adopción que se han resuelto en el TEDH y en los altos tribunales de algunos países de nuestra región.

2. PRIMERA PARTE: No discriminación, igualdad ante la ley y orientación sexual e identidad de género: ¿Qué han dicho los tribunales y organismos internacionales?

2.1. Estándares de los tribunales y organismos internacionales

Cuando hablamos de derechos LGBTI, se hace referencia a la necesidad de encontrar “un reconocimiento legal y social a nuestra dignidad individual y colectiva, a la imprescindible eliminación de legislaciones restrictivas de derechos. Esto incluye todo un catálogo de reivindicaciones, (legislativas, pero también de implementación de políticas, sociales y hasta judiciales) [...] desde la salvaguarda del derecho a la vida hasta el reconocimiento de nuestra afectividad y las formas en que la institucionalizamos”.²⁶⁸

Pese a que las categorías de orientación sexual e identidad de género no están específicamente enumeradas en los principales tratados internacionales de derechos humanos, se ha argumentado a este respecto que “los instrumentos internacionales no pretendían ser exhaustivos en su enumeración de condiciones, y la referencia a

²⁶⁸ MORENO, D. 2007. Derechos Humanos y derechos LGTB desde una perspectiva internacional. [En línea]. Barcelona. p. 8. <http://www.idhc.org/esp/documents/Biblio/CDHE_03.pdf> [Consulta: 6 marzo 2015].

cualquier otra condición es la indicación más clara de la intención de abarcar la protección de categorías no mencionadas”.²⁶⁹

El artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley, y en este sentido, “la ausencia de la orientación sexual y la identidad de género como categorías de no discriminación expresamente enumeradas, no las excluye de la protección prevista en este artículo”,²⁷⁰ y bajo este razonamiento, la inclusión de la categoría otra condición social contemplaba razones de discriminación no enumeradas o que evolucionarían en la sociedad, lo que viene a ser confirmado por la Observación General N° 18 del Comité de Derechos Humanos que explica que el artículo 26 no se limita a reiterar la garantía de que todas las personas son iguales ante la ley, sino que establece en sí un derecho autónomo que “prohíbe la discriminación de hecho o de derecho en cualquier esfera sujeta a la normativa y la protección de las autoridades públicas”.²⁷¹

Por otra parte, entre los nuevos instrumentos y normas de derechos humanos, emerge una tendencia a incorporar la orientación sexual e identidad de género entre las razones prohibidas de discriminación, así por ejemplo: los Principios y buenas prácticas sobre protección de personas privadas de libertad (Principio II, Igualdad y no

²⁶⁹ COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. 2009. Orientación sexual e identidad de género y Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Guía para profesionales N°4. [En línea]. Ginebra. p. 31. <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/direitos-sexuais-e-reprodutivos/direitos-lgbt/orientacion-sexual-e-identidad-de-genero-y-derecho-internacional-de-los-derechos-humanos>> [Consulta: 6 marzo 2015].

²⁷⁰ Ibidem.

²⁷¹ Observación General No. 18, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, No discriminación, 37º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 168 (1989), párr.12.

discriminación); la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes (Artículos 5 y 14); y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Artículo 21. 1). Los Principios Yogyakarta establecen a su vez normas en relación a la no discriminación (principio 2) y al derecho a formar una familia (Principio 24).²⁷²

El Parlamento Europeo a su vez ha iniciado una serie de pronunciamientos a favor de las personas LGBTI.

Una de las resoluciones de mayor importancia en este ámbito, es la A-0028/94 de 8 de Febrero de 1994, sobre la igualdad de derechos de los homosexuales y las lesbianas en la Comunidad Europea.

En esta resolución, el Parlamento Europeo: “Reitera su convicción de que todos los ciudadanos y ciudadanas tienen derecho a un trato idéntico, con independencia de su

²⁷² El principio número 2 de esta Convención consagra el derecho a la igualdad y no discriminación en los siguientes términos: “Todas las personas tienen derecho al disfrute de todos los derechos humanos, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. Todas las personas tienen derecho a ser iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección por parte de la ley, sin ninguna de las discriminaciones mencionadas, ya sea que el disfrute de otro derecho humano también esté afectado o no. La ley prohibirá toda discriminación de esta clase y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier forma de discriminación de esta clase.

La discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género incluye toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en la orientación sexual o la identidad de género que tenga por objeto o por resultado la anulación o el menoscabo de la igualdad ante la ley o de la igual protección por parte de la ley, o del reconocimiento, o goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de los derechos humanos y las libertades fundamentales. La discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género puede verse y por lo común se ve agravada por la discriminación basada en otras causales, incluyendo género, raza, edad, religión, discapacidad, estado de salud y condición económica”.

A su vez, en el principio número 24, se consagra el derecho a formar una familia estableciendo que: “Toda persona tiene el derecho a formar una familia, con independencia de su orientación sexual o identidad de género. Existen diversas configuraciones de familias. Ninguna familia puede ser sometida a discriminación basada en la orientación sexual o identidad de género de cualquiera de sus integrantes”. Principios de Yogyakarta, Presentada ante el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, Ginebra, el 26 de Marzo de 2007. [En línea] <http://www.oas.org/dil/esp/orientacion_sexual_Principios_de_Yogyakarta_2006.pdf> [Consulta: 8 marzo 1015].

orientación sexual”,²⁷³ solicitando a los Estados Miembros, que “se ponga fin al trato desigual de las personas de orientación homosexual en las disposiciones jurídicas y administrativas”.²⁷⁴ Así mismo, el Parlamento Europeo pide a la Comisión de la Comunidad Europea “que presente una propuesta de recomendación sobre la igualdad de derechos de las lesbianas y de los homosexuales, y en este sentido, -en su reflexión general número 14-, el Parlamento Europeo indica que la recomendación debería, como mínimo, tratar de poner fin - entre otras materias- “a toda restricción de los derechos de las lesbianas y de los homosexuales a ser padres, a adoptar o criar niños”.²⁷⁵

De igual forma, el Parlamento Europeo en su resolución de 16 de marzo de 2000, sobre respeto a los derechos humanos en la Unión Europea, “volvió a insistir en el tema al solicitar la plena equiparación jurídica de las parejas del mismo sexo, con respecto a las de diverso sexo, lo cual abarcaría el reconocimiento de la idoneidad a priori como adoptantes”.²⁷⁶

Por su parte, el Convenio Europeo en materia de adopción de menores, de 27 de Noviembre de 2008, deja abierta la posibilidad de que los Estados reconozcan la oportunidad de adopción de niñas y niños a parejas del mismo sexo, ya sea unidas en matrimonio, registradas, o en unión estable.

²⁷³ COMUNIDAD EUROPEA. PARLAMENTO EUROPEO. Resolución A-0028/94 de 8 de Febrero de 1994, Sobre la igualdad de derechos de los homosexuales y las lesbianas en la comunidad europea, reflexión general número 1. [En línea] <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/56/pr/pr31.pdf>> [Consulta: 6 Marzo 2015].

²⁷⁴ Ibid, reflexión general número 7.

²⁷⁵ Ibid, reflexión general número 14.

²⁷⁶ HERRERA, M. Op. Cit., p. 195.

Establece esta Convención, en su artículo 7 que:

“1. La ley permite la adopción de un menor:

a. por dos personas de sexo diferente:

i. que hubieren contraído matrimonio entre sí o,

ii. que constituyan, en los casos que exista esa institución, una pareja de hecho registrada;

b. por una sola persona.

2. Los Estados tendrán la posibilidad de ampliar el alcance del presente Convenio a las parejas homosexuales que hubieren contraído matrimonio o registradas como parejas de hecho. Igualmente tendrán la posibilidad de ampliar el alcance del presente Convenio a las parejas heterosexuales y homosexuales que vivan juntas en el marco de una relación estable”.²⁷⁷

A nivel jurisprudencial, también existe un consistente reconocimiento de la orientación sexual como categoría sospechosa de discriminación, así por ejemplo, si bien el Convenio Europeo de Derechos Humanos no incluye ninguna mención expresa a la orientación sexual o a la identidad de género, el TEDH “se ha ido adaptando a los nuevos tiempos y a las nuevas concepciones sociales, en base a una interpretación dinámica y evolutiva del Convenio en su jurisprudencia”,²⁷⁸ considerando, además, la

²⁷⁷ Instrumento de Ratificación del Convenio Europeo en materia de adopción de menores (revisado), Estrasburgo, 27 de noviembre de 2008. [En línea]. <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-12066> [Consulta: 6 Marzo 2015].

²⁷⁸ CANO, G. 2007. La protección de los derechos de las minorías sexuales por el Tribunal

concepción misma de democracia que tiene el propio Tribunal, pues, para el TEDH, la democracia no significa la supremacía de la opinión de la mayoría sobre las minorías, sino, que se basa “[...] en el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura. La democracia exige un equilibrio que asegure a las minorías un trato justo y que evite todo abuso de las posiciones dominantes”.²⁷⁹ A estas nociones de interpretación evolutiva y dinámica y concepción pluralista de la democracia, se debe añadir los principios elaborados por el TEDH en materia de autodeterminación y autonomía personal, como fundamento último del derecho al respeto de la vida privada.²⁸⁰

En lo que se refiere específicamente a la orientación sexual, “el Tribunal ha focalizado su atención en la obligación de no intervención por parte del Estado en el ejercicio libre de la misma”²⁸¹, y en este sentido, ha conocido casos en relación a esta categoría desde diversos ámbitos como la despenalización de relaciones sexuales entre personas del mismo sexo, libertad de expresión, libertad de asociación, derecho al respeto a la vida privada y familiar, prohibición de discriminación en relación a la edad para consentir, adopción, régimen de custodia y vivienda.

El derecho al respeto de la vida privada enunciado en el artículo 8 del Convenio Europeo, “garantiza un marco dentro del cual el individuo puede establecer o entablar relaciones con otros seres humanos, especialmente en el ámbito afectivo para el

Europeo de Derechos Humanos. P. 36. [En línea]. Barcelona. <http://www.idhc.org/esp/documents/Biblio/CDHE_03.pdf> [Consulta: 6 marzo 2015].

²⁷⁹ Ibidem.

²⁸⁰ En este sentido, apunta la jurisprudencia del TEDH que será revisada en el próximo apartado y los casos ejemplares que se enunciarán.

²⁸¹ CANO, G. Op. Cit., p. 37.

desarrollo de su propia personalidad, [...] en la medida en que las tendencias y el comportamiento sexual de las personas constituyen un aspecto íntimo de su vida privada, la orientación sexual de cada persona queda cubierta y protegida por el artículo 8 del Convenio Europeo”.²⁸²

Así fue entendido por el Tribunal respecto al derecho de la libertad de la vida sexual en el caso *Dudgeon vs. Reino Unido*,²⁸³ en donde la existencia de una ley que penalizaba los actos homosexuales consentidos entre hombres, de manera general, con independencia de la edad, y del carácter público o privado del acto, constituía una injerencia arbitraria y permanente en el ejercicio del derecho al respeto a la vida privada y sexual. Igual criterio fue aplicado en el caso *L. y V. vs. Austria*,²⁸⁴ pero ahora

²⁸² Ibid, p. 38.

²⁸³ En este caso, el Tribunal no ve razón para diferir de la opinión de la Comisión al señalar que el mantenimiento de la vigencia de la legislación impugnada constituye una interferencia continua con el derecho del demandante al respeto a su vida privada (que incluye su vida sexual) en el sentido del artículo 8 párrafo 1. En las circunstancias personales del solicitante, la existencia misma de esta legislación afecta de forma continua y directamente su vida privada [...] ya sea que respete la ley y se abstenga de participar en actos sexuales prohibidos, o que cometa tales actos y por tanto quede sujeto a enjuiciamiento penal.

The Court sees no reason to differ from the views of the Commission: the maintenance in force of the impugned legislation constitutes a continuing interference with the applicant's right to respect for his private life (which includes his sexual life) within the meaning of Article 8 par. 1 (art. 8-1). In the personal circumstances of the applicant, the very existence of this legislation continuously and directly affects his private life (see, *mutatis mutandis*, the *Marckx* judgment of 13 June 1979, Series A no. 31, p. 13, par. 27): either he respects the law and refrains from engaging – even in private with consenting male partners – in prohibited sexual acts to which he is disposed by reason of his homosexual tendencies, or he commits such acts and thereby becomes liable to criminal prosecution. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). *Dudgeon vs. Reino Unido e Irlanda del Norte*, 22 octubre 1981. párr. 41. [Traducción libre]. En el mismo sentido del fallo enunciado se indican los casos: *Norris v. Irlanda*, y *Modinos vs. Chipre*. El Comité de Derechos Humanos también se ha pronunciado en este sentido, en el caso *Toonen vs. Australia*.

²⁸⁴ En este caso el TEDH sostiene que “en la medida en que el artículo 209 del Código Penal encarna un sesgo predispuesto por parte de una mayoría heterosexual contra una minoría homosexual, estas actitudes negativas no pueden ser considerados por el Tribunal como una justificación suficiente para el trato diferencial [...]”. Concluye el TEDH que el gobierno no ha ofrecido razones convincentes y de peso que justifiquen el mantenimiento de la vigencia del artículo 209 del código penal, y por tanto las condenas de los demandantes, lo que significa una

en atención a la discriminación que implicaba la sanción penal de relaciones entre hombres mayores de 19 años y adolescentes entre 14 y 18 años, en circunstancias que no se penalizaba las relaciones lésbicas y heterosexuales en la misma situación.

No obstante, en el ámbito del derecho a la vida familiar, el reconocimiento no ha sido de forma directa, sino en los últimos años.

Así por ejemplo, en el caso *Karner vs. Austria* ²⁸⁵ (2003), el Tribunal evitó adoptar una definición precisa de vida privada y familiar, y analiza la demanda bajo el ángulo del derecho al respeto del domicilio protegido por el artículo 8 del Convenio Europeo, y

violación del artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 8, constituyendo una injerencia arbitraria en la vida privada de los demandantes.

To the extent that Article 209 of the Criminal Code embodied a predisposed bias on the part of a heterosexual majority against a homosexual minority, these negative attitudes can not of themselves be considered by the Court to amount to sufficient justification for the differential treatment any more than similar negative attitudes towards those of a different race, origin or colour (see *Smith and Grady*, cited above, § 97)". Tribunal Europeo de Derechos Humanos, (TEDH). *L y V vs. Austria*, 9 enero 2003, párr. 52. [Traducción libre].

²⁸⁵ El tribunal observa a este respecto, que la protección de la familia en el sentido tradicional es más bien abstracta, y pueden ser usadas para implementar tal objetivo una amplia variedad de medidas concretas, agregando que " [...] **en los casos en que el margen de apreciación de que disponen los Estados es estrecho, como es la situación en la que hay una diferencia de trato por razón de sexo u orientación sexual, el principio de proporcionalidad no solamente exige que la medida elegida sea en principio adecuada para la realización del objetivo buscado. También hay que demostrar que era necesaria, con el fin de lograr ese objetivo, excluir ciertas categorías de personas - en este caso, las personas que viven en una relación homosexual- del ámbito de aplicación del artículo 14 de la Ley de Renta**". El Tribunal considera que el gobierno no ha ofrecido tales razones convincentes que justifiquen la diferencia de trato entre parejas heterosexuales y homosexuales, por lo que estima que ha habido una violación del Artículo 14 en relación con el artículo 8 del Convenio. (Prohibición de discriminación en relación con el derecho de respeto a la vida privada y el domicilio).

The aim of protecting the family in the traditional sense is rather abstract and a broad variety of concrete measures may be used to implement it. In cases in which the margin of appreciation afforded to States is narrow, as is the position where there is a difference in treatment based on sex or sexual orientation, the principle of proportionality does not merely require that the measure chosen is in principle suited for realising the aim sought. It must also be shown that it was necessary in order to achieve that aim to exclude certain categories of people – in this instance persons living in a homosexual relationship – from the scope of application of section 14 of the Rent Act. The Court cannot see that the Government have advanced any arguments that would allow such a conclusion. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (TEDH). *Karner vs. Austria*, 24 julio 2003, párr. 41. [Traducción libre].

si bien en este caso el Tribunal reconoció que la defensa de la familia tradicional puede ser tomada en cuenta como un objetivo legítimo, no encontró motivo en las decisiones de los tribunales austríacos para excluir de los beneficios de la ley de alquileres a las parejas de hecho homosexuales, pues, al aplicar el principio de proporcionalidad, el Tribunal concluye que el gobierno de Austria no ha aportado argumentación alguna para demostrar, que para conseguir esa finalidad, haya que excluir a las personas que mantienen una relación homosexual estable del mismo derecho que tienen las parejas heterosexuales, estimando la violación de los artículos 14 y 8. Si bien en este caso el Tribunal evitó referirse a una definición de vida privada y familiar, estimando que la violación del artículo 8 se perpetró en el ámbito del domicilio, “este caso abre la perspectiva de proteger a las parejas del mismo sexo no sólo en función de la vida privada sino también de la vida familiar”.²⁸⁶

Lo anterior se muestra de forma evidente en el caso *Schalk and Kopf vs. Austria*, (2010), en donde se deniega a los demandantes –una pareja del mismo sexo- la solicitud de los trámites para contraer matrimonio, dado que conforme al artículo 44 del Código Civil de Austria, sólo pueden contraer matrimonio dos personas de distinto sexo.

Pese a que el TEDH en este caso sostiene que no existe violación del derecho a contraer matrimonio, ni del derecho a respeto de la vida privada y familiar, es interesante la fundamentación que sostiene al señalar que dada la creciente tendencia en la Unión Europea de incluir a las parejas del mismo sexo en el concepto de familia,

²⁸⁶ BORRILLO, D. 2011. De la penalización de la homosexualidad a la criminalización de la homofobia: El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la orientación sexual. *Revista de Estudios Jurídicos* (11): p. 11. [En línea] <<http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/629/557>> [Consulta: 6 Marzo 2015].

“el Tribunal considera artificial mantener el planteamiento de que, a diferencia de las parejas de distinto sexo, las del mismo sexo no pueden disfrutar de «vida familiar» a los efectos del artículo 8. Por ello, la relación de los demandantes, una pareja del mismo sexo que viven juntos en una unión estable de facto, está incluida en el concepto de «vida familiar», exactamente igual que lo estaría una pareja de distinto sexo en la misma situación”.²⁸⁷

En el ámbito del derecho pensional, en el contexto de las relaciones homoafectivas, el Comité de Derechos Humanos también ha tenido ocasión de pronunciarse en el caso *Young vs. Australia* en donde el Estado parte “no presenta ningún argumento que sirva para demostrar que esta distinción entre compañeros del mismo sexo, a los que no se les permite recibir prestaciones de pensión, y compañeros heterosexuales no casados, a los que se le conceden dichas prestaciones, es razonable y objetiva, ni ninguna prueba que revele la existencia de factores que pudiera justificar esa distinción”²⁸⁸ concluyendo que existe una violación al artículo 26 del Pacto de derechos Civiles y Políticos, basado en la orientación sexual de los afectados.

²⁸⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, (TEDH). *Schalk and Kopf vs. Austria*, 24 junio 2010, párr. 94. [Traducción no oficial]. [En línea] <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-139406>> [Consulta: 6 marzo 2015].

²⁸⁸ Comité de Derechos Humanos, (CDH). *Young v. Australia*, 29 Agosto 2000. párr. 10. 4. En el mismo sentido se pronuncia el Comité en el caso *X v. Colombia*, [párr. 7.2], y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso *Ángel Alberto Duque vs. Colombia* [párr. 77-78.], aunque en este caso la CIDH entra en el debate sobre el concepto de familia entendiéndolo como un concepto amplio, diverso e inclusivo. Informe N° 5/14. Caso 12.841. Fondo, Ángel Alberto Duque, Colombia, Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

2.2. Discriminación por orientación sexual. Algunas conclusiones

En esta primera parte del capítulo se realizó una mirada panorámica de cómo se ha entendido la orientación sexual en el contexto del DIDH, tanto a nivel de instrumentos internacionales, como en el ámbito de la jurisprudencia.

En el ámbito de los instrumentos internacionales, se ha constatado un gran avance respecto a la consagración expresa de la orientación sexual y la identidad de género como categoría sospechosa de discriminación, pese a que los tratados de derechos humanos de carácter general no la consagran como una de sus cláusulas, situación que ha sido subsanada por la jurisprudencia internacional (TEDH, CDH y Corte IDH), a través de una interpretación amplia y evolutiva de cláusulas como la referida a “otra condición social”, que incluye también la orientación sexual e identidad de género.

Por otra parte, la expresión más clara de este avance, se manifiesta en los Principios de Yogyakarta, que consagran las diversas formas de discriminación por orientación sexual, estableciendo recomendaciones, como la toma de medidas para garantizar el derecho a constituir familia, incluyendo la adopción de niños y niñas por personas LGBTI.

Anteriormente, el Parlamento Europeo también se había pronunciado en este mismo sentido, en tanto que, la Convención Europea de Adopción de Menores, también deja en libertad a los Estados para ampliar el régimen de adopción a parejas LGBTI.

En el ámbito jurisprudencial, la evolución de los casos sobre discriminación por orientación sexual ha sido consistente, pero, como se ha visto y se verá, en el ámbito familiar el reconocimiento de derechos es reciente e indirecto.

Aun así, la jurisprudencia ha reconocido que la orientación sexual forma parte del derecho a la vida privada, y por tanto, cualquier intervención en dicho ámbito requiere de una justificación objetiva, razonable y proporcional, de otra forma estaríamos frente a una injerencia arbitraria en la vida privada de las personas, como sucedió en los casos enunciados. De igual modo, se reafirma que la orientación sexual constituye una categoría prohibida de discriminación, que requiere de especial justificación, una vez que se le invoca a efectos de realizar una distinción en razón de cualquier derecho que se otorgue o carga que se imponga en función de ella.

Finalmente, y pese al sustantivo avance en el ámbito del derecho a la vida privada, sólo desde el caso *Schalk and Kopf vs. Austria* (2010) el TEDH reconoce que una pareja del mismo sexo que tiene una relación de facto estable, forma parte del concepto de vida familiar de igual forma que una pareja de distinto sexo en las mismas condiciones, mientras que tiempo atrás en *Karner vs. Austria* (2003), el TEDH evitaba pronunciarse respecto a este derecho, argumentando que la denegación en la sucesión de un contrato de arrendamiento por parte de la pareja del mismo sexo de un hombre fallecido, constituía sólo una violación al derecho al domicilio.

En la segunda parte de este capítulo, veremos como este tímido reconocimiento, se manifiesta también en las resoluciones en materia de adopción y cuidado personal de niños y niñas por parte de personas y parejas LGBTI.

3. SEGUNDA PARTE: Orientación sexual en el ámbito de la maternidad y paternidad LGBTI: análisis de jurisprudencia

Dina SHELTON señala que “las visiones sociales necesariamente impactan la jurisprudencia sobre discriminación [...] -y en este sentido- las opiniones sobre la homosexualidad han cambiado en muchas sociedades con lo que las distinciones basadas en estos factores son ahora menos aceptables”.²⁸⁹ Sin embargo, “el trato diferencial basado en la orientación sexual ha sido considerado discriminatorio en algunas circunstancias pero no cuando el tema se refiere a la adopción de un hijo y el Estado la rechaza debido al estilo de vida del peticionario [...] [por lo que] la determinación de lo que constituye una diferenciación razonable y pertinente no puede referirse sin referencia a otros valores sociales que evolucionan con el tiempo”,²⁹⁰ y en este sentido, veremos como la jurisprudencia sobre paternidad y maternidad LGBTI ha seguido un camino irregular influido por los elementos del caso y la realidad sociopolítica de cada país.

3.1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

3.1.2. Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal (1999)

a. Relación de los hechos

²⁸⁹ SHELTON, D. Op. Cit., p. 37.

²⁹⁰ Ibid, p. 38.

El demandante –separado, y conviviente con un hombre- solicita la patria potestad de su hija, M. En esta instancia, el tribunal de familia concedió la patria potestad al padre.

La madre de la niña recurre respecto de dicha resolución ante el Tribunal de Apelaciones, el que revoca la sentencia de primera instancia y le atribuye la patria potestad sobre su hija, reconociendo -entre otras cosas- que el padre de la niña es homosexual, sin embargo, el tribunal señala que: “no podríamos afirmar que un entorno de esta naturaleza sea el más saludable y adecuado para el desarrollo moral, social y mental de un niño, sobre todo en el marco de un modelo dominante en nuestra sociedad, como advierte con mucha razón la recurrente. La niña debe vivir en el seno de una familia, de una familia tradicional portuguesa, que desde luego no es la que su padre ha decidido formar ya que vive con otro hombre como si fueran marido y mujer. No es este el lugar para examinar si la homosexualidad es o no una enfermedad, o si es una orientación sexual hacia personas del mismo sexo. En ambos casos, se está en presencia de una anormalidad, y un niño no debe crecer a la sombra de situaciones anormales”.²⁹¹

Tras lo sucedido, el solicitante interpone demanda ante el TEDH, argumentando que el Tribunal de Apelación de Lisboa concedió a su ex esposa la patria potestad sobre su hija, fundando dicha resolución exclusivamente en su orientación sexual, por lo que considera que existe una violación del artículo 8 en forma independiente y en

²⁹¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, (TEDH). Salgueiro Da Silva Mouta vs. Portugal. 21 diciembre 1999. párr. 14. [Traducción no oficial]. [En línea] <http://www.equidad.scjn.gob.mx/biblioteca_virtual/jurisprudencia/Internacionales/Tribunales/TribunalEuropeoDeDerechosHumanos/15.pdf> [Consulta: 6 marzo 2015]

relación con el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos,²⁹² vale decir, una injerencia en el derecho al respeto a su vida familiar que no puede ser justificada.

b. Examen de fondo

En su examen de fondo, el Tribunal señala que para anular la sentencia del Tribunal de familia confiriendo la patria potestad de su hija a la madre, el Tribunal de Apelación introdujo un elemento nuevo, a saber, el hecho de que el demandante era homosexual y que vivía con otro hombre, concluyendo que “hubo una diferencia de trato entre el demandante y la madre de M., basada en la orientación sexual del demandante, noción que se contempla sin duda en el artículo 14 del Convenio- sosteniendo además- que la lista que encierra dicho artículo tiene un carácter indicativo y no limitativo, como atestigua el adverbio especialmente (en inglés, *any ground such as*) ”.²⁹³

Respecto a la justificación de la diferencia de trato, el Tribunal constata que no se puede negar que el Tribunal de Apelación persiguiera un fin legítimo- a saber- proteger

²⁹² **ARTÍCULO 8 Derecho al respeto a la vida privada y familiar** 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

ARTÍCULO 14 Prohibición de discriminación. El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación. Convenio Europeo de Derechos Humanos, Roma, 1950. [En línea] < http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf > [Consulta: 24 junio 2015].

²⁹³ Ibid, párr. 28.

la salud y los derechos de la niña, sin embargo, para considerar si dicha diferencia de trato constituyó un trato discriminatorio, el TEDH considera pertinente examinar si la orientación sexual del demandante tuvo o no un carácter decisivo en la resolución del caso.

A este respecto, -y fundándose en el considerando ya citado de la sentencia del Tribunal de Apelaciones- el TEDH opina que pasajes como esos hacen pensar que “la homosexualidad del demandante pesó de un modo determinante en la decisión final. Esta conclusión está reforzada por el hecho de que el Tribunal de Apelación, al resolver sobre el derecho de visita del demandante, le disuadiera de mantener un comportamiento que permitiera a la niña, en los períodos de visita, comprender que su padre vivía con otro hombre en situaciones similares a la de los cónyuges”.²⁹⁴

El TEDH concluye que el Tribunal de Apelación hizo una distinción llevado por consideraciones relativas a la orientación sexual del demandante, que no puede tolerarse según el Convenio, pues, “no puede concluir la existencia de relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido”,²⁹⁵ existiendo una violación al artículo 8 en relación con el artículo 14 del Convenio.

3.1.3 Fretté vs. Francia (2002)

a. Relación de los hechos²⁹⁶

²⁹⁴ Ibid, párr. 35.

²⁹⁵ Ibid, párr. 36.

²⁹⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, (TEDH). Fretté vs. Francia, 26 febrero 2002. párr. 9-16.

En octubre de 1991 el demandante presenta una solicitud de autorización previa para adoptar un niño, iniciándose al respecto un estudio por parte del departamento de servicio social de París, reconociendo el solicitante su homosexualidad en una de sus entrevistas con el psicólogo de dicho departamento.

En mayo de 1993, se rechazó la solicitud de autorización para adoptar del Señor Fretté. Las razones dadas para la decisión, fueron que el solicitante no contaba con un modelo de conducta materna estable que ofrecer a un eventual niño o niña adoptada, además del hecho de tener dificultades para prever las consecuencias prácticas en relación a los cambios provocados por la llegada de un niño o niña.

El demandante interpuso revisión judicial ante el Tribunal Administrativo, el que anuló la decisión de denegación de la autorización, argumentando que la primera razón (falta de figura materna) no es aceptable en la legislación francesa, toda vez que la ley permite la adopción a solteros. En cuanto a la segunda razón, el Tribunal expone que no hay prueba en el expediente para fundamentar esa afirmación.

A su vez, el Consejo de Estado anuló la sentencia del Tribunal Administrativo y rechazó la solicitud del demandante para adoptar. Se decidió, -entre otras cosas- que el tipo de hogar del solicitante, puede ofrecer a un niño riesgos importantes para su desarrollo, pues, de las pruebas reunidas se desprende que el Señor Fretté, habida cuenta de su estilo de vida y pese a sus habilidades personales y aptitudes indudables para la crianza de hijos, no aportó elementos necesarios para la adopción de un niño.

Dada la sucesión de los hechos, Philippe Fretté recurrió al TEDH argumentando que la decisión de desestimar su solicitud de autorización para adoptar, equivalía a una injerencia arbitraria en su vida privada y familiar en el sentido del artículo 8 del

Convenio Europeo de Derechos Humanos, y se basaba exclusivamente en prejuicios desfavorables acerca de su orientación sexual.

En el párrafo 32 ²⁹⁷ de la resolución, el Tribunal reconoce que, pese a que la Convención no garantiza el derecho de adoptar como tal y que por otra parte el respeto a la vida familiar supone la existencia de una familia y no protege el mero deseo de fundar una familia, la legislación nacional francesa en su artículo 343-1 del Código Civil, autoriza a todas las personas individuales -hombres o mujeres- para solicitar la adopción, previa autorización.

Agrega, además, que si fue cierto que la decisión de las autoridades francesas para rechazar dicha solicitud se había basado sólo en la orientación sexual del solicitante - aunque fuese implícitamente-, “la conclusión ineludible es que habría una diferencia de trato basada en la orientación sexual del demandante, concepto al que, sin duda, es

²⁹⁷ The Court notes that the Convention does not guarantee the right to adopt as such (see *Di Lazzaro*, cited above, and *X v. Belgium and the Netherlands*, no. [6482/74](#), Commission decision of 10 July 1975, DR 7, p. 75). Moreover, the right to respect for family life presupposes the existence of a family and does not safeguard the mere desire to found a family (see *Marckx v. Belgium*, judgment of 13 June 1979, Series A no. 31, pp. 14-15, § 31, and *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, judgment of 28 May 1985, Series A no. 94, p. 32, § 62). In the instant case, the decision to dismiss the applicant's application for authorisation could not be considered to infringe his right to the free expression and development of his personality or the manner in which he led his life, in particular his sexual life.

However, French domestic law (Article 343-1 of the Civil Code) authorises all single persons – whether men or women – to apply for adoption provided that they are granted the prior authorisation required to adopt children in State care or foreign children, and the applicant maintained that the French authorities' decision to reject his application had implicitly been based on his sexual orientation alone. **If this is true, the inescapable conclusion is that there was a difference in treatment based on the applicant's sexual orientation, a concept which is undoubtedly covered by Article 14 of the Convention** (see *Salgueiro da Silva Mouta*, cited above, § 28). The Court also reiterates, in this connection, that the list set out in this provision is illustrative and not exhaustive, as is shown by the words “any ground such as” (in French “*notamment*”) (see *Engel and Others v. the Netherlands*, judgment of 8 June 1976, Series A no. 22, pp. 30-31, § 72). Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). *Fretté vs. Francia*, párr. 32. [Traducción libre].

aplicable el artículo 14 de la Convención”,²⁹⁸ correspondiendo al Tribunal determinar si la homosexualidad declarada por el solicitante tuvo una influencia decisiva.

El Tribunal admite que la razón dada por las autoridades administrativas y judiciales francesas para tomar su decisión respectiva, fue la elección de estilo de vida del demandante y nunca hizo referencia expresa a su homosexualidad. “Sin embargo, el expediente del caso demuestra que ese criterio -aunque de manera implícita- hizo indudablemente de la homosexualidad del demandante el factor decisivo”.²⁹⁹

En este sentido, el derecho del solicitante en virtud del artículo 343-1 del Código Civil, que cae dentro del ámbito del artículo 8 de la Convención, se infringió en el terreno decisivo de su orientación sexual.

b. Examen de fondo

A partir del párrafo 37 de la resolución, el Tribunal reconoce que la decisión impugnada por el demandante se basó de manera decisiva sobre la homosexualidad de este último y aunque las autoridades también tuvieron en cuenta otras circunstancias, éstas parecían ser motivos secundarios.

²⁹⁸ Ibidem.

²⁹⁹ “It is for the Court to determine therefore whether, as the applicant maintained, his avowed homosexuality had a decisive influence. The Court concedes that the reason given by the French administrative and judicial authorities for their decision was the applicant's “choice of lifestyle”, and that they never made any express reference to his homosexuality. **As the case file shows, however, that criterion implicitly yet undeniably made the applicant's homosexuality the decisive factor.** That conclusion is borne out by the views expressed by the Paris Administrative Court in its judgment of 25 January 1995 and the Government Commissioner in her submissions to the Conseil d'Etat. **The applicant's right under Article 343-1 of the Civil Code, which falls within the ambit of Article 8 of the Convention, was consequently infringed on the decisive ground of his sexual orientation**”. Ibidem. [Traducción libre].

Para el Tribunal, no hay dudas de que las resoluciones de denegación de la autorización para adoptar del solicitante “persigue[n] un objetivo legítimo, es decir, para proteger la salud y los derechos de los niños que podrían estar involucrados en un procedimiento de adopción, por el cual la concesión de la autorización, era en principio, un requisito previo”.³⁰⁰ Luego, -realizando un análisis sobre la existencia o inexistencia de justificación respecto a la diferencia de trato- sostiene el Tribunal, que “el derecho a no ser objeto de discriminación en el goce de derechos garantizados en la Convención también se viola cuando los Estados sin una justificación objetiva y razonable, no tratan de forma diferente a personas cuyas situaciones son significativamente diferentes”.³⁰¹

Sin embargo, -agrega el Tribunal- “los Estados contratantes gozan de un cierto margen de apreciación en la evaluación de si y en qué medida las diferencias de situaciones, por lo demás similares, justifican un tratamiento diferente en la ley. El alcance del margen de apreciación variará según las circunstancias, el objeto y el fondo; en este sentido, uno de los factores relevantes puede ser la existencia de un terreno común entre las leyes de los Estados Contratantes”,³⁰² sosteniendo en este

³⁰⁰ “The Court observes that it has found that the decision contested by the applicant was based decisively on the latter's avowed homosexuality. Although the relevant authorities also had regard to other circumstances, these appeared to be secondary grounds”. Ibid, párr. 37. [Traducción libre].

³⁰¹ “The right not to be discriminated against in the enjoyment of the rights guaranteed under the Convention is also violated when States without an objective and reasonable justification fail to treat differently persons whose situations are significantly different (see *Thlimmenos*, cited above, § 44)”. Ibid, párr. 39. [Traducción libre].

³⁰² “However, the Contracting States enjoy a certain margin of appreciation in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify a different treatment in law. The scope of the margin of appreciation will vary according to the circumstances, the subject matter and the background; in this respect, one of the relevant factors may be the existence or non-existence of common ground between the laws of the Contracting States (see, among other authorities, *Petrovic*, cited above, pp. 587-88, § 38, and *Rasmussen v. Denmark*, judgment of 28 November 1984, Series A no. 87, p. 15, § 40)”. Ibid, párr. 40. [Traducción libre].

sentido, que es indiscutible que no hay base común sobre esta cuestión, pues, si bien la mayoría de los Estados contratantes no prohíben expresamente que los homosexuales adopten allí donde las personas solteras pueden adoptar, “no es posible encontrar, en los ordenamientos jurídicos y sociales de los Estados contratantes, principios uniformes en estos temas sociales en el que las opiniones en una sociedad democrática difieren ampliamente”,³⁰³ no obstante, este margen de apreciación no debe interpretarse en términos de otorgar un poder arbitrario al Estado, por tanto, la decisión de las autoridades sigue siendo objeto de revisión por el Tribunal de conformidad con los requisitos del artículo 14 de la Convención.

El Tribunal, también hace énfasis en que “la comunidad científica -particularmente expertos en infancia, psiquiatras y psicólogos- está dividida sobre las posibles consecuencias de que un niño sea adoptado por uno o más padres homosexuales,

³⁰³ “It is indisputable that there is no common ground on the question. Although most of the Contracting States do not expressly prohibit homosexuals from adopting where single persons may adopt, **it is not possible to find in the legal and social orders of the Contracting States uniform principles on these social issues on which opinions within a democratic society may reasonably differ widely.** The Court considers it quite natural that the national authorities, whose duty it is in a democratic society also to consider, within the limits of their jurisdiction, the interests of society as a whole, should enjoy a wide margin of appreciation when they are asked to make rulings on such matters. By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, the national authorities are in principle better placed than an international court to evaluate local needs and conditions. Since the delicate issues raised in the case, therefore, touch on areas where there is little common ground amongst the member States of the Council of Europe and, generally speaking, the law appears to be in a transitional stage, a wide margin of appreciation must be left to the authorities of each State (see, *mutatis mutandis*, *Manoussakis and Others v. Greece*, judgment of 26 September 1996, *Reports* 1996-IV, p. 1364, § 44, and *Cha'are Shalom Ve Tsedek v. France* [GC], no. [27417/95](#), § 84, ECHR 2000-VII). **This margin of appreciation should not, however, be interpreted as granting the State arbitrary power, and the authorities' decision remains subject to review by the Court for conformity with the requirements of Article 14 of the Convention**”. Ibid, párr. 41. [Traducción libre].

sobre todo teniendo en cuenta el limitado número de estudios científicos realizados sobre el tema hasta la fecha”.³⁰⁴

Siendo esto así, las decisiones de las autoridades nacionales fueron legítimas y razonables al considerar que el derecho de poder adoptar se vio limitado por los intereses de los niños elegibles para adopción, pese a las aspiraciones legítimas del demandante. En este sentido, “si se tiene en cuenta el amplio margen de apreciación que se deja a los Estados en esta materia y la necesidad de proteger el interés superior de los niños para lograr el equilibrio deseado, la negativa a autorizar la adopción no violó el principio de proporcionalidad”,³⁰⁵ por lo que, el Tribunal sostiene, que la diferencia de trato no es discriminatoria en el sentido del artículo 14.

³⁰⁴ “As the Government submitted, at issue here are the competing interests of the applicant and children who are eligible for adoption. The mere fact that no specific child is identified when the application for authorisation is made does not necessarily imply that there is no competing interest. Adoption means “providing a child with a family, not a family with a child”, and the State must see to it that the persons chosen to adopt are those who can offer the child the most suitable home in every respect. The Court points out in that connection that it has already found that where a family tie is established between a parent and a child, “particular importance must be attached to the best interests of the child, which, depending on their nature and seriousness, may override those of the parent” (see *E.P. v. Italy*, no. [31127/96](#), § 62, 16 November 1999, and *Johansen v. Norway*, judgment of 7 August 1996, *Reports* 1996-III, p. 1008, § 78). **It must be observed that the scientific community – particularly experts on childhood, psychiatrists and psychologists – is divided over the possible consequences of a child being adopted by one or more homosexual parents, especially bearing in mind the limited number of scientific studies conducted on the subject to date.** In addition, there are wide differences in national and international opinion, not to mention the fact that there are not enough children to adopt to satisfy demand. This being so, the national authorities, and particularly the *Conseil d'Etat*, which based its decision, *inter alia*, on the Government Commissioner's measured and detailed submissions, were legitimately and reasonably entitled to consider that the right to be able to adopt on which the applicant relied under Article 343-1 of the Civil Code was limited by the interests of children eligible for adoption, notwithstanding the applicant's legitimate aspirations and without calling his personal choices into question. **If account is taken of the broad margin of appreciation to be left to States in this area and the need to protect children's best interests to achieve the desired balance, the refusal to authorise adoption did not infringe the principle of proportionality**”. Ibid, párr. 42. [Traducción libre]. Cabe notar que esta sentencia se dictó el año 2002, fecha en la cual los estudios científicos sobre paternidad y maternidad gay lésbica eran menos que los que existen al día de hoy.

³⁰⁵ Ibidem.

Por otra parte, en su opinión disidente, los jueces Bratza, Fuhrmann y Tulkens, sostienen que en este caso sí existe violación del artículo 14 en relación con el artículo 8 de la Convención, toda vez que Francia fue más allá de lo requerido por medio de una obligación positiva en virtud del artículo 8 de la Convención al haber permitido la adopción por persona individual. Sin embargo, después de haber concedido tal derecho y establecido un sistema de solicitudes de autorización para adoptar, tiene el deber de aplicar el sistema, de tal manera, que no haga ninguna discriminación injustificada entre personas individuales por los motivos enumerados en el artículo 14 de la Convención.³⁰⁶

Esto se justifica, según los disidentes, en que el artículo 14 no sólo abarca el disfrute de los derechos que los Estados están obligados a proteger en virtud de la Convención, sino, también, los derechos y libertades que caen dentro del ámbito de una disposición sustantiva de la Convención y que el Estado ha optado por garantizar, incluso si al hacerlo va más allá de lo establecido en ella.³⁰⁷

³⁰⁶ Thus, by legally entitled single persons to apply for adoption, France went beyond what was required by way of a positive obligation under Article 8 of the Convention. Nonetheless, having granted such a right and established a system of applications for authorisation to adopt, it has a duty to implement the system in such a way that no unwarranted discrimination is made between single persons on the grounds listed in Article 14 of the Convention. Ibid, Opinión Disidente jueces Bratza, Fuhrmann y Tulkens. [Traducción libre].

³⁰⁷ “Article 14 covers not only the enjoyment of the rights that States are obliged to safeguard under the Convention but also those rights and freedoms that fall within the ambit of a substantive provision of the Convention and that a State has chosen to guarantee, even if in so doing it goes beyond the requirements of the Convention”. Ibidem. [Traducción libre].

3.1.4. E.B. vs. Francia (2008)

a. Relación de los hechos ³⁰⁸

E.B. es una ciudadana francesa de 45 años que estuvo viviendo con otra mujer a partir de 1990. En 1998, E.B. solicitó al Departamento de Servicios Sociales la autorización para adoptar a un niño. Durante el procedimiento, menciona su homosexualidad y su relación de pareja. El Consejo de Adopción rechazó esa autorización, bajo el argumento de que no existen modelos de referencia identitaria para ofrecer a un niño o niña en caso de ser adoptado, debido a la ausencia de imagen paterna y la naturaleza ambigua de la pareja.

E.B. presentó una demanda ante el Tribunal Administrativo, el cual consideró que la negativa de autorización no se había basado en su elección de estilo de vida y, por tanto, no había dado lugar a una infracción de los artículos 8 (derecho al respeto de la vida privada) y 14 (prohibición de discriminación) del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En 2002, E.B. presentó una demanda ante el TEDH, basándose en el artículo 14 del Convenio, en conjunción con el artículo 8, argumentando que en cada etapa de solicitud de autorización para adoptar, había sufrido un trato discriminatorio basado en su orientación sexual, lo cual había interferido con el derecho al respeto a su vida privada.

Al igual que en el caso Fretté, el Tribunal reitera que las disposiciones del artículo 8

³⁰⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, (TEDH). E.B. vs. Francia, 22 Enero 2008, párr. 7-25.

no garantizan el derecho a fundar una familia, ni el derecho a adoptar y que el derecho a respetar la vida familiar presupone la existencia de una familia o por lo menos la posible relación entre, por ejemplo, un niño nacido fuera del matrimonio y su padre natural, o la relación que surge entre un matrimonio genuino, incluso si la vida de la familia aún no ha sido plenamente establecida, o la relación surge de una adopción.³⁰⁹

A su vez, el Tribunal sostiene que la noción de vida privada en el sentido del artículo 8 de la Convención, “es un concepto amplio que abarca, entre otras cosas, el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos, [...] el derecho de desarrollo personal, [...] o el derecho a la libre determinación como tal [...] y abarca elementos como nombres [...] la identificación de género, la orientación sexual y la vida sexual que caen dentro de la esfera personal protegida por el artículo 8 [...] y el derecho a que se respete tanto las decisiones de tener como de no tener un hijo”.³¹⁰

Agrega, además, el Tribunal, que la prohibición de discriminación consagrada en el artículo 14 se extiende más allá del disfrute de los derechos y libertades que la Convención y sus Protocolos requieren garantizar. “Se aplica también a esos derechos

³⁰⁹ Ibid, párr. 41.

³¹⁰ “The Court has, however, previously held that the notion of “private life” within the meaning of Article 8 of the Convention is a broad concept which encompasses, *inter alia*, the right to establish and develop relationships with other human beings (see *Niemietz v. Germany*, judgment of 16 December 1992, Series A no. 251- B, p. 33, § 29), the right to “personal development” (see *Bensaid v. the United Kingdom*, no. [44599/98](#), § 47, ECHR 2001- I) or the right to self-determination as such (see *Pretty v. the United Kingdom*, no. [2346/02](#), § 61, ECHR 2002- III). It encompasses elements such as names (see *Burghartz v. Switzerland*, judgment of 22 February 1994, Series A no. 280- B, p. 28, § 24), gender identification, sexual orientation and sexual life, which fall within the personal sphere protected by Article 8 (see, for example, *Dudgeon v. the United Kingdom*, judgment of 22 October 1981, Series A no. 45, pp. 18-19, § 41, and *Laskey, Jaggard and Brown v. the United Kingdom*, judgment of 19 February 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-I, p. 131, § 36), and the right to respect for both the decisions to have and not to have a child (see *Evans v. the United Kingdom* [GC], no. [6339/05](#), § 71, ECHR 2007- ...). Ibid, párr. 43. [Traducción libre].

adicionales, que caen dentro del ámbito general de cualquier artículo de la Convención, y que el Estado ha decidido voluntariamente proporcionar”.³¹¹

Asimismo, -indica el tribunal- la legislación francesa otorga expresamente a las personas individuales el derecho a solicitar la autorización para adoptar, y en consecuencia, “considera que los hechos de este caso están comprendidos en el ámbito del artículo 8 de la Convención. El Estado ha ido más allá de sus obligaciones en virtud del artículo 8 en la creación de ese derecho -una posibilidad que le reconoce el artículo 53 de la Convención- y no puede, en la aplicación de este derecho, tomar medidas discriminatorias en el sentido del artículo 14”, concluyendo finalmente que éste es aplicable al caso en conjunción con el artículo 8 de la Convención.³¹²

b. Examen de fondo

³¹¹ “The prohibition of discrimination enshrined in Article 14 thus extends beyond the enjoyment of the rights and freedoms which the Convention and the Protocols thereto require each State to guarantee. **It applies also to those additional rights, falling within the general scope of any Convention Article, for which the State has voluntarily decided to provide.** This principle is well entrenched in the Court’s case-law (see *Case “relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” v. Belgium (Merits)*, judgment of 23 July 1968, Series A no. 6, § 9; *Abdulaziz, Cabales and Balkandali*, cited above, § 78; and *Stec and Others v. the United Kingdom* (dec.) [GC], nos. [65731/01](#) and [65900/01](#), § 40, ECHR 2005- X)”. Ibid, párr. 48. [Traducción libre].

³¹² “The present case does not concern adoption by a couple or by the same-sex partner of a biological parent, but solely adoption by a single person. Whilst Article 8 of the Convention is silent as to this question, the Court notes that French legislation expressly grants single persons the right to apply for authorisation to adopt and establishes a procedure to that end. Accordingly, **the Court considers that the facts of this case undoubtedly fall within the ambit of Article 8 of the Convention. Consequently, the State, which has gone beyond its obligations under Article 8 in creating such a right – a possibility open to it under Article 53 of the Convention – cannot, in the application of that right, take discriminatory measures within the meaning of Article 14** (see, *mutatis mutandis*, *Case “relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium”*, cited above)”. Ibid, párr. 49. [Traducción libre].

A partir del párrafo 71 de la resolución, el Tribunal reconoce diferencias entre el caso de E.B. y el caso de Fretté, y sostiene que en el presente caso las autoridades administrativas nacionales no se refieren a la elección del estilo de vida de E.B. -al menos no expresamente-. También, se mencionaron cualidades de la solicitante respecto de la crianza de hijos y sus capacidades emocionales, a diferencia de Fretté en donde se consideró que el requirente había tenido dificultades previendo las consecuencias prácticas de la conmoción ocasionada por la llegada de un niño. Por otra parte, las autoridades consideraron la relación de E.B. con su pareja, factor que no se había presentado en el caso de Fretté.³¹³

En el presente caso, el Tribunal, considera que las autoridades francesas basaron su decisión de rechazar la solicitud de autorización para adoptar por dos motivos principales: la falta de un referente paterno en el hogar, y la actitud de la pareja de la solicitante.

Respecto del primer motivo -carencia de referente paterno-, el Tribunal, considera que “en las circunstancias del presente caso, es admisible cuestionar los méritos de tal motivo, cuyo efecto último es requerir a la solicitante para establecer la presencia de un referente del otro sexo entre su círculo inmediato de amigos y familiares, corriendo el riesgo de dejar sin efecto el derecho de las personas individuales para solicitar la autorización de adopción”,³¹⁴ en opinión del Tribunal, en este terreno “se podría haber

³¹³ Ibid, párr. 71.

³¹⁴ “With regard to the ground relied on by the domestic authorities relating to the lack of a paternal or maternal referent in the household of a person seeking authorisation to adopt, the Court considers that this does not necessarily raise a problem in itself. **However, in the circumstances of the present case it is permissible to question the merits of such a ground, the ultimate effect of which is to require the applicant to establish the presence of a referent of the other sex among her immediate circle of family and friends, thereby running the risk of rendering ineffective the right of single persons to apply for**

dado lugar a una negativa arbitraria y servir de pretexto para rechazar la solicitud de la demandante por razón de su homosexualidad”.³¹⁵

El segundo motivo indicado por las autoridades nacionales, vale decir, la actitud de la pareja de E.B., al no sentirse comprometida con su pareja respecto de su deseo de adoptar, les lleva a las primeras a concluir que la demandante no aportaba garantías necesarias para la adopción de un niño o una niña, considerando el Tribunal la pertinencia de este motivo en la denegación de autorización para adoptar, en virtud del principio del interés superior del niño o niña.

Si bien, el Tribunal considera que el segundo motivo no tiene relación alguna con la orientación sexual de la solicitante, sino más bien con los hechos del caso en cuestión, agrega, en el párrafo 80 de su resolución, que los dos motivos principales forman parte de una evaluación general de la situación, por tal razón, no deben ser tomados como alternativas, y en consecuencia, “la ilegitimidad de uno de los motivos tiene el efecto de contaminar toda la decisión”.³¹⁶

Siguiendo con tal razonamiento, -agrega el Tribunal- “el hecho de que la homosexualidad de la demandante se haya presentado a tal punto en el razonamiento

authorisation. The point is germane here because the case does not concern an application for authorisation to adopt by a – married or unmarried – couple, but by a single person. **In the Court's view, that ground might therefore have led to an arbitrary refusal and have served as a pretext for rejecting the applicant's application on grounds of her homosexuality”.** Ibid, párr. 73. [Traducción libre].

³¹⁵ Ibidem.

³¹⁶ “Nonetheless, these two main grounds form part of an overall assessment of the applicant's situation. For this reason, the Court considers that they should not be considered alternatively, but concurrently. Consequently, the illegitimacy of one of the grounds has the effect of contaminating the entire decision”. Ibid, párr. 80. [Traducción libre].

de las autoridades nacionales es significativo”,³¹⁷ observándose que, en “la manera en que se expresaron algunas opiniones estaba el hecho revelador de que la homosexualidad de la demandante era un factor determinante”.³¹⁸

En cuanto a la referencia sistemática a la falta de un referente paterno, el Tribunal no cuestiona la conveniencia de abordar el tema, “pero, la importancia que se le atribuye por las autoridades nacionales en el marco de la adopción por una persona sola, [...] no debe llevar al Tribunal a pasar por alto la referencia excesiva a ella en las circunstancias del presente caso”,³¹⁹ agregando que, “la conclusión ineludible, es que la orientación sexual de la demandante estaba constantemente en el centro de las deliberaciones y omnipresentemente en todas las etapas de los procedimientos administrativos y judiciales”,³²⁰ y que dicha referencia a la orientación sexual, si no fue

³¹⁷ 85. **However, in the Court's opinion the fact that the applicant's homosexuality featured to such an extent in the reasoning of the domestic authorities is significant.** Besides their considerations regarding the applicant's “lifestyle”, they above all confirmed the decision of the president of the council for the *département*. The Court points out that the latter reached his decision in the light of the opinion given by the adoption board whose various members had expressed themselves individually in writing, mainly recommending, with reasons in support of that recommendation, that the application be refused on the basis of the two grounds in question. **It observes that the manner in which certain opinions were expressed was indeed revealing in that the applicant's homosexuality was a determining factor.** In particular, the Court notes that in his opinion of 12 October 1998 the psychologist from the children's welfare service recommended that authorisation be refused, referring to, among other things, an “unusual attitude [on the part of the applicant] to men in that men are rejected” (see paragraph 13 above). Ibid, párr. 85. [Traducción libre].

³¹⁸ Ibidem.

³¹⁹ “Regarding the systematic reference to the lack of a “paternal referent”, the Court disputes not the desirability of addressing the issue, but the importance attached to it by the domestic authorities in the context of adoption by a single person. The fact that it is legitimate for this factor to be taken into account should not lead the Court to overlook the excessive reference to it in the circumstances of the present case”. Ibid, párr. 87. [Traducción libre]

³²⁰ “Thus, notwithstanding the precautions taken by the Nancy Administrative Court of Appeal, and subsequently by the *Conseil d'Etat*, to justify taking account of the applicant's “lifestyle”, **the inescapable conclusion is that her sexual orientation was consistently at the centre of deliberations in her regard and omnipresent at every stage of the administrative and**

explícita, lo fue al menos implícitamente, siendo un factor decisivo que conduce a la decisión de denegar la autorización para adoptar. Por consiguiente, la demandante sufrió una diferencia de trato, debiendo considerarse si existe objetivo legítimo tras dicha distinción y si éste es objetivo y razonable.

A este respecto, el Tribunal, señala que la ley francesa permite la adopción de niños o niñas por personas solteras, abriendo así la posibilidad de que la persona que adopte sea homosexual, sosteniendo que, “en el marco de las disposiciones del derecho interno, considera que las razones aducidas por el gobierno no pueden ser consideradas como particularmente convincentes e importantes como para justificar la negativa a conceder la autorización a la solicitante”,³²¹ señalando por último, que “las disposiciones pertinentes del Código Civil están en silencio en cuanto a la necesidad de un referente del otro sexo”,³²² y que además, la solicitante presentó cualidades indudables y aptitud para la crianza de los hijos.

En consecuencia, el Tribunal, observa que en el rechazo de la solicitud de la demandante, a efectos de adoptar, las autoridades nacionales hicieron una distinción

judicial proceedings”. Ibid, párr. 88. [Traducción libre].

³²¹ “The Court points out that French law allows single persons to adopt a child (see paragraph 49 above), thereby opening up the possibility of adoption by a single homosexual, which is not disputed. **Against the background of the domestic legal provisions, it considers that the reasons put forward by the Government cannot be regarded as particularly convincing and weighty such as to justify refusing to grant the applicant authorization**”. Ibid, párr. 94. [Traducción libre].

³²² “**The Court notes, lastly, that the relevant provisions of the Civil Code are silent as to the necessity of a referent of the other sex, which would not, in any event, be dependent on the sexual orientation of the adoptive single parent.** In this case, moreover, the applicant presented, in the terms of the judgment of the Conseil d'Etat, “undoubted personal qualities and an aptitude for bringing up children”, which were assuredly in the child's best interests, a key notion in the relevant international instruments (see paragraphs 29-31 above)”. Ibid, párr. 95. [Traducción libre].

basada en consideraciones sobre su orientación sexual, distinción que no es aceptable bajo la Convención, por lo que la decisión en cuestión es incompatible con las disposiciones del artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 8.³²³

3.1.5. Gas y Dubois vs. Francia (2012)

a. Relación de los hechos³²⁴

Las demandantes (Valérie Gas, primera demandante y Natalie Dubois, segunda demandante) viven en pareja desde 1989, y están unidas mediante pacto civil de solidaridad (PACS) desde el año 2000. La señora Natalie Dubois, dio a luz en Francia, en septiembre de 2000 a una niña, “A”, concebida en Bélgica por reproducción asistida de un donante anónimo. “A” no tiene filiación establecida con el padre. La niña vive desde el nacimiento en el domicilio común de las demandantes y fue reconocida por su madre el año 2000.

El año 2006, la primera recurrente presentó una demanda de adopción simple de la hija de su pareja, con el consentimiento expreso de ésta ante notario. El 4 de julio del

³²³ “Having regard to the foregoing, the Court cannot but observe that, in rejecting the applicant's application for authorisation to adopt, the domestic authorities made a distinction based on considerations regarding her sexual orientation, a distinction which is not acceptable under the Convention (see Salgueiro da Silva Mouta, cited above, § 36)”. “Consequently, having regard to its finding under paragraph 80 above, the Court considers that the decision in question is incompatible with the provisions of Article 14 taken in conjunction with Article 8”. Ibid, párr. 96- 97. [Traducción libre].

³²⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, (TEDH). Gas & Dubois vs. Francia, 15 marzo 2012, párr. 8- 15. [Traducción no oficial]. [En línea] <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-139374>> [Consulta: 6 marzo 2015].

mismo año, el tribunal rechazó la demanda debido a que la adopción solicitada habría tenido consecuencias legales contrarias a la intención de las demandantes y al interés de la niña, transfiriendo la patria potestad a la adoptante y privando a la madre biológica de los derechos sobre su hija.

En efecto, si el adoptado (a) es menor de edad, la adopción simple tiene como efecto investir al adoptante de todos los derechos de la patria potestad de la que el padre o la madre del niño o niña se ven entonces despojados. La única excepción prevista a esta regla,³²⁵ consiste en que si la adopción simple es realizada por el cónyuge del padre o de la madre del niño o niña adoptado, la custodia es compartida por los esposos, y debido a que el matrimonio se encontraba reservado en la legislación francesa a las parejas de distinto sexo –a la época de sucesión de los hechos–,³²⁶ las parejas del mismo sexo no caben dentro de la hipótesis que permite la custodia compartida.

Las demandantes interpusieron un recurso de apelación respecto de esta decisión, confirmando el tribunal el rechazo de la demanda, bajo las mismas razones.

El año 2007 las demandantes interpusieron recurso de casación, pero no llevaron a término dicho proceso.

³²⁵ Artículo 365 Código Civil. «El adoptante está sólo investido con respecto al adoptado de todos los derechos de la patria potestad, incluido el de consentir el matrimonio del adoptado, a menos que no sea el cónyuge del padre o de la madre del adoptado; en este caso, el adoptante tiene la custodia conjuntamente con su cónyuge, que conserva el ejercicio, bajo reserva de una declaración conjunta con el adoptante ante el Secretario del Tribunal de gran instancia a los fines de un ejercicio común de esta custodia (...)».

Cabe señalar, que el caso en cuestión gira en torno a la adopción simple a la que la pareja de la madre biológica deseaba acceder, no obstante, la situación fáctica se enmarca en el contexto de una adopción por integración (o adopción del hijo/a de la pareja). Ibidem.

³²⁶ El matrimonio para parejas de igual sexo y una ley de adopción, fueron aprobadas en Francia en abril de 2013.

En la demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, las solicitantes sostienen en sus argumentos haber sufrido un trato discriminatorio basado en su orientación sexual que vulnera su derecho al respeto de la vida privada y familiar, invocando el artículo 14 de la Convención en relación con el artículo 8.

El Tribunal constata que la concreta situación de las demandantes permite concluir la presencia de una vida familiar en el sentido del artículo 8 del Convenio. Además, la orientación sexual depende de la esfera personal protegida por el artículo 8 del Convenio [...] señalando que los hechos del caso caen bajo el dominio de al menos uno de los artículos del Convenio que podrá ser completado por el artículo 14 invocado”.³²⁷

b. Examen de fondo

Como consta en el párrafo 64 de la resolución, las partes sostienen que al rechazar las autoridades francesas la adopción simple por parte de la primera demandante respecto de “A”, existiría una vulneración de derechos al respeto a la vida privada y familiar que derivaría en una diferencia de trato injustificada - al ser ésta una pareja homosexual- en relación con parejas heterosexuales, casadas o no.

El gobierno, por su parte, “considera que del artículo 365 del Código Civil no resulta ninguna discriminación objetiva puesto que esta disposición es aplicable de la misma forma a todas las parejas no casadas sea cual sea la composición de la pareja”,³²⁸ y la

³²⁷ TEDH, Gas & Dubois vs. Francia. Op. Cit., párr. 37.

³²⁸ Ibid, párr. 49.

única excepción prevista por el artículo en litigio a saber, el cónyuge casado, fue adecuada por el legislador con el fin de proteger los intereses del niño o niña, pues, según el gobierno “el matrimonio continúa siendo una institución que garantiza una estabilidad de la pareja más importante que otros tipos de unión”.³²⁹ Teniendo en cuenta estos elementos, “el legislador ha querido, por tanto, limitar las posibilidades de adopción simple con el fin de asegurar al menor un marco permanente, tanto en su cuidado como en su educación”,³³⁰ estimando además que la cuestión de si un niño o niña puede tener filiación determinada respecto a dos mujeres o dos hombres constituye una reforma que en principio no podría emanar del Parlamento, pues, se trata de un tema que debe ser objeto “de un debate democrático, y no mediante desvíos como la custodia compartida en la adopción simple”.³³¹

A este respecto, el Tribunal estima necesario examinar la situación jurídica de las demandantes en relación a la de las parejas casadas, y constata a su vez que el artículo 365 del Código Civil prevé la custodia compartida cuando el adoptante es el cónyuge del padre biológico del adoptado, lo que no beneficiaría a las demandantes teniendo en cuenta la prohibición de casarse que marca la legislación francesa. Estima el Tribunal que “cuando los Estados deciden ofrecer a las parejas homosexuales otro modo de reconocimiento jurídico, se benefician de cierto margen de valoración para decidir la naturaleza exacta del estatus conferido”.³³²

³²⁹ Ibidem.

³³⁰ Ibidem.

³³¹ Ibid, párr. 52.

³³² Ibid, párr. 65.

En el sentido indicado, el Tribunal considera que “el matrimonio confiere un estatus particular a quienes lo contraen [...] en consecuencia, [...] no se podría considerar, en materia de adopción por un segundo progenitor, que las demandantes se encuentran en una situación jurídica comparable a la de las parejas casadas”.³³³

Siguiendo la línea indicada, el Tribunal examina ahora la situación de las demandantes en relación con las parejas heterosexuales no casadas, las que pueden haber formalizado un PACS como las solicitantes o vivir en concubinato. Las demandantes a este respecto denuncian la existencia de una discriminación indirecta basada nuevamente en la imposibilidad de contraer matrimonio, ya que las parejas [heterosexuales no casadas] pueden escapar a lo dispuesto en el artículo 365 del Código Civil por dicha vía. No obstante, a este respecto se remite a lo ya dicho en relación al matrimonio, concluyendo por tanto que no ha habido violación del artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 8.³³⁴

Por su parte, el juez VILLIGER, en su voto disidente, señala que “no es convincente que la diferencia de trato en el presente caso se justifique en que el matrimonio tiene un estatus especial en la sociedad. Este razonamiento, posiblemente, se justifica desde el punto de vista del legislador al distinguir el matrimonio de otras formas de convivencia.

Pero este no es el único punto de vista en cuanto al equilibrio de los diferentes intereses en virtud de los artículos 14 y 8. De hecho, la opinión de la sociedad ni siquiera debería ser el principal punto de vista (y mucho menos, como en la presente sentencia, el único). ¿No debería la posición del niño ser igualmente importante?

³³³ Ibid, párr. 68.

³³⁴ Ibid, párr 73.

Justificar la discriminación respecto de los niños, señalando que el matrimonio goza de un estatus especial para aquellos adultos que participan en él, en mi opinión, es insuficiente en este ejercicio de equilibrio”.³³⁵

Concluyendo finalmente que: “la raíz del problema en este caso parece ser la prohibición general de la custodia compartida de los hijos por padres de una pareja del mismo sexo. Este es el problema de toda la legislación que regula todas las situaciones de acuerdo con una norma [...], planteando inmediatamente cuestiones como la proporcionalidad, particularmente, me gustaría destacar, en casos relativos a la vida familiar”.³³⁶

3.1.6. X y otros vs. Austria (2013)

a. Relación de los hechos

Las demandantes son dos mujeres que tienen una relación estable. Una de las demandantes tuvo un hijo que fue reconocido por su padre al momento en que nació, mientras que su madre tenía su custodia exclusiva. En febrero de 2005 la pareja de la

³³⁵ To say in the present case that this difference in treatment is justified because marriage has a special status in society does not convince me. This reasoning may, possibly, be justified from the point of view of the legislator when distinguishing marriage from other forms of cohabitation. But this is not the only point of view as regards the balancing of the various interests under Articles 14 and 8. Indeed, society's views should not even be the main point of view (let alone, as in the present judgment, the only one). Should not the child's position be equally important? Justifying discrimination in respect of the children by pointing out that marriage enjoys a particular status for those adults who engage in it is, in my view, insufficient in this balancing exercise. Ibidem, opinión disidente juez Villiger. [Traducción libre].

³³⁶ In fact, the root of the problem in this case appears to be the blanket prohibition of joint parental custody over children of the parent of a same-sex couple. This is the problem of every legislation which regulates all situations according to one standard. Such blanket legislation immediately raises issues as to proportionality – particularly, I would emphasise, in cases concerning family life. Ibidem. [Traducción libre].

madre del hijo ya referido y el niño representado por su madre, firmaron un acuerdo mediante el cuál éste sería adoptado por la pareja de su madre, sin romper la relación que el hijo tenía con esta última.

Conscientes de lo establecido en el artículo 182.2 del Código Civil, en donde se prevé la exclusión de la adopción del hijo por una persona que mantiene una relación del mismo sexo con el padre o con la madre biológica del niño (a), sin que exista una relación de parentesco biológico, los demandantes solicitaron al Tribunal Constitucional que declarase inconstitucional esta disposición. En junio de 2005 el Tribunal desestima la solicitud, señalando que el Tribunal del Distrito tendría que examinar si tal artículo permitía la adopción por un segundo padre en el caso de una pareja del mismo sexo.

El tribunal del distrito se niega a aprobar el acuerdo de adopción, sosteniendo que el artículo 182.2 del Código Civil no preveía ninguna forma de adopción que lograra el efecto deseado por las demandantes.

Las demandantes apelaron de esta resolución ante el Tribunal Regional, el que desestimó el recurso y seguido de ello interpusieron recurso de casación ante el Tribunal Supremo, sin éxito.

En su solicitud ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, las demandantes argumentan en virtud del artículo 14 en relación con el artículo 8 del Convenio, haber sido objeto de discriminación, en base a su orientación sexual, en el disfrute de su vida familiar, sosteniendo que no existe justificación razonable y objetiva para que se permitiera la adopción del hijo de una persona por su pareja en las parejas heterosexuales, casadas o no, mientras que se les prohibía la adopción del hijo de una persona por su pareja en el caso de las parejas del mismo sexo.

b. Examen de fondo

El Tribunal comienza reconociendo en el párrafo 96 de su resolución, que en el presente caso las demandantes forman una pareja homosexual estable que ha estado conviviendo por muchos años, mientras que el hijo de una de ellas ha compartido casa con éstas, y ha sido cuidado por ellas conjuntamente, concluyendo que la relación que existe entre estas tres personas equivale a la vida familiar prevista en el artículo 8 del Convenio, siendo por tanto aplicable el artículo 14 en relación con aquél.³³⁷

Luego, en un análisis particular del caso, el Tribunal aplica el mismo esquema ya empleado en *Gas y Dubois vs. Francia*, al comparar a la unión de las demandantes con las parejas casadas y las uniones de hecho heterosexuales respectivamente.

Respecto a la eventual violación del artículo 14 en relación con el artículo 8 del Convenio, en una situación de comparación de las demandantes con las parejas casadas, el Tribunal reitera su jurisprudencia en orden a rechazar que las parejas de hecho del mismo sexo y las parejas unidas en matrimonio se encuentren en situaciones similares, pues el artículo 12 del Convenio no obliga a los Estados a garantizar a las parejas del mismo sexo el acceso al matrimonio, mientras que del artículo 14 en relación con el artículo 8 no es posible derivar la existencia de un derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo, reforzando su argumento al señalar que la legislación austríaca crea un sistema especial en materia de adopción para parejas casadas, pues, en virtud del artículo 179.2 del Código Civil la adopción conjunta únicamente está permitida a las parejas casadas, mientras que a su

³³⁷ En este mismo sentido -reiteró el Tribunal- se resuleve en los casos *Gas y Dubois vs. Francia* y *Schalk y Kopf, vs. Austria*.

vez las parejas casadas pueden adoptar por regla general únicamente de forma conjunta, ya que la adopción por un segundo padre del hijo del otro cónyuge se encuentra previsto en el citado artículo sólo como excepción.

Por ello, al menos en comparación a las parejas unidas en matrimonio, no existe violación del artículo 14 en relación con el artículo 8 del Convenio.

No obstante, al comparar a la pareja de hecho del mismo sexo con la pareja de heterosexuales solteros en donde se desea adoptar al hijo de la otra pareja, la situación es distinta, pues, la adopción por el segundo padre le está permitida a esta última - al igual que las parejas casadas-, siendo jurídicamente imposible para las parejas del mismo sexo.

Por ello, el Tribunal admite que las demandantes “se encontraban en una situación relevantemente similar a la de una pareja heterosexual, en donde se desea adoptar al hijo de la otra pareja”.³³⁸

En virtud del artículo 182.2, toda persona que adopta sustituye al progenitor biológico del mismo sexo, y en este caso ya que la primera demandante es mujer, la adopción del hijo de su pareja podría poner fin a la relación existente entre éste y su madre biológica, ello agregando además que la Ley de parejas de hecho que tiene vigencia desde el año 2010 en su artículo 8.4 prohíbe explícitamente la adopción del hijo de una persona por su pareja del mismo sexo,³³⁹ concluyendo el Tribunal que “no cabe duda que la legislación aplicable lleva a una distinción entre las parejas solteras

³³⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, (TEDH). X y otros vs. Austria, 19 febrero 2013, párr. 112. [Traducción no oficial]. [En línea] <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-139676>> [Consulta: 6 marzo 2015].

³³⁹ Ibid, párr. 114 y 115.

heterosexuales de las parejas homosexuales en materia de la adopción por un segundo padre”.³⁴⁰ A este respecto, el gobierno señala que no existe elemento discriminatorio, pues, la solicitud de adopción habría sido desestimada debido a que “no estaba en los intereses del hijo y que además su padre no había dado su consentimiento”.³⁴¹

Sin embargo, el Tribunal no acepta los argumentos del gobierno, pues, “los tribunales nacionales han dejado claro que la adopción que puede producir el efecto deseado por las demandantes [...] era, en cualquier caso, imposible en virtud del artículo 182.2 del Código Civil”.³⁴²

Se constata que los distintos tribunales nacionales fundamentaron sus resoluciones únicamente en el argumento de la imposibilidad legal, sin llevar a cabo investigaciones sobre las circunstancias del caso acerca de si el padre del eventual adoptado habría dado su consentimiento, o acerca de si existirían razones para anular la negativa a dar su consentimiento, por lo que en opinión del Tribunal, “la imposibilidad legal de la adopción solicitada por las demandantes era sistemáticamente el motivo principal de las consideraciones alcanzadas por los tribunales nacionales”,³⁴³ “lo que impidió que los tribunales nacionales examinaran de manera significativa si la adopción era en interés del hijo [...] o si existían razones que pudieran justificar la anulación de la

³⁴⁰ Ibid, párr. 116.

³⁴¹ Ibid, párr, 117.

³⁴² Ibid, párr, 118.

³⁴³ Ibid, párr. 123.

negativa del padre a dar su consentimiento”,³⁴⁴ agregando que el presente caso debe ser distinguido del caso Gas y Dubois “en donde el tribunal consideró que no hubo una diferencia de trato basada en la orientación sexual entre una pareja soltera heterosexual y una pareja homosexual, ya que en virtud de la legislación francesa la adopción por un segundo padre no se les permitía a ninguno de ellos”.³⁴⁵

Recuerda el Tribunal que ya se ha sostenido con respecto a la adopción individual por una persona homosexual, que un Estado que prevea un derecho que va más allá de sus obligaciones en virtud del artículo 8 del Convenio, no aplique ese derecho de forma discriminatoria de conformidad con el artículo 14,³⁴⁶ y pese a que no existe la obligación de ampliar el derecho a la adopción por un segundo padre a las parejas solteras, la legislación austríaca así lo permite a las parejas solteras heterosexuales, debiendo examinar si la distinción respecto a las parejas del mismo sexo tiene objetivo legítimo y es proporcionada a este objetivo.

A este respecto el Tribunal reconoce que “la protección de la familia en el sentido tradicional es en principio una razón de peso y legítima que podría justificar la diferencia de trato”,³⁴⁷ agrega que “en los casos en donde el margen de apreciación se encuentra limitado, como en una situación en donde hay una diferencia de trato por razón de sexo u orientación sexual, el principio de proporcionalidad no sólo exige en principio que la medida elegida sea adecuada para el logro del objetivo buscado.

³⁴⁴ Ibid, párr. 124.

³⁴⁵ Ibid, párr. 131.

³⁴⁶ Ibid, párr. 135. Así también, en E.B., vs. Francia, párr. 49.

³⁴⁷ Ibid, párr. 138.

También hay que demostrar que es necesaria, con el fin de lograr ese objetivo, mediante la exclusión de ciertas categorías de personas, en este caso, de las personas que mantienen una relación homosexual, del ámbito de aplicación de las disposiciones que se traten” ³⁴⁸ señalando que a este respecto la carga de la prueba recae en el gobierno.

El Tribunal añade que la legislación austríaca parece carecer de coherencia, pues, la adopción por una sola persona, incluyendo a un homosexual, es posible y si él o ella tiene una pareja de hecho, este último o última ha de dar su consentimiento, por tanto, el legislador “acepta que un niño pueda crecer en una familia basada en una pareja del mismo sexo, aceptando de por sí, que esto no es perjudicial para el niño. Sin embargo, la legislación austríaca insiste en que un niño no deba tener dos madres o dos padres”,³⁴⁹ por ello -señala el tribunal- es eficaz el argumento de las demandantes según el cual “existen familias de facto, basadas en parejas del mismo sexo, pero que se les negaba la posibilidad de obtener un reconocimiento legal y protección”,³⁵⁰ destacando que si bien en la adopción individual y en la adopción conjunta por lo general tienen por objeto la creación de una relación entre un niño y su adoptante que previamente no han estado relacionados “la adopción por el segundo padre, sirve para conferir unos derechos que vinculen al niño y la pareja de uno de los progenitores del niño”,³⁵¹ dando énfasis en la relevancia del reconocimiento de las familias de facto.

³⁴⁸ Ibid, párr. 140- 141.

³⁴⁹ Ibid, párr. 144.

³⁵⁰ Ibid, párr. 145.

³⁵¹ Ibidem.

En este contexto, el Tribunal pone en duda la proporcionalidad de la prohibición absoluta de la adopción por un segundo padre por parejas del mismo sexo “[...] las consideraciones aducidas hasta ahora parecen más bien estar a favor de permitir a los tribunales que lleven a cabo un examen de cada caso de manera individualizada, y ello parece también ser más acorde con el interés superior del niño”.³⁵²

Por otra parte, el gobierno además argumentó -en razón de la justificación de la diferencia de trato- que el margen de apreciación era muy amplio en el ámbito de la legislación sobre adopción, ante lo cual el Tribunal reitera que “al tratarse de cuestiones de discriminación por razón de sexo u orientación sexual, que han de ser examinadas en virtud del artículo 14 del Convenio, el margen de apreciación del Estado es limitado”,³⁵³ así mismo agrega que en virtud del artículo 7.2 del Convenio sobre adopción de menores de 2008 “los Estados son libres a la hora de ampliar el ámbito de aplicación del Convenio a las parejas del mismo sexo que estén casadas o que formen una pareja de hecho, así como las parejas heterosexuales y homosexuales que mantengan una relación estable, lo que indica que el artículo 7.2 no significa que los Estados sean libres de tratar a las parejas heterosexuales y homosexuales que mantienen una relación estable, de forma diferente. La recomendación del Comité del Consejo de Ministros de 2010 parece seguir la misma dirección: el apartado 23 pide a los Estados miembros, que garanticen que los derechos y obligaciones conferidos a las

³⁵² Ibid, párr. 146.

³⁵³ Ibid, párr. 148.

parejas de hecho se apliquen de una forma no discriminatoria tanto en las parejas del mismo sexo como en las parejas de distinto sexo”.³⁵⁴

En conclusión, el Tribunal determina que existe una violación del artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 8, cuando la situación de las demandantes se ha comparado con una pareja de hecho heterosexual, en donde uno de ellos desea adoptar al hijo o hija de la otra pareja.³⁵⁵

3.1.7. Conclusiones parciales

En *Salgueiro Da Silva Mouta vs. Portugal*, el TEDH toma en consideración la situación de que los tribunales nacionales otorgaran relevancia en sus resoluciones al hecho concreto de que el demandante fuese homosexual y viviese con otro hombre, situación que fue central para constatar que existió una diferencia de trato entre el demandante y la madre de su hija, y que tuvo por fundamento la orientación sexual del primero.

Al entrar en el fondo del asunto, el TEDH considera que el Estado de Portugal manifiesta un fin legítimo respecto de la medida utilizada, a saber, la protección de la salud y los derechos de la niña, no obstante, al determinar si esta diferencia de trato constituye o no un trato discriminatorio, el TEDH considera que tras los argumentos presentados en las resoluciones de las distintas instancias, se concluye que la homosexualidad del demandante pesó de modo determinante en la decisión de atribuir

³⁵⁴ Ibid, párr. 150.

³⁵⁵ Ibid, párr. 153.

el cuidado personal a la madre, lo que constituye una diferencia de trato fundada en consideraciones relativas respecto a la homosexualidad,— y por tanto- una injerencia arbitraria por parte del Estado en la vida privada y familiar del demandante.

En *Fretté vs. Francia*, el TEDH señala que la legislación francesa permite la adopción por personas solteras –hombres o mujeres-, por lo que se constata la existencia de una diferencia de trato –aunque implícita- basada en la orientación sexual del solicitante, tras lo que se considera que finalmente la homosexualidad del demandante fue un factor relevante en la decisión tomada.

El Tribunal reconoce que el Estado presenta motivos legítimos respecto de la utilización de la medida –protección de la salud y derechos de niños y niñas involucrados en procedimientos de adopción- , y si bien sostiene que el derecho a no ser discriminado también se viola en situaciones en que no se trata de forma diferente a personas que están en situaciones distintas, sin justificación objetiva y razonable, reconoce al mismo tiempo que los Estados gozan de un margen de apreciación en la evaluación de si las diferencias en situaciones similares justifican un tratamiento diferente en la ley, pudiendo variar este margen en consideración de, por ejemplo, un consenso entre legislaciones sobre adopción de los Estados contratantes –que al tiempo de la resolución no existe- , enfatizando que además no existe consenso científico al respecto, por lo que la medida tomada por la autoridad francesa no viola el principio de proporcionalidad.

A su vez, en *E.B. vs. Francia*, el TEDH sostiene que la noción de vida privada es un concepto amplio, que abarca la orientación sexual, el derecho a establecer relaciones con otros seres humanos y el derecho a respetar la decisión de tener o no un hijo o hija, considerando además –al igual que en *Fretté*- que la legislación francesa permite

la adopción por persona individual, por lo que el caso de E.B., es analizable desde el derecho a no ser discriminado.

A diferencia del caso Fretté, en E.B., las autoridades francesas no aludieron al “estilo de vida” de la demandante, y además tomaron en consideración su relación con otra mujer. En este sentido, los principales motivos para rechazar la solicitud de autorización fueron la falta de referente paterno, y la actitud poco propicia por parte de la pareja de E.B., siendo cuestionado sólo el primer motivo, pues, en este terreno podría darse una negativa arbitraria al exigir un referente paterno o materno del sexo contrario, dejando fuera toda posibilidad de que las personas adopten niños o niñas de forma individual, y además, sirviendo como un pretexto para rechazar la autorización en función de la homosexualidad de la demandante. De esta manera, el TEDH considera que este motivo tiene el efecto de contaminar toda la decisión de las autoridades, toda vez que se inserta en el contexto de una evaluación general a E.B., de modo que su orientación sexual estuvo presente en todo el proceso.

Ello se suma además a que el Estado no presentó justificación razonable y proporcionada para denegar la autorización, en circunstancias de que además la ley francesa no hace alusión alguna a la necesidad de un referente del otro sexo en la adopción individual, de modo que existe una injerencia arbitraria en la vida privada de E.B., fundada únicamente en su orientación sexual.

En Gas & Dubois vs. Francia, el TEDH, -a diferencia de los casos anteriores- reconoce que la situación concreta de las demandantes constituye vida familiar en el sentido del Convenio, agregando que la orientación sexual se encuentra protegida por éste, como un ámbito de la vida privada.

El TEDH examina la situación de las demandantes en relación a las parejas casadas y las parejas del mismo sexo no casadas.

Respecto de las parejas casadas, sostiene que la legislación francesa prevé la posibilidad de adopción por parte del cónyuge del padre o madre del niño o niña que se pretende adoptar, hipótesis legal en la que no caben las demandantes, dada la prohibición que pesaba sobre la legislación francesa para que parejas LGBTI contrajesen matrimonio.

A este respecto el TEDH estima que los Estados cuentan con un margen de apreciación al conferir a las parejas LGBTI un reconocimiento legal distinto al matrimonio, a efectos de determinar el estatus con el que cuentan estas parejas, y con ello los derechos que son reconocidos. En razón de ello, el Tribunal estima que las parejas que contraen matrimonio tienen un estatus particular, y por ello, en materia de adopción por el segundo progenitor, no podría considerarse que las demandantes se encuentren en situación similar a la de las parejas casadas.

Comparando ahora la situación de las demandantes con las parejas no casadas (de distinto sexo), el Tribunal estima que no existe trato discriminatorio hacia las parejas LGBTI, puesto que la imposibilidad de adopción por el segundo padre o madre recae también en el caso de las parejas heterosexuales no casadas, argumentando además que tampoco es plausible alegar que estas parejas puedan contraer matrimonio y así adoptar –en ello se remite a lo ya dicho anteriormente–.

En *X y otros vs. Austria*, el TEDH reconoce nuevamente la relación familiar que existe entre las demandantes y el hijo en cuestión, por lo que determina que el caso es analizable a la luz del derecho a la vida privada familiar y la no discriminación.

En este caso, el TEDH aplica un esquema semejante a lo ya visto en *Gas & Dubois*, con algunos matices.

Comparando la situación de las demandantes con las parejas casadas, el TEDH reitera la jurisprudencia ya enunciada, señalando además, que la legislación austríaca –al igual que la francesa- crea un sistema especial de adopción para parejas casadas.

Pero, al comparar la situación de las demandantes con la de las parejas heterosexuales no casadas el escenario cambia, pues, la adopción por el segundo padre o madre de igual forma estaba permitida para estas últimas, mientras que para las parejas del mismo sexo es jurídicamente imposible.

A este respecto, la ley austríaca establece –al igual que la ley francesa- que al adoptar, el adoptante sustituye al padre o madre del mismo sexo, y que además, la ley de parejas de hecho excluye expresamente la posibilidad de que las parejas del mismo sexo puedan adoptar al hijo o hija de su pareja, de manera que tales prohibiciones legales basadas en la orientación sexual, fueron el motivo dirimente que en todas las instancias llevaron a la denegación de la adopción, sin que por su parte se investigara si tal posibilidad era concordante con el interés superior del hijo que se pretendía adoptar. En este punto, el presente caso se diferencia del caso francés.

El TEDH concluye entonces que la ley austríaca es incoherente, y que además, al ampliar la hipótesis de adopción por el segundo padre o madre a las parejas de hecho, de manera voluntaria, no puede realizar diferencias arbitrarias entre este tipo de parejas sólo por su orientación sexual, pues, en tal caso, el margen de apreciación con el que cuenta el Estado se restringe, de forma tal que recae sobre el Estado la obligación de probar –de acuerdo con el principio de proporcionalidad- que la medida es adecuada, pero además necesaria, es decir, que para el fin propuesto, es precisa la

exclusión de las parejas LGBTI de la posibilidad de adopción por integración, lo que ciertamente no pudo probar.

Cierra este argumento el TEDH, añadiendo que en los casos de adopción por integración (a diferencia de la conjunta o la individual) se debe considerar el reconocimiento a las familias de facto, que es más acorde con el interés superior del niño.

3.2. Sistema Interamericano de Derechos Humanos

3.2.1 Caso Atala Rifo e hijas vs. Chile

a. Relación de los Hechos

La señora Karen Atala contrajo matrimonio con el señor López y producto de esa unión tuvo tres hijas. En 2002 se divorciaron, y el cuidado personal de las niñas quedó a cargo de la señora Atala por mutuo acuerdo. Después de su divorcio, la señora Atala inicia una relación con una persona de su mismo sexo, quién se va a vivir con ella y sus hijas.

En 2003, el señor López interpuso una demanda de tuición ante el Juzgado de Menores de Villarrica, Chile, por considerar que la señora Atala no se encontraba capacitada para cuidar de sus hijas por su nueva opción de vida sexual y convivencia lésbica con otra mujer, lo que implicaría un peligro emocional y físico para sus hijas.

El Juez Titular de Letras de Menores de Villarrica concedió la tuición provisional de las niñas al padre. No obstante el reconocimiento expreso de dicho juez de que no

había elementos para presumir causas calificadas para inhabilitar a la señora Atala de la tuición de sus hijas, consideró que el actor presenta argumentos más favorables en pro del interés superior de las niñas, argumentos que en el contexto de una sociedad heterosexuada, y tradicional, cobran gran importancia.

La señora Atala solicita la inhabilitación del juez anterior y en virtud de ello, la Jueza Subrogante del Juzgado de Letras de Menores de Villarrica dictó sentencia en el caso, estableciendo que la orientación sexual de la madre no constituye un impedimento para desarrollar una maternidad responsable.

El padre de las niñas apeló de la sentencia dictada en primera instancia, pero la Corte de Apelaciones de Temuco confirmó la sentencia apelada.

Ante ello, el señor López interpuso un recurso de queja ante la Corte Suprema de nuestro país, estimando ésta, que las niñas se encontraban en una situación de riesgo, situación que las ponía en un estado de vulnerabilidad en su medio social, exponiéndolas a ser objeto de aislamiento y discriminación y afectando su desarrollo personal. En consecuencia, la Corte Suprema concluyó que los jueces inferiores incurrieron en una falta grave al no apreciar el derecho preferente de las niñas a vivir y desarrollarse en el seno de una familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social, según el modelo tradicional que les es propio.

La señora Karen Atala y sus abogados presentaron el 24 de noviembre de 2004 una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, alegando principalmente que la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, que revocó la custodia de sus tres hijas, violaba sus derechos humanos a la igualdad y privacidad por fundarse en prejuicios discriminatorios basados en su orientación sexual.

b. Examen de fondo

La Corte IDH comienza reconociendo,³⁵⁶ que “el proceso de tuición giró, además de otras consideraciones, en torno a la orientación sexual de la señora Atala y las presuntas consecuencias que la convivencia con su pareja podría producir en las tres niñas, por lo que esta consideración fue central en la discusión entre las partes y en las principales decisiones judiciales dentro del proceso”.³⁵⁷

Estima además, que el objetivo general de proteger el interés superior del niño es legítimo, sin embargo, “no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tuición o custodia”,³⁵⁸ por tanto, “no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual [...] y el impacto que presuntamente puedan tener en niños y niñas”.³⁵⁹

Luego, en el análisis de los argumentos de la Corte Suprema en función de su razonabilidad y proporcionalidad, la Corte señala que “si bien es cierto que ciertas

³⁵⁶ Señala la Corte que para comprobar la existencia de una diferencia de trato no es necesario que la totalidad de la decisión esté basada únicamente en la orientación sexual de alguien, bastando con constatar que “de manera explícita o implícita se tuvo en cuenta hasta cierto grado la orientación sexual de la persona para adoptar una determinada decisión”. Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), Caso Atala Rizzo y niñas vs. Chile. Sentencia de 24 de Febrero de 2012. (Fondo, reparaciones y costas), párr. 94.

³⁵⁷ Ibid, párr. 96.

³⁵⁸ Ibid, párr. 110.

³⁵⁹ “La sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona”. Ibid, párr. 111.

sociedades pueden ser intolerantes a condiciones como la raza, el sexo, la nacionalidad o la orientación sexual de una persona, los Estados no pueden utilizar esto como justificación para perpetuar tratos discriminatorios”³⁶⁰ y por el contrario se encuentran obligados a enfrentar tales manifestaciones discriminatorias e intolerantes.

Resuelve la Corte además, que la Corte Suprema no cumplió con el test estricto de análisis de un daño concreto y específico supuestamente sufrido por las niñas,³⁶¹ ya que en el caso de discriminación por orientación sexual “la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, invirtiéndose, además, la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio”,³⁶² de allí la importancia de la existencia de evidencia técnica, pues, de otra forma se corre el riesgo de fundar la decisión en un estereotipo discriminatorio.³⁶³

La Corte recalca que el alcance del derecho a la no discriminación por orientación sexual “no se limita a la condición de ser homosexual, en sí misma, sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas”,³⁶⁴ y por tanto “la prohibición de discriminación por orientación sexual debe incluir, como derechos protegidos, las conductas en el ejercicio de la homosexualidad”,³⁶⁵ -vale

³⁶⁰ Ibid, párr. 119.

³⁶¹ Ibid, párr. 131.

³⁶² Ibid, párr. 124.

³⁶³ “Esto en aras de la necesidad de aplicar un escrutinio mayor cuando la decisión judicial se relacione con el derecho a la igualdad de grupos poblacionales tradicionalmente discriminados como es el caso de los homosexuales”. Ibid, párr. 127.

³⁶⁴ Ibid, párr. 133.

³⁶⁵ Ibid, párr. 139.

decir- las relaciones de afecto en el ámbito de pareja, como también en el ámbito de la maternidad [paternidad].

En este sentido agrega, que “respecto al artículo 11 de la Convención Americana, si bien esa norma se titula “Protección de la Honra y de la Dignidad”, su contenido incluye, entre otros, la protección de la vida privada. La vida privada es un concepto amplio que no es susceptible de definiciones exhaustivas y comprende, entre otros ámbitos protegidos, la vida sexual y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos. Es decir, la vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo y cuándo decide proyectar a los demás.”³⁶⁶

Cierra la Corte su argumentación señalando que la Convención Americana no contiene un concepto cerrado de familia, ni protege un modelo tradicional de la misma, por lo que el razonamiento de la Corte Suprema “refleja una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la Convención al no existir un modelo específico de familia (la “familia tradicional”)”.³⁶⁷

De esta forma, la Corte IDH concluye que la motivación de las decisiones de los tribunales nacionales, no fue adecuada para el logro del fin específico que se proponía, y en este sentido, viola los derechos de igualdad ante la ley respecto de Karen Atala en razón de su orientación sexual y de sus hijas, lo que constituye además, una vulneración del derecho a la vida privada y familiar.

³⁶⁶ Ibid, párr. 162.

³⁶⁷ Ibid, párr. 142- 145.

3.2.2. Conclusiones parciales

En el caso *Atala e hijas vs. Chile*, luego de que la Corte IDH concluye que la orientación sexual de la señora Atala tuvo especial consideración en las decisiones tomadas por los tribunales nacionales, realiza el examen de proporcionalidad respecto del razonamiento empleado por los tribunales y la Corte Suprema de Justicia de nuestro país.³⁶⁸

A este respecto, si bien sostiene que la protección del interés superior del niño es un fin legítimo, agrega al mismo tiempo que los tribunales nacionales no pueden utilizar el objetivo de protección de este principio como un argumento que permita validar tratos discriminatorios hacia padres y madres por el sólo hecho de su orientación sexual.

Bajo este mismo razonamiento, pero ahora en el ámbito de la discriminación social a la que se exponían presuntamente las hijas de Atala, la Corte IDH sostiene que pese a que las sociedades puedan ser intolerantes a condiciones como la orientación sexual, los Estados no pueden utilizar la constatación de esta realidad como justificación para perpetuar tratos discriminatorios.

Este razonamiento evidencia una diferencia de enfoque a lo sostenido por el TEDH, pues, el Tribunal valida la existencia o no de un consenso a nivel de países, como un factor relevante respecto del margen de apreciación que tienen los Estados, en relación a la regulación de la adopción por parejas LGBTI.

³⁶⁸ En este punto el caso *Atala* coincide con el razonamiento del TEDH en *E.B. vs Francia*, pues, se sostiene de igual forma que para que exista discriminación en función de la orientación sexual de una persona, no hace falta que la decisión se funde únicamente en dicho criterio prohibido de discriminación, bastando solamente comprobar que ésta se tuvo en cuenta en cierto grado de manera implícita o explícita.

La diferencia en este punto, puede deberse a que el caso Atala trata sobre cuidado personal, mientras que el TEDH ha tenido oportunidad de pronunciarse directamente sobre casos de adopción, en donde el margen de apreciación –aun así- es más amplio.

La Corte IDH sostiene además – y en este sentido comparte la visión del TEDH- que los tribunales chilenos no cumplieron con el test de análisis estricto dada la presencia de un trato discriminatorio en función de la orientación sexual, cuya restricción en los derechos requiere de motivos especialmente relevantes, a efectos de probar que la medida adoptada no sea discriminatoria. Sin embargo, en este punto, la Corte IDH recoge la importancia de estudios técnicos al respecto, en relación con la paternidad/ maternidad gay/ lésbica, proporcionando un argumento que trasciende el ámbito del cuidado personal de niños y niñas, y que puede ser perfectamente extrapolado a la adopción.

Señala además la Corte IDH –y en este punto coincide plenamente con la jurisprudencia del TEDH- que la no discriminación por orientación sexual no sólo se limita a la obligación de respeto por la orientación sexual de las personas, sino que además incluye el ámbito de sus conductas, y la determinación de sus proyectos de vida, incluyendo las relaciones familiares de afecto tanto en el ámbito de parejas, como en su condición de padres o madres, las que se encuentran protegidas por el derecho a la vida privada.

Finalmente, la Corte IDH descarta por completo la posibilidad de que los Estados puedan argumentar legítimamente, que a través de medidas como las del caso Atala, se busque la protección de un modelo de familia tradicional, ya que, tal modelo no existe en la Convención Americana, de manera que argumentos como éste, son parte de una visión limitada y estereotipada de familia. En este punto encontramos otra

diferencia con el Sistema Europeo, pues, si bien el TEDH ha reconocido recientemente que las uniones de hecho entre parejas del mismo sexo y la relación con sus hijos constituye vida familiar, ha declarado también que la protección de la familia tradicional es un fin legítimo al que el Estado puede propender.³⁶⁹

3.3. Resoluciones de las Altas Cortes Latinoamericanas en el ámbito nacional

3.3.1. Corte Constitucional de Colombia

3.3.1.1. Sentencia T-290- 1995

a. Relación de los hechos

En este caso, una niña fue abandonada por sus padres en un inquilinato, siendo acogida por el administrador del lugar, el que decide a su vez, luego de un tiempo viviendo con ella, iniciar el proceso de adopción ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), entidad que niega la solicitud declarando la situación de peligro en que se encontraba la niña, ya que el interesado no contaba con las condiciones para sostener su crianza.

El solicitante, por su parte, considera que la negativa se debió a su orientación sexual, acudiendo a la acción de tutela.

³⁶⁹ Así se resolvió por el TEDH en X y otros vs. Austria.

El juez de instancia denegó la solicitud planteada a través de la acción de tutela, argumentando que existían otros mecanismos judiciales de defensa al alcance del actor, sin evidenciarse la vulneración de derechos fundamentales alegados por éste.

Pese a que tales recursos con los que contaba el actor, nunca fueron interpuestos, la Corte Constitucional considera que la presente actuación debe mantenerse hasta que culmine con la adopción de una medida de protección definitiva en favor de la niña.

b. Examen de fondo

En su resolución, la Corte Constitucional reconoce que es cierto que los niños tienen derecho a vivir en una familia, resultando inobjetable que “en un Estado pluralista y protector de la diversidad como es el Estado Colombiano, no existe un único tipo familiar digno de protección, sino que se reconoce igualmente a la familia proveniente de vínculos jurídicos como aquella formada por lazos naturales y afectivos”.³⁷⁰

La Corte además, considera justificable el que la niña en cuestión sea separada del actor, pues, la entidad encargada de velar por los derechos de los niños “encontró a la menor en una situación irregular tal, que ameritaba su intervención, mediante los mecanismos que la ley dispone para ello”,³⁷¹ considerando luego, que el ICBF tuvo razones objetivas suficientes para decretar las medidas de protección necesarias en

³⁷⁰ Corte Constitucional de Colombia, T-290-1995. 5 julio 1985. Apartado 3 “Derecho del Menor a tener una familia”.

³⁷¹ Ibidem.

favor de la niña, y por tanto su actuación no fue arbitraria ni se debió a prejuicios respecto de su sexualidad.

Sin embargo, en el voto de aclaración a la resolución tomada por la Corte, el Magistrado Carlos Gaviria Díaz considera que es relevante abordar el tema de la discriminación por orientación sexual, constatando que “negarle a una persona la posibilidad de adoptar o cuidar un niño, por la sola razón de ser homosexual constituiría ciertamente un acto discriminatorio contrario a los principios que inspiran nuestra Constitución”,³⁷² y en ese mismo sentido agrega que “la homosexualidad no es en si misma un lastre moral, pues el comportamiento recto o desviado de una persona nada tiene que ver con sus preferencias sexuales”.³⁷³

3.3.1.2. Sentencia C- 814-2001

a. Relación de los hechos

Esta resolución de la Corte Constitucional ya fue abordada en el Capítulo II de esta memoria respecto al requisito de idoneidad moral exigido a los adoptantes al momento de declararlos idóneos para efectos de solicitar la adopción de un niño o niña, resaltando el vínculo existente entre idoneidad moral y moralidad pública.

A través de esta acción se cuestiona ante la Corte, la constitucionalidad de los artículos 89 y 90 del Código del Menor (ya citados anteriormente), pues, el primero, al establecer el requisito de idoneidad moral ha conllevado en ciertos casos que se

³⁷² Ibid, Voto de Aclaración del Magistrado Carlos Gaviria Díaz.

³⁷³ Ibidem.

cuestione desde una perspectiva moral a las relaciones entre personas del mismo sexo, lo que redundaría en prejuicios de parte de los operadores en los procesos de adopción - y previos a éste- que significarían la denegación de la posibilidad de adoptar. En el caso de la segunda norma, se cuestiona su constitucionalidad, pues, genera un estatus de discriminación hacia las parejas del mismo sexo, ya que sólo regula la adopción conjunta para las parejas casadas y las parejas heterosexuales con un mínimo de convivencia de tres años.

El examen de fondo, en este apartado, se centra en la constitucionalidad del artículo 90.³⁷⁴

b. Examen de fondo

En su examen de fondo, la Corte considera que debe estudiar si la no inclusión de las parejas LGBTI dentro de la autorización para adoptar conjuntamente, constituye una omisión legislativa inconstitucional por violación del principio de igualdad, pues, “son inconstitucionales por omisión aquellas normas legales que por no comprender todo el universo de las hipótesis de hecho idénticas a la regulada, resultan ser contrarias al principio de igualdad”,³⁷⁵ debiendo determinarse si la adopción conjunta por parte de parejas heterosexuales que han vivido en unión libre, es idéntica a la de

³⁷⁴ Código del menor. **Artículo 90.** Pueden adoptar conjuntamente: 1. Los cónyuges “2. La pareja formada por el hombre y la mujer que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos tres (3) años. Este término se contará a partir de la separación legal de cuerpos, si con respecto a quienes conforman la pareja o a uno de ellos, estuviere vigente un vínculo matrimonial anterior.” [Norma derogada por Ley 1098 de 2006].

³⁷⁵ Corte Constitucional de Colombia, C-814-2001, 2 agosto 2001. párr. 21.

las parejas homosexuales que han vivido en la misma situación, concluyendo la Corte que no se da la identidad de hipótesis que impone al legislador dispensar un idéntico tratamiento jurídico.

Al respecto, la Corte sostiene que no es indiferente para el legislador el tipo de familia dentro del cual se autoriza insertar al niño o niña, debiendo proveerle aquella que responda al concepto acogido por la Constitución, y por tanto, no sólo no se incurrió en omisión discriminatoria “sino que no le era posible al Congreso autorizar la adopción por parte de homosexuales, pues la concepción de familia en la Constitución, no corresponde a la comunidad de vida que se origina en este tipo de convivencia, y las relaciones que se derivan de la adopción”,³⁷⁶ señalando además que el artículo 90 únicamente pretende proteger la familia constitucional “concediéndole el derecho de constituirse con fundamento en la adopción”³⁷⁷ y por tanto, “no discrimina a las parejas homosexuales, como tampoco a ninguna otra forma de convivencia o de unión afectiva que pudiera llamarse familia, pero que no es protegida por la Constitución”.³⁷⁸

Así las cosas, dado que la Constitución sólo protege un tipo de familia, y de que además existe un interés prevalente en la protección de los derechos de los niños, la Corte concluye que “se presenta un conflicto entre el derecho a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad de los homosexuales o de otras personas que convivan en uniones afectivas no constitutivas de familia a la luz de la Constitución, que pretenden adoptar, y el derecho del menor a formar parte de una familia protegida por

³⁷⁶ Ibidem.

³⁷⁷ Ibidem.

³⁷⁸ Ibidem.

la Constitución y no de otra, [...] tensión resuelta por la misma Carta que establece la prevalencia de los derechos de los niños por sobre los de los demás”.³⁷⁹

En consideración a estos presupuestos, la Corte declara la constitucionalidad de la norma cuestionada.

Sin embargo, en los salvamentos realizados a la resolución de mayoría adoptada por la Corte, se señala que la expresión “formada por el hombre y la mujer” en el artículo 90, debió haber sido declarada inexecutable, “para que los funcionarios competentes después de realizar los estudios psicológicos, económicos y demás, decidan si para cada caso concreto el interés superior del niño coincide o no con el deseo de una pareja heterosexual u homosexual de adoptarlo”,³⁸⁰ sin ser posible que ello se establezca de manera general y abstracta, de acuerdo a una visión de familia que desconoce el espíritu amplio y democrático de la Constitución.

Desde esta perspectiva, los magistrados consideran que la restricción legal, general y abstracta de limitar la adopción conjunta a las parejas heterosexuales, “no atiende el interés superior del niño, es discriminatoria, desconoce el derecho a la autonomía personal y atenta contra los principios de la dignidad humana y el pluralismo”.³⁸¹

³⁷⁹ Ibidem.

³⁸⁰ Ibid, Salvamento de los Magistrados Manuel Cepeda, Jaime Córdoba y Eduardo Montealegre. En el mismo sentido apunta el salvamento del Magistrado Jaime Araujo.

³⁸¹ Ibidem.

3.3.1.3. Sentencia T-276- 2012

a. Relación de los hechos

Este caso también fue analizado a la luz del requisito de idoneidad moral exigido por la ley de adopción en el Capítulo II de esta memoria. Sin embargo, se analizarán los considerandos pertinentes de la Corte que no fueron analizados.

Un ciudadano estadounidense, después de haber sido mentor de dos niños de nacionalidad colombiana, solicitó su adopción al ICBF en 2009, siendo declarado padre adoptivo de los niños en 2011, sin que se hubiese indagado respecto a su orientación sexual.

El día en que el demandante y los niños partían a Estados Unidos, éste comenta a la subdirectora de adopciones del ICBF su inquietud por el temor que existe en Colombia frente a la adopción por parte de personas homosexuales, manifestando que siendo él un hombre gay, nunca fue considerado no apto para adoptar.

Tras esta situación, el ICBF inició un procedimiento de restablecimiento de derechos, debido a la existencia de una presunta situación de amenaza, y una denuncia penal contra el padre adoptivo, por la presunta omisión de información durante el trámite de adopción, siendo ubicados los niños en el hogar sustituto en donde habían vivido hasta la adopción, situación que fue confirmada en la resolución del procedimiento de restablecimiento de derechos.

Ante ello, el padre adoptivo de los niños decide interponer recurso de reposición, posibilidad que le fue denegada, hasta que se ordena que los niños vuelvan a vivir provisionalmente con su padre adoptivo, viajando a Estados Unidos.

b. Examen de fondo

En su resolución respecto al caso, la Corte Constitucional concluye que el ICBF, no logró demostrar que efectivamente existía una amenaza sobre la salud emocional de los niños, y que aunque eventualmente se concluyera que sí existía una amenaza, tampoco se probó que existiera un nexo causal entre la falta de información sobre la orientación sexual del padre adoptivo de los niños, en el proceso de adopción, y dicho riesgo. Por otra parte, la entidad tampoco demostró que la amenaza fuera de tal magnitud que ameritara una medida tan drástica como la separación de los niños de su padre y su ubicación en un hogar sustituto.

Sin embargo, en dicha resolución, la Corte no se pronunció sobre la discriminación en razón de la orientación sexual hacia el padre de los niños adoptados, ni mucho menos sobre la violación de derechos que en tal situación se provoca en el afectado.

Así aparece en el salvamento al voto de mayoría, realizado por el magistrado Luis Vargas, al indicar que la Corte “no se pronuncia sobre el desconocimiento de los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad, causados por la discriminación basada en la orientación sexual del accionante, derivada de la conducta del ICBF”,³⁸² y en tal sentido, la Corte ha reiterado a lo largo de su jurisprudencia “que un trato desigual hacia personas con orientaciones sexuales diversas desconoce el principio de igualdad, que a su vez hace parte de las normas de ius cogens sobre las cuales descansa todo el andamiaje jurídico del orden público y es un principio fundamental sobre el cual se basa todo el ordenamiento de un Estado democrático; el

³⁸² Corte Constitucional de Colombia, T-276-2012, 11 abril 2012. Salvamento del Magistrado Luis Vargas.

derecho al libre desarrollo de la personalidad; el derecho a la intimidad; y puede desconocer en ciertos casos el derecho a la honra y al buen nombre, lo que significa que cada persona, en tanto sujeto libre y autónomo, está investida de la potestad de definir su proyecto de vida, bajo la sola condición de que ello no imponga afectaciones esenciales a los derechos de los demás y cualquier restricción injustificada a esta potestad está prohibida en nuestro ordenamiento jurídico”.³⁸³

En este sentido -agrega el magistrado- la jurisprudencia, a su parecer, restringe la protección en razón de la orientación sexual de las personas, a un ámbito puramente individual, vale decir, les reconoce derechos, pero a su vez les priva de instrumentos que les permita desarrollarse como pareja y/o familia.

En efecto, al ser la única razón la orientación sexual del accionante para dar inicio al trámite de restablecimiento de derechos, dada la presunta amenaza que pudiere significar ello para los niños, “la decisión del ICBF se basó en un criterio de diferenciación sospechoso [...] por ello la sentencia debió establecer de forma clara, que en el caso puesto a su consideración hubo un trato discriminatorio, basado en la orientación sexual del accionante y en consecuencia debió tutelar los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad del actor”.³⁸⁴

³⁸³ Ibidem.

³⁸⁴ Ibidem.

3.3.1.4. Sentencia SU-617-14

a. Relación de los hechos

Las señoras Turandot y Fedora solicitaron que se ordenara a las autoridades administrativas expedir la autorización para la declaración judicial del vínculo filial entre Lakmé y Fedora, siendo la primera hija biológica de Turandot, y la segunda su compañera permanente.

Esta autorización fue denegada por la entidad encargada al declarar la improcedencia de la solicitud de adopción presentada en febrero de 2009, argumentando que no se había comprobado el requisito de convivencia ininterrumpida entre las demandantes, y en particular, que el artículo 68 del Código de la infancia en concordancia con el artículo 42 de la Constitución, no contempla la adopción por parejas del mismo sexo.

Debido a estas circunstancias, las demandantes entablaron acción de tutela contra la Defensoría de Familia N° 2 de Rionegro, ya que a juicio de estas la actuación y decisión de la entidad administrativa habría vulnerado el derecho al debido proceso por haber incurrido en varias irregularidades de orden procedimental, al sustanciar, tramitar y resolver la solicitud de adopción, y además, sería materialmente contraria a los principios y derechos constitucionales como el derecho de igualdad, el interés superior del niño, el derecho de libre desarrollo de la personalidad, y los principios de dignidad humana y pluralismo, por negar la adopción con fundamento en el carácter homosexual de la pareja solicitante.

b. Examen de fondo

La Corte consideró que la decisión de la autoridad demandada responde a una interpretación razonable del ordenamiento jurídico, ya que, de acuerdo con la ley, sólo las parejas heterosexuales están habilitadas para adoptar a menores de edad, y además, porque de acuerdo con la ley, la adopción se orienta a establecer la relación paterno filial entre personas que no la tienen por naturaleza, vale decir, a suplir la falta de un padre, una madre o de ambos.

Por otra parte, la Corte concluye que “cuando la autoridad administrativa excluye la posibilidad de la adopción por consentimiento, con fundamento del carácter homosexual de la pareja requirente, vulnera los derechos de todos ellos a la autonomía familiar y a tener una familia, por cuanto se desconoce, sin razón que lo justifique, la existencia de un arreglo familiar en el que el menor, por voluntad de su padre o madre biológicos, comparte la vida con el compañero o compañera del mismo sexo de aquél, y en el que se conforma un vínculo sólido y estable entre ellos, a partir del cual el adulto ha asumido las obligaciones y deberes asociados al vínculo filial”.³⁸⁵

Por consiguiente, la Corte concedió el amparo solicitado y, en consecuencia, revocó la decisión de declarar la improcedencia de la adopción, y ordenó que se prosiga con el respectivo trámite, sin que el carácter homosexual de la pareja conformada por Turandot y Fedora pueda ser invocado para excluir la adopción de Lakmé.

La sentencia proferida por la Corte Constitucional, tiene a su vez algunas aclaraciones de voto que vale la pena tener en cuenta.

³⁸⁵ Corte Constitucional de Colombia. Comunicado N° 35, 28 Agosto 2014, sentencia SU-617-14.

Así por ejemplo, la aclaración al voto de mayoría de los Magistrados CALLE, PALACIOS y VARGAS, asevera que: “la Ley no habla de la adopción como una institución reducida a la función de suplir vínculos naturales, sino que la concibe como instituto que permite incluso expandir, gracias a la libertad jurídica, nuestros confines biológicos para crear vínculos entre quienes no los tienen ‘por naturaleza’. Esta concepción tiene una clara justificación constitucional, no sólo en cuanto maximiza el derecho a la libertad individual, sino también porque –en beneficio de los menores– expande la protección jurídica hacia formas diversas y legítimas de construir relaciones afectivas y de solidaridad entre los miembros de una familia”,³⁸⁶ agregando además que “la legislación y la jurisprudencia constitucional son ahora distintas, al experimentar un inocultable avance hacia la eliminación de toda forma de discriminación contra este tipo de parejas”³⁸⁷ y que por ello la afirmación de que la familia heterosexual y monogámica tiene una protección especial por parte del Estado carece de toda justificación constitucional [y] no refleja la consolidada jurisprudencia de la Corte sobre la igual dignidad de todas las formas de familia, expresada de manera unánime en la sentencia C-577 de 2011.

Por su parte, la Magistrada Gloria ORTIZ, manifestó en su voto de aclaración que “la jurisprudencia no sólo ha señalado que la protección a las familias plurales surge del déficit de protección legal, sino también de la prohibición de la discriminación señalada en el artículo 13 superior”,³⁸⁸ en razón de ello la Magistrada considera que “la sentencia omite el análisis de la violación del derecho a la igualdad de las familias

³⁸⁶ Ibid, Salvamento magistrados Calle Correa, Palacio Palacio y Vargas Silva.

³⁸⁷ Ibidem.

³⁸⁸ Ibid, Aclaración de la Magistrada Gloria Ortiz Delgado

conformadas por parejas homosexuales, pues si bien es cierto el derecho de los niños y niñas a tener una familia es prevalente, no lo es menos que la diferencia de trato basada en la orientación sexual no es una justificación constitucionalmente admisible. Para la Magistrada ORTIZ, no existen pruebas, ni estudios ni razones suficientes que demuestren que los homosexuales no pueden preservar los intereses de cuidado, amor, protección, educación y vida en condiciones dignas de los menores de edad. Por consiguiente, a su juicio, argumentar que el principio de interés superior del niño o niña justifica el trato distinto de las parejas homosexuales, implica mantener un prejuicio inconstitucional”.³⁸⁹

En este sentido, concluye la magistrada, que “en aplicación de los derechos de los menores de edad a tener una familia y de los aspirantes a adoptar a no ser discriminados, la adopción de menores de edad debía ser autorizada en todos los tipos de adopción [y no sólo en los casos de adopción de niños, niñas y adolescentes por parte de la pareja de la madre o padre biológicos]. La diferencia de trato introducida por la Corte no sólo mantiene la discriminación y con ella la búsqueda de instrumentos de hecho para conformar una familia, sino que desprotege los intereses de los niños y niñas que aspiran a tener una familia”.³⁹⁰

3.3.2. Suprema Corte de Justicia de México

3.3.2.1. Acción de inconstitucionalidad 2/2010

³⁸⁹ Ibidem.

³⁹⁰ Ibidem.

Con la reforma que al Código Civil para el Distrito Federal, y en específico respecto de su artículo 146, a través de la cuál se modificó la definición de matrimonio, entendido ahora como la unión entre dos personas y no entre hombre y mujer, tuvo lugar de forma indirecta, un cambio en el régimen jurídico de la figura de la adopción, ya que se amplió la posibilidad de adoptar a parejas integradas por personas del mismo sexo (matrimonios o uniones convivenciales).

A través de la acción de inconstitucional 2/2010 se intentó anular la reforma al Código Civil Federal, petición que fue denegada, pues, la Suprema Corte de Justicia de la Nación indica en su resolución el hecho de que “constitucionalmente no se protegía sólo a la familia tradicional, sino a las diversas manifestaciones de ella” ³⁹¹ y que por tanto los niños de familias tradicionales y no tradicionales estarían en situación de igualdad de trato ante la ley.

En este sentido, el hecho de que la oposición a la reforma descansa únicamente en la preferencia sexual de los futuros adoptantes constituye un argumento discriminatorio contrario a la garantía contenida en el artículo 1º constitucional, interpretando la Corte que a raíz de la reforma “las parejas integradas por personas del mismo sexo debían cumplir exactamente los mismos requisitos que las parejas formadas por un hombre y una mujer, así como también el mismo procedimiento para su autorización” ³⁹² ya que la legislación sobre adopción no había sufrido modificación alguna.

Sobre este tema, la Suprema Corte de México afirma:

³⁹¹ Transexualidad y matrimonio y adopción por parejas del mismo sexo. Criterios de la Suprema Corte de la Nación. 2011. Por Juan Silva “et al”. México, Editorial Porrúa., p. 179.

³⁹² Ibidem.

“337. Pero más relevante aún para esta Corte es el hecho de que resultaría totalmente contrario al artículo 1° constitucional, sujetar a todo un grupo o colectivo de personas, en función de su orientación sexual, a la demostración de que son “aptos” para solicitar la adopción de un menor o, peor aún, prohibírseles, precisamente por el solo hecho de que son parejas del mismo sexo, como si la orientación sexual fuera algo negativo.

338. La heterosexualidad no garantiza que un menor adoptado viva en condiciones óptimas para su desarrollo: esto no tiene que ver con la heterosexualidad-homosexualidad.

Todas las formas de familia tienen ventajas y desventajas y cada familia tiene que analizarse en lo particular, no desde el punto de vista estadístico.”³⁹³

3.3.3. Brasil

3.3.3.1. Tribunal Superior de Justicia Recurso N°889.852RS(2006/02091374)

a. Relación de los hechos

En abril de 2010 el Superior Tribunal de Justicia -en adelante, STJ- resolvió respecto a un recurso especial interpuesto por el Ministerio Público del Estado de Río Grande del Sur, correspondiente a un fallo emitido por el Tribunal de dicho Estado, en

³⁹³ Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Acción de inconstitucionalidad 2/2010, 16 agosto 2010, párr. 337- 338.

donde se confirmaba la decisión resuelta en primera instancia en la cuál se permitía la adopción de dos hermanos a la compañera permanente de una mujer que había realizado la adopción de estos niños anteriormente, debido además a que la madre de los niños padecía una enfermedad grave y su deceso amenazaba los derechos de los niños a la afiliación de salud.

El Ministerio Público, por su parte, afirma que la decisión adoptada por el Tribunal es contraria al artículo 1 de la ley 12.010/09 que establece el derecho que asiste a todos los niños y adolescentes a que le sea garantizada la vida familiar y el artículo 43 del Estatuto del Niño y el Adolescente a partir del cual la adopción sólo debe ser otorgada cuando se presenten ventajas reales y se base en motivos legítimos.

b. Examen de fondo

El STJ dispone que de acuerdo a los estudios científicos “el hecho de que los menores sean adoptados por parejas homosexuales no constituye una desventaja para ellos, pues, lo más importante es el vínculo el afecto y el ambiente familiar que le sean brindados”³⁹⁴ y en este sentido, “la familia es merecedora de protección del Estado, así sea conformada por personas del mismo sexo, y si de ambas intervinientes se predica la duración, la publicidad y la intención de continuar con la familia, nada impide la posibilidad de la adopción”.³⁹⁵

³⁹⁴ Tribunal Superior de Justicia Recurso N° 889.852- RS(2006/0209137-4), En: VALENCIA y ORDOÑEZ. Op. Cit., p. 267.

³⁹⁵ Ibidem.

Bajo estos presupuestos, la negativa a la adopción basada en la imposibilidad de registrar dos nombres femeninos en el certificado de nacimiento resulta contrario a la protección de los derechos de los niños, mientras que a través de la adopción, estos tendrán garantías como inclusión en el seguro de salud, acceso a educación y derechos herenciales, enfatizando además el STJ que el daño que podría provocarse a estos niños no reside en que sean adoptados por una pareja del mismo sexo “sino en que el niño de familias homoparentales se sintiera diferente, discriminado y además estigmatizado, [...] porque la misma ley de su país no considera a su familia de ese modo”.³⁹⁶

Concluye el STJ indicando finalmente que “la normatividad debe ser aplicada en el caso de parejas homosexuales, de forma idéntica a la empleada para las relaciones afectivas estables entre personas de diferente sexo, y con los efectos jurídicos que de ellas se derivan, evitando así la vulneración de los derechos fundamentales de las personas homosexuales”,³⁹⁷ y que por tanto “la orientación sexual no debe tratarse como un elemento de filtro para el acceso a la adopción”.³⁹⁸

³⁹⁶ Ibid, p. 268.

³⁹⁷ Ibidem.

³⁹⁸ Ibid, p. 269.

3.3.4. Chile: El caso de Alexandra Benado y Alejandra Gallo³⁹⁹

Alexandra Benado y Alejandra Gallo, una pareja de mujeres lesbianas, decidió en 2009 realizar un proceso de fertilización asistida, producto del cual nacieron mellizos en 2010.

Al ser efectuada la inscripción de los niños, expresaron la intención de ser reconocidas ambas como madres, pero, en marzo de 2013, el Registro Civil deniega tal inscripción en razón de la norma del artículo 182 del Código Civil, ante lo cual la pareja interpuso un recurso de protección, argumentando la arbitrariedad de la resolución del Servicio de Registro Civil, y la afectación de sus derechos a la igualdad y no discriminación, respeto y protección de la vida privada y de la honra de la persona y su familia, la integridad física y derechos de los niños.

La Corte de Apelaciones de Santiago declaró inadmisible el recurso, fundamentando su resolución en que a través de aquél se pretendía cambiar la legislación sobre filiación, ante lo cual se interpuso un recurso de reposición ante la misma Corte, el que fue rechazado, y finalmente un recurso de queja ante la Corte Suprema, que también fue rechazado.

Habiendo agotado todos los recursos internos, la pareja decide entablar una denuncia ante el Sistema Interamericano, presentándola ante la CIDH en diciembre de 2013, alegando que se ha violado los derechos a la igualdad y no discriminación, el derecho a la intimidad, vida privada y familiar, las garantías judiciales, el acceso a la justicia.

³⁹⁹ ÁLVAREZ J., y VIAL T. 2014. Homoparentalidad en Chile y derechos humanos. En: CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UDP, Facultad de Derecho, Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2014. Santiago de Chile, Ediciones Universidad Diego Portales. Pp. 490-491.

A septiembre de 2014, aún estaba pendiente la resolución de admisibilidad por parte de la CIDH.

3.3.5. Conclusiones parciales

En su resolución T-290 de 1995, la Corte Constitucional de Colombia, pese a resolver que el demandante no estaba en condiciones de adoptar a la niña que vivía con él, sostiene, de igual forma, que Colombia es un Estado pluralista y protector de la diversidad, en donde no existe un único tipo familiar digno de protección.

Sin embargo, la sentencia de mayoría no se pronuncia respecto a la discriminación por orientación sexual, pese a que tal fue la hipótesis planteada por el demandante.

Al respecto, el voto de aclaración de la sentencia sostiene que es relevante abordar la discriminación por orientación sexual, de modo que, negar a una persona la posibilidad de adoptar un niño o niña por la sola razón de ser homosexual, constituye un acto discriminatorio contrario a la Constitución.

Por otra parte, en su sentencia C- 810- 2001, la Corte Constitucional resuelve, ahora respecto de la adopción conjunta, que no se da la identidad de hipótesis entre las parejas heterosexuales que viven en unión libre y desean adoptar, y las parejas homosexuales que desean adoptar y viven en la misma situación, de modo que el legislador no se encuentra en la obligación de brindar igualdad de trato a ambos grupos.

Al respecto la Corte señala, que para el legislador no es indiferente el tipo de familia en que se inserta un niño o niña, pues, incluso en la adopción se pretende proteger el tipo de familia que la Constitución reconoce y protege, la que no se corresponde con

las relaciones entre parejas del mismo sexo, y por tanto, no se estaría discriminando a las parejas LGBTI, pues, el artículo en cuestión, sólo está referido a la adopción y no estaría obstaculizando la constitución de familia como tal.

Agrega la Corte, que existiría un conflicto entre el derecho a la igualdad y a libre desarrollo de la personalidad de las personas homosexuales, y el derecho de los niños y niñas a ser parte de la familia constitucionalmente protegida, tensión que es resuelta por el interés prevalente de los derechos de los niños.

Sin embargo, el voto de salvamento de esta resolución, sostiene que la restricción legal y abstracta que limita la adopción sólo a parejas heterosexuales, no protege -a fin de cuentas- el interés superior de niños y niñas, pues, su constatación debiese ser caso a caso, y además, es discriminatoria y atenta contra la autonomía personal de las personas y parejas homosexuales, siendo contraria a los principios del pluralismo y dignidad humanas.

En su sentencia T-276- 2012, la Corte Constitucional señala que no se comprobó la existencia de un daño a la salud emocional de los niños adoptados por un ciudadano estadounidense que reconoció su homosexualidad, y además, aunque ese daño se hubiese comprobado, no existía tampoco relación causal entre éste y la orientación sexual del adoptante.

Sin embargo, y pese a que la Corte tuvo una oportunidad inmejorable de pronunciarse respecto a la discriminación por orientación sexual respecto a la adopción individual de niños y niñas, no lo hizo.

Una vez más, el salvamento al voto de mayoría recoge este argumento, señalando que un trato desigual hacia personas con orientaciones sexuales diversas, desconoce el principio de igualdad, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, y el derecho a

la intimidad, pues, cada persona, como sujeto libre, tiene la potestad de definir su propio proyecto de vida, de manera que la Corte, restringe la protección en razón de la orientación sexual a un ámbito puramente individual, privando a las personas homosexuales de instrumentos que les permita desarrollarse como familia o persona.

Por otra parte, en su sentencia SU-617-14, la Corte Constitucional favorece a las requirentes, dada la imposibilidad legal de adoptar por parte de la pareja lesbiana de una mujer, a la hija biológica de ésta.

De esta manera, la Corte modifica su jurisprudencia respecto a lo pronunciado en 2001 – aunque esta vez referido a la adopción por integración, vale decir, existiendo un vínculo biológico entre la madre no adoptante y la niña que pretende ser adoptada por su pareja-, sosteniendo que al excluir la posibilidad de adopción a una pareja, con fundamento en su orientación sexual, se vulnera el derecho de todos ellos a la vida familiar y a tener una familia, de manera que ya no vincula la adopción a un concepto de familia constitucionalmente protegido, sino que, por el contrario, reconoce la existencia de una familia digna de protección pese a la orientación sexual de la pareja que la conforma.

En esta ocasión, nuevamente el voto de salvamento enfatiza en la necesidad de pronunciarse respecto a la discriminación por orientación sexual, y lo hace, esta vez, desligando a la adopción de la finalidad de sustituir vínculos filiativos biológicos, indicando que además, es legítimo sostener que las personas pueden pretender crear, a través de la adopción, vínculos que no tienen por naturaleza, rescatando que la legislación y la jurisprudencia han avanzado sustancialmente en la eliminación de la discriminación por orientación sexual. A este respecto, la Corte destaca que el interés prevalente de niños y niñas a tener una familia, no es incompatible con la

consideración de la discriminación sufrida por parejas del mismo sexo, al momento en que la denegación de la posibilidad de adoptar recae en la orientación sexual de éstas, diferencia de trato que no es admisible constitucionalmente, y que obstaculiza la búsqueda de instrumentos para la conformación de la familia.

En esta misma línea encontramos a la resolución de la acción de inconstitucionalidad 2/2010 emitida por la Suprema Corte Nacional de Justicia de México, en donde sostiene que es contrario a la Constitución y los derechos fundamentales consagrados en ella, excluir de la posibilidad de adopción a las parejas del mismo sexo, únicamente por razones de su orientación sexual.

El Tribunal Superior de Justicia de Brasil, por su parte, confirma la resolución emitida por el tribunal de instancia, que concede la adopción de dos hermanos a la pareja permanente del mismo sexo de la madre de estos, sosteniendo que el hecho de que los niños sean adoptados por parejas homosexuales no constituye una desventaja para ellos, de modo que esta familia es merecedora de protección al igual aquellas conformadas por parejas de distinto sexo. Una respuesta distinta sí implicaría una vulneración de derechos para estos, al ser discriminados y estigmatizados por la legislación de su propio Estado.

Señala además el Tribunal, que la normatividad que se aplica a las parejas heterosexuales estables, debe aplicarse de igual forma a las parejas homosexuales, y con los efectos jurídicos que de esta se derivan, de modo que la orientación sexual no debe constituirse en un elemento de filtro para acceder a la adopción.

4. Conclusiones

Después de este diverso análisis jurisprudencial que incluye resoluciones del sistema europeo e interamericano, cabe hacer presente que existe una marcada diferencia entre los distintos criterios jurisprudenciales revisados, lo que denota el fuerte componente sociopolítico que incide en materia de adopción por personas y parejas LGBTI.

La jurisprudencia del TEDH es actualmente la más avanzada en este tema, tanto por la diversidad de casos, como por la incidencia que ha tenido en los países europeos respecto a reformas legales reconocedoras de los derechos de personas LGBTI.

Particularmente, respecto al tema que nos convoca, la jurisprudencia referida a adopción es parte de una evolución histórica de la jurisprudencia referida a orientación sexual, de la cual constituye su avance más reciente, y que va desde la despenalización de las relaciones homoafectivas, hasta la penalización de la homofobia.

Dentro de este transcurso histórico, el reconocimiento de las uniones homoafectivas como relaciones familiares, se da recientemente el año 2010 en el caso *Schalk and Kopf vs. Austria*, desde allí, tal reconocimiento ha sido continuo, al menos en los casos *Gas & Dubois vs. Francia* y *X y otros vs. Austria*. Así se reconocía también en *Salgueiro Da Silva Mouta vs. Portugal*, desde mucho antes, pero no respecto de una relación homoafectiva, sino respecto del vínculo biológico que unía a un padre homosexual con su hija pequeña.

A este respecto, el TEDH ha marcado una diferencia clara entre los casos de

adopción/ cuidado personal, en que existe vínculo biológico entre un padre o madre y su hijo o hija, y aquellos casos en que tal vínculo no existe, como sucede en Fretté y E.B. vs. Francia.

De esta manera, en los primeros casos, se reconoció la existencia de un núcleo familiar de facto que debe protegerse, lo que no siempre significó un resultado favorable al asunto sobre adopción, y el ejemplo más claro se retrata en el caso Gas & Dubois.

En los casos de adopción individual, las resoluciones son dispares y las circunstancias de hecho muy semejantes, lo que a simple vista se explica por la evolución sociopolítica y técnica que tuvo lugar dentro de los seis años de diferencia que media entre uno y otro caso.

No obstante ello, existían antecedentes concretos para un fallo favorable a la petición del Señor Fretté, a saber, la acreditación de su idoneidad parental y la constatación de que un Estado no puede discriminar en base a la orientación sexual, a efectos de conceder o denegar la autorización para adoptar, una vez que ya ha reconocido legalmente la adopción por persona individual, de otra manera –al igual que en E.B- existiría una injerencia arbitraria en la vida privada del afectado, que vulneraría además su derecho a determinar la propia personalidad y a establecer vínculos familiares o de afecto según tal determinación.

En Gas & Dubois, aun tratándose de un caso de adopción por integración, existiendo un vínculo biológico entre un hijo y su madre que convivía con otra mujer, el fallo desfavorable es aún más inverosímil.

La circunstancia que une a los casos de Fretté y Gas & Dubois, es la consideración del margen de apreciación que se concede a los Estados en temas como la adopción,

aunque con una diferencia de enfoque, pues, en el caso Fretté no existía obstáculo legal alguno para autorizarlo a adoptar, lo que sí ocurría en Gas & Dubois, pues la adopción por integración no estaba permitida a parejas del mismo sexo. En Fretté, el argumento final fue la inexistencia de consensos respecto a este tipo de adopciones, mientras que en Gas & Dubois, el TEDH determinó que el propio Estado debía definir qué tratamiento otorgaba a las parejas no casadas respecto al tema de adopción, pese a reconocer que tal margen de apreciación se encuentra limitado frente a la discriminación por orientación sexual.

Esta última constatación fue utilizada asimismo en el caso X y otros vs. Austria, para argumentar que el Estado no puede denegar la posibilidad de adopción del hijo de una mujer lesbiana por parte de su pareja, en circunstancias de que sí lo permite a las parejas de hecho heterosexuales, en este caso, el margen de apreciación se vio efectivamente limitado ante la discriminación por orientación sexual.

Tanto en Salgueiro Da Silva Mouta, como en E.B y X y otros –todos con resultados favorables al cuidado personal y a la adopción- el Tribunal constató la existencia de discriminación en función de la orientación sexual de los afectados –pese a que en todos los casos analizados en el capítulo, el TEDH afirmó la existencia de circunstancias analizables bajo esta categoría sospechosa de discriminación-. Tal discriminación por orientación sexual, fue considerada, a su vez, una injerencia arbitraria en la vida privada familiar, de modo que afectaba la determinación de la personalidad y las relaciones de afecto que cada persona tiene derecho de establecer, salvo en el caso de E.B., que al ser un caso en donde no existía vínculo entre la demandante y un eventual adoptado, no fue considerado en un contexto de familia.

En el ámbito Interamericano, la resolución del caso Atala versus Chile, constituye

quizás el fallo más completo que se ha pronunciado respecto a maternidad lésbica (inclusa la paternidad gay), pese a tratarse de un caso de cuidado personal y no de adopción.

En sus respectivas resoluciones, tanto la Comisión como la Corte Interamericanas, enfatizan en que la diferencia de trato injustificada respecto de una madre o un padre por ser lesbiana u homosexual, cuestionando su desempeño como tal, responde a un prejuicio y a una perspectiva estereotipada de las personas LGBTI, y que se enmarca en la discriminación estructural histórica que afecta a este grupo de personas. La Corte sostiene, al igual que el TEDH, que esta diferencia de trato vulnera el derecho a la vida privada, que protege la orientación sexual y el derecho a establecer relaciones familiares, de acuerdo a los proyectos de vida que son propios.

En función de lo dicho, se sostiene en el caso Atala que la orientación sexual de padres o madres no representa una causal de peligro o daño a la salud y derechos de sus hijos e hijas, y que a su vez, no existe confrontación entre la orientación lésbica u homosexual de los padres y el interés superior de sus hijos e hijas, no pudiendo utilizarse el resguardo de tal interés como un fin legítimo a efectos de discriminar a estas madres y padres por su orientación sexual, ni mucho menos para validar tal discriminación, sosteniendo que tales niños serán estigmatizados socialmente, al pertenecer a estos núcleos familiares.

A este respecto, la Corte IDH es clara al sostener que en el ámbito del Sistema Interamericano no existe un tipo único de familia merecedor de protección, por el contrario, existe un concepto amplio y diverso de ésta, que en aras del pluralismo, la democracia, y la dignidad, son igualmente merecedoras de protección en el ámbito de sus derechos.

Respecto a las jurisdicciones nacionales, la situación cambia de enfoque, pues, si bien existen resoluciones respecto a adopción por personas y parejas LGBTI, el pronunciamiento respecto a la discriminación por orientación sexual ha quedado oculto, tras el interés superior de los niños, y el debate sobre el concepto de familia.

En la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, esta tendencia se refleja en gran medida, pues, si bien en un principio reconoce que las personas no pueden ser discriminadas en razón de su orientación sexual, el año 2001 revierte esta postura de forma determinante, al resolver que la Constitución de Colombia contiene un concepto de familia que se corresponde con la unión de pareja entre personas heterosexuales, y que por tanto, es el único protegido por el sistema jurídico, desconociendo que la exclusión de las parejas homosexuales del ámbito de la adopción de niños y niñas constituya discriminación, y agregando incluso que tal solución jurídica es la única conteste al interés superior de niños y niñas.

Sólo en el año 2011, la Corte Constitucional reconocerá que no existe relación causal entre la homosexualidad de un padre o madre, y los “eventuales riesgos” que ello podría significar para los derechos y la salud de niños y niñas que son adoptados, mientras reconocerá a su vez en 2014, que la denegación de la posibilidad de adoptar por parte de la pareja de la madre o padre homosexual, importa una violación al derecho a la vida familiar y a tener una familia.

Los votos de salvamento, en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, significan una fuente importante de reconocimiento de la discriminación por orientación sexual en el ámbito de la adopción, y en ellos, fue transversal la crítica a los votos de mayoría al no pronunciarse respecto a este tema, ni a la afectación de derechos que significaba en el ámbito de la vida privada, la determinación de la personalidad, y el

establecimiento de relaciones de familia.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Brasil, tuvo importante fundamentación en el interés superior de niños y niñas, en orden a confirmar una vez más que la adopción de estos por padres o madres homosexuales, no implica per se un daño a sus derechos y ni a su salud, destacando que tal reconocimiento, se inserta en un ejercicio jurisprudencial de reconocimiento de las uniones homoafectivas como relaciones familiares, que propenden a este interés superior, y que no deben ser estigmatizadas socialmente.

CAPÍTULO V: Derecho comparado y responsabilidad internacional del Estado de Chile

1. Introducción

En el último capítulo de esta memoria, se realizará un breve análisis de las legislaciones que han aprobado reformas sobre adopción de niños y niñas, que incluyen la apertura de esta posibilidad a parejas LGBTI, haciendo énfasis en las reformas de España, México y Argentina, y rescatando las diferencias de matices que se han dado entre ellas.

Por otra parte, se recogerán los elementos que nuestro Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha hecho parte de su normativa y jurisprudencia, respecto a la orientación sexual y la paternidad/maternidad gay/lésbica, y que –como ha quedado demostrado en el capítulo anterior- son parte también del derecho internacional, sobretodo en el ámbito de la Comunidad Europea, con el objetivo de demostrar que nuestro Sistema Interamericano, -al cual Chile pertenece y se encuentra obligado internacionalmente- ha construido –aunque de forma incipiente- un conjunto de normas y jurisprudencia favorable al reconocimiento de la discriminación estructural que afecta a personas y parejas LGBTI.

En este contexto, el caso de Karen Atala e hijas versus Chile es central para comprender la relación existente entre: derecho a la vida privada y orientación sexual, incluyendo el derecho a la determinación de la personalidad y el derecho a fundar una familia en razón de ello.

Bajo estos presupuestos, se desarrollará un análisis sobre cómo es recogido el derecho internacional en nuestro sistema jurídico, a efectos de establecer la responsabilidad internacional del Estado chileno, respecto a la situación de desigualdad y vulneración de derechos provocada por la exclusión de parejas LGBTI de la ley de adopción, proponiendo finalmente una alternativa de solución legal, que a nuestro parecer, es la que de mejor forma resguarda los derechos de estas familias.

2. Legislaciones en otros países

Según el estudio de Marisa HERRERA -ya citado anteriormente-, al año 2010 “del total de 10 países que permiten el matrimonio igualitario, que son, en orden ascendente: Holanda, Bélgica, Canadá, España, Sudáfrica, Noruega, Suecia, Portugal, Islandia y Argentina, sólo la ley portuguesa excluye la adopción”,⁴⁰⁰ situación que fue subsanada el año 2013.

Del mismo modo, la legislación belga al extender la figura del matrimonio a las parejas del mismo sexo el año 2003, excluía tanto la adopción conjunta como la de integración, restricción que fue sorteada por una ley posterior de año 2006.

Por otra parte, encontramos las legislaciones que habilitan la adopción a las parejas convivientes del mismo sexo, que pertenecen al derecho europeo, y que son “producto típico de los partidos social demócratas del norte de Europa, en alianza con las organizaciones homosexuales”,⁴⁰¹ sin embargo, varias de estas democracias

⁴⁰⁰ HERRERA, M. 2010. Op. Cit. p.198.

⁴⁰¹ MOLINER, R. 2006. El matrimonio de personas del mismo sexo en el derecho comparado.

“comenzaron prohibiendo la adopción y después modificando esta postura restrictiva”.⁴⁰²

Dentro de este grupo encontramos las legislaciones de Dinamarca, que en su reforma de 1999 a la ley *The Danish Registered Partnership Act*, habilitó la adopción por parte de un conviviente, de los hijos del otro miembro de la pareja; Suecia, que permitió la adopción a partir de la reforma de 2003 a la *Registered Partnerships Act*; y Holanda, en donde a partir de su reforma de 2001, se autoriza la adopción de integración y la adopción conjunta.

2.1. España

Abordar la temática de la adopción homoparental en España resulta complejo, debido a que se hace necesario comprender primero el desarrollo legislativo que a este respecto han llevado a cabo las comunidades autónomas que regulan las uniones de hecho, y entre ellas distinguir las que permiten adopción. Entre las que sí lo hacían, encontramos las leyes de parejas estables de Navarra (2000), del País Vasco (2003), de Euzkadi (2003) y de Aragón (2004). Cabe a este respecto señalar que con anterioridad a la reforma operada por la Ley 13/ 2005, el Código Civil no permitía la adopción de niños y niñas por parejas homosexuales, situación que fue revertida en parte por las legislaciones autonómicas, y ya totalmente a través de la reforma de ley 13/ 2005 ya mencionada.

En: CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. ESCUELA JUDICIAL. Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo. Madrid. p. 228.

⁴⁰² HERRERA, M. Op. Cit., p. 200.

Por su parte, la ley Catalana de Uniones Estables de Parejas de 1998, restringía al ámbito de las parejas heterosexuales la posibilidad de adopción conjunta, excluyendo a las parejas del mismo sexo.

Esta normativa fue derogada por la ley 3/2005, de 8 de abril, enfatizando en su preámbulo las razones de cambio en materia de adopción conjunta por parejas del mismo sexo, señalando que [...] la presente ley da un paso adelante y elimina dicha restricción legal a la adopción por parejas homosexuales, en el marco de lo que dispone la Resolución del Parlamento Europeo de 4 de septiembre de 2003, sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea, la cual reitera en este punto la Resolución de 8 de febrero de 1994, sobre la igualdad de los derechos de los gays y las lesbianas en la Comunidad Europea, que insta a los estados miembros a velar por la aplicación del principio de igualdad de trato, con independencia de la orientación sexual de las personas interesadas, en todas las disposiciones jurídicas y administrativas”.⁴⁰³

La ley 13/2005 de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, vino a modificar parcialmente el régimen jurídico de la adopción.

El preámbulo de esta ley, reconoce que “la historia evidencia una larga trayectoria de discriminación basada en la orientación sexual, discriminación que el legislador ha decidido remover. El establecimiento de un marco de realización personal que permita

⁴⁰³ ESPAÑA. Comunidad Autónoma de Cataluña. 2005. Ley 3/2005, de 8 de abril, de modificación de la Ley 9/1998, del Código de Familia, de la Ley 10/1998, de uniones estables de pareja, y de la Ley 40/1991, del Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña, en materia de adopción y tutela. 10 de mayo de 2005. [En línea]. <http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2005-7536> [Consulta: 6 marzo 2015].

que aquellos que libremente adoptan una opción sexual y afectiva por personas de su mismo sexo puedan desarrollar su personalidad y sus derechos en condiciones de igualdad se ha convertido en exigencia de los ciudadanos de nuestro tiempo, una exigencia a la que esta ley trata de dar respuesta”,⁴⁰⁴ consignando además que el reconocimiento de la igualdad efectiva involucra además los derechos de libre desarrollo de la personalidad, preservación de la libertad (en lo que a las formas de convivencia se refiere), y la instauración de un marco de igualdad real en el disfrute de los derechos sin discriminación alguna.

En consecuencia, los efectos del matrimonio, que se mantienen en su integridad respetando la configuración objetiva de la institución, serán únicos en todos los ámbitos con independencia del sexo de los contrayentes; entre otros, tanto los referidos a derechos y prestaciones sociales “como la posibilidad de ser parte en procedimientos de adopción”.⁴⁰⁵

Asimismo, se ha procedido a una imprescindible adaptación terminológica de los distintos artículos del Código Civil que se refieren o traen causa del matrimonio, así como de una serie de normas del mismo Código que contienen referencias explícitas al sexo de sus integrantes, y en este sentido las referencias a marido y mujer se han sustituido por la mención de “los cónyuges”, entendiéndose por ello la de persona casada con otra con independencia de la igualdad o diferencia de sexo.

Así, la reforma de ley 13/2005 dispone en su artículo 175.4 que:

⁴⁰⁴ ESPAÑA. Jefatura del Estado. 2005. Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, Preámbulo. 2 de julio de 2005. [En línea]. <<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2005-11364>> [Consulta: 6 marzo 2015].

⁴⁰⁵ Ibidem.

“Nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges. El matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permite al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte. En caso de muerte del adoptante, o cuando el adoptante sufra la exclusión prevista en el artículo 179, es posible una nueva adopción del adoptado”.⁴⁰⁶

Por su parte, dispone el artículo 178. 2 que:

“Por excepción subsistirán los vínculos jurídicos con la familia del progenitor que, según el caso, corresponda: 1. ° Cuando el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante, aunque el consorte hubiere fallecido. 2. ° Cuando sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado, siempre que tal efecto hubiere sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el progenitor cuyo vínculo haya de persistir”.⁴⁰⁷

En lo que respecta al artículo 175. 4, la disposición reformada extiende a los matrimonios homosexuales la posibilidad de adoptar no sólo en forma conjunta, sino también sucesivamente (o por integración) -vale decir, de una niña o un niño que es hija o hijo adoptivo o biológico de uno de los cónyuges-.

⁴⁰⁶ Ibid, Artículo 175.4.

⁴⁰⁷ Ibid, Artículo 178.2.

En cuanto al artículo 178.2, la reforma ha eliminado de su inciso segundo la frase que exigía que el adoptante fuese una persona de distinto sexo, que figuraba en la versión de la ley 21/1987, de manera que se ha suprimido el obstáculo legal, que para el conviviente no casado de un adoptante, suponía el requisito de la heterosexualidad que el precepto exigía para poder adoptar al hijo adoptivo del otro miembro de la pareja, reconociendo a estos efectos que la pareja homosexual pueda adoptar al hijo o hija de su pareja.

No está demás mencionar que en su momento, esta reforma fue objeto de recurso de inconstitucionalidad por supuesta violación de preceptos que involucran la protección de la familia y la protección integral de los hijos y de los niños, recurso que por cierto fue denegado.

2.2. México

En México la adopción por parejas del mismo sexo no se encuentra regulada expresamente en la legislación civil o familiar, pues, se deriva del reconocimiento del matrimonio o concubinato de parejas del mismo sexo, si bien en la mayoría de las entidades federativas se acepta la adopción por solteros.

El Distrito Federal de México sancionó el 21 de diciembre de 2009 la ley que reconoce el matrimonio con independencia de la orientación sexual de sus integrantes, reconocimiento que se desarrolla en el marco de una reforma integral de algunas normas del Código Civil y del Código Procesal Civil para el Distrito Federal.

Particularmente en materia de adopción, se reforma el artículo 391 que en la actualidad prevé lo siguiente:

“Artículo 391. Los cónyuges o concubinos podrán adoptar, cuando los dos estén conformes en considerar al adoptado como hijo y aunque sólo uno de ellos cumpla el requisito de la edad a que se refiere el artículo anterior, pero siempre y cuando la diferencia de edad entre cualquiera de los adoptantes y el adoptado sea de diecisiete años de edad cuando menos. Se deberán acreditar además, los requisitos previstos en las facciones del artículo anterior”.⁴⁰⁸

Al reconocerse el matrimonio y concubinato entre personas del mismo sexo, se amplía la posibilidad para que estas parejas pudieran adoptar, ya que anteriormente las únicas parejas que como tales podían acceder a una adopción eran las integradas por hombre y mujer, limitando la posibilidad de adopción solamente a la adopción unilateral, en aquellos casos en que las parejas fuesen del mismo sexo.

Si bien en las demás entidades de México no se contempla el matrimonio, el concubinato, ni la adopción por parte de parejas integradas por personas del mismo sexo, el Criterio emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, viene a dejar de lado lo establecido en los ordenamientos de los Estados, disponiendo que “[...] los actos de estado civil que se encuentran ajustados a las leyes de un Estado tendrán validez en los otros, implica el reconocimiento pleno de que todo acto del estado civil que se lleve a cabo cumpliendo con las formalidades contenidas en la ley de una

⁴⁰⁸ MÉXICO. 2009. Decreto por el que se reforman diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal y del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. 29 de Diciembre de 2009. [En línea] <<http://metrobus.df.gob.mx/transparencia/documentos/art14//decreto%20codigo%20procedimientos%20civil.pdf>> [Consulta: 6 marzo 2015].

entidad, será válido en las demás, aun cuando no guarde correspondencia con su propia legislación. En tal sentido, es el propio artículo 121 constitucional el que, en aras de salvaguardar el federalismo y la seguridad jurídica de los gobernados, prevé el deber constitucional para los demás Estados de otorgar dicho reconocimiento”.⁴⁰⁹

En virtud de esta tesis jurisprudencial, se conmina a que en el resto de las entidades federativas se les brinde plenos derechos a las uniones de parejas formadas por personas del mismo sexo, con lo cual estas parejas tienen aptitud legal para solicitar la adopción de un niño o una niña en cualquier entidad de México.

Sin lugar a dudas, el planteamiento de esta tesis no estará exento del debate que se ha generado en los países que han legislado sobre adopción por parejas LGBTI.

2.3. Argentina

Argentina sancionó con fecha 15 de julio de 2010, la ley 26. 618, que extiende la institución del matrimonio civil a las parejas del mismo sexo.

Con esta modificación a la ley civil, la que tiene alcance nacional, se reconoce – entre otras instituciones- la posibilidad de que las parejas del mismo sexo puedan adoptar de forma conjunta, pues, la adopción individual, está permitida a toda persona sin distinciones respecto a la orientación sexual de quién adopta.

De esta manera, el artículo 312 de la ley N° 24. 779, que incorpora al Código Civil

⁴⁰⁹ Tesis [JC] 12/2011. XXXIV P., Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, agosto de 2011, p. 875. Rubro: MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO EN EL DISTRITO FEDERAL. TIENE VALIDEZ EN OTRAS ENTIDADES FEDERATIVAS CONFORME AL ARTÍCULO 121 DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA (artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal, reformado mediante decreto publicado en la Gaceta Oficial de la entidad el 29 de diciembre de 2009). Suprema Corte de Justicia de la Nación. [En línea] <<http://www.ius.scjn.gob.mx>> [Consulta: 6 d marzo 2015].

un título sobre adopción, señala que: “Nadie puede ser adoptado por más de una persona simultáneamente, salvo que los adoptantes sean cónyuges”.

De esta manera, tras la reforma a la normativa matrimonial, las parejas del mismo sexo, casadas, tienen la posibilidad de adoptar de forma conjunta.

3. Igualdad, no discriminación y orientación sexual en el ámbito interamericano

3.1. Generalidades

La Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante “Convención”, “Convención Americana” o CADH) contiene en su artículo 1.1.,⁴¹⁰ una cláusula general que asegura la no discriminación y el deber de respetar y garantizar los derechos consagrados en ella, y una norma autónoma en su artículo 24,⁴¹¹ que asegura la igualdad ante la ley y la igual protección.

Cabe señalar a este respecto, que la exclusión de personas y parejas LGBTI tanto a través de la denegación de adopción por vías de hecho como también en el caso de la omisión de la ley de adopción que les impide adoptar, plantea cuestiones

⁴¹⁰ Convención Americana de Derechos Humanos, (CADH). San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1969 (suscrita). [En línea] <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm> [Consulta: 6 marzo 2015]. **Artículo 1.** Obligación de Respetar los Derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención 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, 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.

⁴¹¹ Ibid, CADH. Artículo 24. Igualdad ante la Ley. Todas las personas son **iguales ante la ley**. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

importantes en relación a ambos artículos -1.1. y 24- de la CADH, pues, se vulnera directamente derechos contenidos en la Convención como el derecho a la vida privada en su amplia acepción (artículo 11 protección a la honra y la dignidad), como respecto a la protección a la familia (artículo 17) contrariando el principio de igualdad y no discriminación en el ámbito de la orientación sexual (como otra condición social) del artículo 1.1., pero además, y en relación a esta misma categoría sospechosa, al referirnos a una ley interna como es la ley de adopción y a su aplicación por las autoridades y operadores de nuestro ordenamiento jurídico, genera cuestiones relevantes respecto de la igualdad ante la ley en los términos del artículo 24 de la Convención.

En este sentido, el establecimiento de una ley específica sobre adopción que no sea comprehensiva de todas las realidades familiares y afectivas dice directa relación con el no reconocimiento de la paternidad o maternidad LGBTI en su carácter de entidad familiar, lo que no sólo se demuestra en su omisión en la ley de adopción, sino que además en toda norma interna sobre derecho de familia, lo que finalmente se traduce en situaciones de desigualdad ante la ley en los términos del artículo 24 de la CADH.

Rodrigo UPRIMNY y Luz María SÁNCHEZ, sostienen a este respecto que: “debe entenderse que el concepto de discriminación que menciona el artículo 24 incluye los criterios prohibidos de distinción previstos en el artículo 1.1.”,⁴¹² dentro de los cuales se encuentra la orientación sexual como “otra condición social” –como ya se ha demostrado en el Capítulo IV y se reafirmará más adelante-. Por consiguiente, afirman

⁴¹² SÁNCHEZ, L. M. y UPRIMNY, R. 2015. Artículo 24. Igualdad ante la ley. En: STEINER, C. y URIBE, P. (Eds.) Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario. Chile. Fundación Konrad Adenauer, p. 600.

los autores, que la inclusión de los criterios prohibidos de distinción en el artículo 24 tiene dos consecuencias directas: la extensión de la prohibición de discriminación por tales criterios prevista en el artículo 1.1. respecto de los derechos reconocidos en la Convención a todos los derechos extraconvencionales y en general a todo ámbito normativo del derecho interno de los Estados y, por otra parte, la incorporación de un test de igualdad más estricto para evaluar las distinciones fundadas en las categorías sospechosas,⁴¹³ de modo que establecida la existencia de una diferencia de trato fundada en alguno de los criterios prohibidos de distinción como es la orientación sexual, “es al Estado al que corresponde probar que aquélla no constituye una discriminación, demostrando que la distinción obedece a una finalidad no sólo legítima, sino imperiosa; adecuada, necesaria, y estrictamente proporcional para lograr esa finalidad”.⁴¹⁴

Por otra parte, respecto a la obligación de respetar contenida en el artículo 1.1. de la CADH, ésta “exige que el Estado y sus agentes no violen los derechos humanos establecidos en la Convención”,⁴¹⁵ en tanto que la obligación de garantizar “exige al Estado emprender las acciones necesarias para asegurar que todas las personas sujetas a su jurisdicción estén en condiciones de ejercerlos y gozarlos”,⁴¹⁶ implicando el deber de organizar todo el aparato gubernamental, y todas las estructuras a través de

⁴¹³ Ibid, p. 602.

⁴¹⁴ Ibidem.

⁴¹⁵ MEDINA, C., y NASH. C. 2011. Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus mecanismos de protección. Edición preparada para los Diplomas de Postítulo que dicta el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile para la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEF). [En línea]. Santiago de Chile. p. 8. <<http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/79.pdf>> [Consulta: 4 de marzo de 2015].

⁴¹⁶ Ibidem.

las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público en función de aquello, y como consecuencia, el deber de prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención, procurar su restablecimiento y reparación.⁴¹⁷ De modo que el Estado se encuentra en obligación de asegurar la efectividad de un ejercicio pleno y libre de los derechos humanos más allá del plano normativo.

En el sentido indicado, la obligación de garantizar implica además el deber de remover obstáculos, aunque no emanen de las normas internas, sino que de la estructura social y de la cultura, y en el caso concreto de discriminación a las personas LGBTI, esta obligación se refiere a la remoción de “determinados patrones socioculturales o estereotipos asentados tanto en la sociedad como en las instituciones de los Estados, [que] puede impactar negativamente en el disfrute de los derechos humanos de ciertos grupos de la población”.⁴¹⁸

Como ya se ha señalado anteriormente, en la CADH no se prohíbe expresamente la discriminación por orientación sexual e identidad de género, por lo que ha sido la jurisprudencia de la Corte IDH y los organismos encargados de ejecutar los tratados internacionales respectivos, los que han especificado en qué casos, y qué se entiende por este tipo de discriminación.⁴¹⁹

⁴¹⁷ La Corte IDH analizó el alcance de esta obligación, con ocasión del caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Corte IDH, caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, párr. 166.

⁴¹⁸ MEDINA, C., y NASH. C., Op. Cit., p. 9.

⁴¹⁹ Así, la Observación General n° 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, señala que “[...] la discriminación basada en “otra condición social” exige un planteamiento flexible que incluya otras formas de trato diferencial que no puedan justificarse de forma razonable y objetiva y tengan un carácter comparable a los motivos expresos reconocidos en el artículo 2.2. Estos motivos adicionales se reconocen generalmente cuando reflejan la experiencia de grupos sociales vulnerables que han sido marginados en el pasado o que lo son en la actualidad”. [párr. 27]. Agregando luego en su párrafo 32 que “en cualquier otra condición social, tal y como se recoge en el artículo 2.2 del Pacto, se incluye la orientación sexual”. Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación General N° 20,

En este sentido, se confirma una vez más que la orientación sexual e identidad de género debe entenderse como una categoría sospechosa que se encuentra comprendida dentro de la discriminación fundada en cualquier “otra condición social”.

Por su parte, la Convención Interamericana Contra toda forma de Discriminación e Intolerancia, establece en su artículo 1, -al definir la discriminación y establecer su alcance-, que la discriminación puede estar basada entre otras categorías, en la orientación sexual e identidad y expresión de género.⁴²⁰ Cabe señalar que a la fecha - enero de 2015-, dicha Convención aún no ha sido ratificada por nuestro país.

La Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, viene expresando al menos desde el año 2008 su preocupación por la situación de los grupos LGBTI en la región, y en sus resoluciones insta a los Estados a condenar toda forma de discriminación por orientación sexual e identidad de género, y a tomar medidas, enfatizando en aquellas contra las situaciones de violencia.⁴²¹

E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009. “La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (Artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, párr. 27 y 32. [En línea] <http://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dch os%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN20> [Consulta: 6 marzo 2015].

⁴²⁰ Convención Interamericana Contra toda forma de Discriminación e Intolerancia, La Antigua, Guatemala, 5 de junio de 2013 (adoptada). Artículo 1. [En línea] <http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-69_discriminacion_intolerancia.asp> [Consulta: 6 marzo 2015].

⁴²¹ Así, en su resolución de 5 de junio de 2014, la Asamblea General resuelve “condenar todas las formas de discriminación contra personas por motivos de orientación sexual e identidad o expresión de género, e instar a los Estados dentro de los parámetros de las instituciones jurídicas de sus sistemas a que eliminen, allí donde existan, las barreras que enfrentan las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex (LGTBI) en el acceso equitativo a la participación política y otros ámbitos de la vida pública, así como evitar interferencias en su vida privada. AG/RES. 2863 (XLIV-O/14). 5 de junio de 2014. Derechos Humanos y Orientación Sexual e Identidad y Expresión de Género, párr. 1. [En línea] <<https://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/docs/AG-RES2863-XLIV-O-14esp.pdf>> [Consulta 5 marzo 2015]. En esta misma línea se ha pronunciado la Asamblea General en sus resoluciones

Los Principios de Yogyakarta, a su vez, definen orientación sexual como “[...] la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas”,⁴²² definición que ha sido recogida -entre otras- por un estudio realizado por la CIDH a petición de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, denominado “Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes”.⁴²³ En este informe, se deja constancia de qué se entiende por discriminación por orientación sexual, identidad o expresión de género, definiéndola como: “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia de una persona por estos motivos que tenga por objeto o por resultado -ya sea de jure o de facto- anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades, teniendo en cuenta las atribuciones que social y culturalmente se han construido en torno a dichas categorías”.⁴²⁴

En relación a la interpretación y aplicación de estos estándares, la CIDH y la Corte IDH, han sostenido que la orientación sexual y la identidad de género se encuentran comprendidas dentro de la frase “otra condición social” establecida en el artículo 1.1 de

AG/RES. 2807 (XLIII-O/13) de 2013, AG/RES. 2721 (XLII-O/12) de 2012 y AG/RES. 2653 (XLI-O/11) de 2011.

⁴²² Principios de Yogyakarta. Op. Cit. preámbulo.

⁴²³ CP/CAJP/INF. 166/12. 23 abril 2012. Orientación sexual; identidad de Género y expresión de género: Algunos términos y estándares relevantes. [En línea] <http://www.oas.org/dil/esp/CP-CAJP-INF_166-12_esp.pdf> [Consulta: 6 marzo 2015].

⁴²⁴ Ibid, párr. 27.

la Convención Americana de Derechos Humanos, y en consecuencia “toda diferencia de trato basada en la orientación sexual es sospechosa, se presume incompatible con la Convención Americana y el Estado se encuentra en la obligación de probar que la misma supera el examen especialmente estricto que se utiliza para medir la razonabilidad de una diferencia de trato”,⁴²⁵ pues, al interpretarse la expresión “cualquier otra condición social” debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano.

3.2. El Derecho a la vida privada

La Convención Americana en su artículo 11⁴²⁶ dispone:

Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.
3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

⁴²⁵ CIDH, Demanda ante la Corte IDH en el caso de Karen Atala e Hijas con el Estado de Chile, Caso 12.502, 17 de septiembre de 2010, párrs. 95, 105.

⁴²⁶ CADH. Op Cit., Artículo 11.

La CIDH ha sostenido que el derecho a la vida privada “abarca todas las esferas de la intimidad y autonomía de un individuo, incluyendo su personalidad, su identidad, sus decisiones sobre su vida sexual, sus relaciones personales y familiares”,⁴²⁷ y en este mismo sentido se ha pronunciado en el caso *Fernández Ortega y otros contra México* (2010), al sostener que “el concepto de vida privada es un término amplio no susceptible de definiciones exhaustivas, pero que comprende, entre otros ámbitos protegidos, la vida sexual y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos”.⁴²⁸

Por otra parte, en el caso *Artavia Murillo contra Costa Rica* (2012), en relación a la prohibición de sistemas de fertilización asistida, la Corte sostiene que “[...] la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Corte considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico”.⁴²⁹

En cuanto a la relación existente entre la orientación sexual y el derecho a la vida privada de las personas: “la orientación sexual constituye un componente fundamental de la vida privada de un individuo que debe estar libre de interferencias arbitrarias y abusivas por el ejercicio del poder público, en la ausencia de razones de mucho peso y convincentes. Existe un nexo claro entre la orientación sexual y el desarrollo de la identidad y plan de vida de un individuo, incluyendo su personalidad y sus relaciones

⁴²⁷ Ibid, párr. 111.

⁴²⁸ Corte IDH, *Caso Fernández Ortega y otros contra México*, 30 agosto 2010, párr. 129.

⁴²⁹ Corte IDH. *Caso Artavia Murillo contra Costa Rica*, 28 noviembre 2012, párr. 143.

con otros seres humanos. [...] La Comisión reitera que el derecho a la privacidad protege el derecho a determinar la propia identidad y a formar relaciones personales y familiares en base a esa identidad, aunque la misma no sea aceptada o tolerada por la mayoría”.⁴³⁰

3.3. El derecho a establecer una familia y concepto de familia

La CADH establece en su artículo 17⁴³¹

Artículo 17. Protección a la Familia

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

⁴³⁰ CIDH, Demanda ante la Corte IDH en el caso de Karen Atala e Hijas con el Estado de Chile, Op. Cit., párr. 111 y ss.

⁴³¹ CADH, Op. Cit., Artículo 17.

los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

Por su parte, tanto en la jurisprudencia de la Corte IDH, como en las decisiones de los órganos de tratados internacionales, se desprende que estos comprenden la familia como un concepto amplio no restringida a la familia matrimonial, ni tampoco a relaciones constituidas entre hombre y mujer.

Así por ejemplo, la Corte IDH, en el caso *Atala e hijas contra Chile*, rechaza la tesis de la Corte Suprema de nuestro país, que sostiene que los jueces de instancia habían preterido el derecho preferente de las niñas a vivir y desarrollarse en el seno de una familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social según el modelo tradicional que le es propio, a este respecto, la Corte IDH sostiene que “en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo “tradicional” de la misma”,⁴³² concluyendo la Corte que: “ello refleja una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la Convención al no existir un modelo específico de familia (la familia tradicional)”.⁴³³ A este respecto, el razonamiento de la Corte IDH, coincide

⁴³² Corte IDH, *Caso Atala e hijas contra Chile*, Op. Cit, párr. 142.

⁴³³ *Ibid*, párr. 144.

con lo resuelto por la Suprema Corte de Justicia de México en la acción de inconstitucionalidad 2/2010 -ya citada anteriormente-, al señalar que “[...] el reconocimiento jurídico de la existencia de familias homoparentales que existen, vía reproducción o adopción, no desatiende el interés superior del niño. Por el contrario, de dicho reconocimiento derivan una serie de derechos a favor del menor de edad y de obligaciones de quienes son sus padres, pues, es una realidad que dichas familias existen y, como tales, deben ser protegidas por el legislador: son tan respetables unas como otras”.⁴³⁴

El razonamiento de la Corte IDH es a su vez coincidente en este punto con la jurisprudencia del TEDH -ya analizada anteriormente-, específicamente en los casos *Salgueiro Da Silva Mouta contra Portugal* (párrs. 34 a 36), *Karner contra Austria* (párr 41), y *Schalk Kopf contra Austria* (párr 90), y en el ámbito específico de la adopción por parejas LGBTI, en los casos *Gas & Dubois vs. Francia* (párr. 37). , y *X y otros vs. Austria* (párrs. 92 a 97).

Bajo el mismo razonamiento, el Comité de Derechos del Niño, en su Observación General N° 7 sobre “Realización de los derechos del niño en la primera infancia”, sostiene que “[...] "familia" aquí se refiere a una variedad de estructuras que pueden ocuparse de la atención, el cuidado y el desarrollo de los niños pequeños y que incluyen a la familia nuclear, la familia ampliada y otras modalidades tradicionales y modernas de base comunitaria, siempre que sean acordes con los derechos y el

⁴³⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Acción de inconstitucionalidad A.I. 2/2010, Op. Cit., párr. 333.

interés superior del niño”,⁴³⁵ agregando luego, que “los modelos familiares son variables y cambiantes en muchas regiones”,⁴³⁶ y reconociendo finalmente, que “durante períodos de rápido cambio social, las prácticas tradicionales pueden ya no ser viables o pertinentes a las circunstancias de los padres y estilos de vida actuales, pero sin que haya transcurrido tiempo suficiente para que las nuevas prácticas se asimilen y las nuevas competencias parentales se entiendan y valoren”.⁴³⁷

Este último reconocimiento es relevante, pues, enfatiza en el hecho de que los cambios sociales, frente a prácticas tradicionales en relación a las competencias parentales y estilos de vida de padres y madres, toman una cantidad de tiempo importante antes de que logren visibilizarse y ser valoradas por la sociedad como parte de ella.

En conclusión, según lo revisado en este apartado, podemos afirmar que en el Sistema Interamericano, al igual que en Sistema Europeo, se ha recogido la doctrina ya consolidada de la orientación sexual como categoría sospechosa de discriminación –tanto en instrumentos internacionales como a nivel jurisprudencial- .

De igual forma, la CADH garantiza el derecho a la vida privada, y en función de ello, no son admisibles injerencias arbitrarias por parte del Estado en ámbitos como las relaciones familiares y de afecto que cada uno puede construir de acuerdo a sus propios proyectos de vida, de modo que toda persona, independiente de su orientación

⁴³⁵ Comité de Derechos del Niño, CRC/C/GC/7/Rev.1, 20 de septiembre de 2006. Realización de los derechos del niño en la primera infancia, párr. 15. [En línea] <<http://www1.umn.edu/humanrts/crc/spanish/Sgeneralcomment7.htm>> [Consulta: 6 marzo 2015].

⁴³⁶ Ibid, párr. 19.

⁴³⁷ Ibidem.

sexual, tiene el derecho de constituir relaciones afectivas, familiares, incluso filiativas, sin que el Estado restrinja esa posibilidad en los hechos. De hacerlo, deberá fundar su intromisión en motivos de relevancia superior, de modo que tales injerencias puedan sortear el examen estricto de proporcionalidad.

El argumento de que a nivel interamericano no existe un concepto tradicional de familia, sino más bien un concepto abierto en el cual confluye una diversidad de configuraciones familiares, viene a reforzar la idea anteriormente expuesta, asentando además que todo tipo de familia es digna de protección en igualdad de condiciones ante la ley.

De esta manera, la normativa sobre adopción, al ser también un mecanismo que proporciona a las personas la posibilidad de tener hijos – y con ello no quiero negar que sea además un medio de protección de niños y niñas-, no debiese estar sujeto a condición alguna que implícita o explícitamente excluya a las personas o parejas considerando su orientación sexual.

Sostener una argumentación distinta, importaría consagrar formalmente que las personas no pueden ser discriminadas por orientación sexual en el ámbito de sus vidas privadas, incumpliendo, por otra parte, la obligación de garantizar a través de todos los medios legales, que tal consagración sea efectiva en los hechos.

4. Responsabilidad internacional del Estado de Chile ante la exclusión de parejas LGBTI de la ley de adopción

4.1. Solución propuesta, y aplicación del principio de proporcionalidad

Desde la perspectiva legal, es posible visualizar dos soluciones distintas a las situaciones de desigualdad en el ámbito de la adopción por personas y parejas LGBTI. La primera, consiste en la reforma y establecimiento de la institución del matrimonio en condiciones de igualdad tanto para parejas homosexuales como heterosexuales, de modo que a través de la institución matrimonial, cualquier pareja pueda acceder a la adopción -ya sea conjuntamente, o por integración- sin consideraciones respecto a la orientación sexual de éstas.

La segunda, consiste en reformar la ley de adopción para permitir que las parejas de hecho, sin distinciones respecto a la orientación sexual, puedan acceder a todas las formas de adopción y en igualdad de condiciones que las parejas casadas.

Al respecto, cabe sostener que la primera alternativa es más compleja que la segunda, pese a que ambas plantean cuestiones referidas a prejuicios y estereotipos respecto a las parejas y personas LGBTI. No obstante, en el primer supuesto jurídico, la solución implica resolver, previamente a la cuestión de la adopción, la situación sobre el acceso igualitario al matrimonio, situación que no encuentra opiniones unánimes en el ámbito de la doctrina, en la política y ni en la legislatura. En este sentido, si bien, podría afirmarse que superado el debate sobre el matrimonio igualitario, el tema de la adopción podría quedar resuelto -puesto que las parejas LGBTI tendrían calidad de cónyuges-, es necesario considerar, como aseveran Claudio

NASH y Constanza NÚÑEZ, que “gran parte de la resistencia al matrimonio entre personas del mismo sexo se debe -precisamente- a los temores que generan en un sector de la opinión pública, las posibles consecuencias del cuidado homoparental”.⁴³⁸

En efecto, en el supuesto de que la institución matrimonial fuese accesible en condiciones de igualdad para las parejas LGBTI, lo cierto es que estos “temores”, podrían significar -incluso- la legalización del matrimonio por parte de parejas del mismo sexo, o el establecimiento de otras instituciones semejantes al matrimonio, pero, sin poder acceder a la adopción, como recientemente ha sucedido con la aprobación del acuerdo de unión civil.

Sin embargo, aún en el supuesto de que se aprobase una reforma de ley sobre matrimonio igualitario y con igual acceso a la adopción, subsistirían situaciones de desigualdad respecto de aquellas parejas de hecho -incluyendo a las de mismo sexo-, que quisieran adoptar niños o niñas, y que requerirían casarse para ello.

Estas dos situaciones antes descritas - a saber: lo improbable de que en el corto plazo se logre un consenso en relación al matrimonio igualitario, y las situaciones de desigualdad subsistentes, aún en el caso de que se aprobase una ley con estas características y que garantizase que las parejas LGBTI pudiesen adoptar- hacen parecer más conveniente y coherente con el principio de igualdad y el DIDH, aprobar una reforma a la ley de adopción, que incluya entre los posibles adoptantes, a las parejas LGBTI en igualdad de condiciones que aquellas unidas en matrimonio. Ello implicaría derogar las normas inspiradas en el principio de preferencia matrimonial, a efectos de que los prejuicios y estereotipos en relación a las familias no matrimoniales,

⁴³⁸ NASH, C., y NÚÑEZ, C. 2014. Ley de matrimonio civil y derechos humanos: Una década después. Revista de Derecho de Familia (3): p. 73.

monoparentales, y LGBTI, queden fuera de la normativa sobre adopción y su interpretación, de manera que al momento de calificar la idoneidad de las parejas o personas que pretendan adoptar, la orientación sexual no signifique un factor a considerar, y si ello llegase a ocurrir, que los operadores encargados de este procedimiento, no puedan escudarse en la existencia de esta omisión legal que excluye a estas parejas.

De otra forma, “si se quiere restringir la posibilidad de acceder a la adopción a parejas del mismo sexo, deberán ofrecerse razones fuertes que obedezcan a una necesidad social imperiosa”,⁴³⁹ vale decir, fundándose en una consideración objetiva, que busque un objetivo legítimo, y en la medida que dicha restricción sea necesaria en una sociedad democrática.

Según el desarrollo jurisprudencial presentado en esta memoria, y las decisiones de los organismos internacionales encargados de ejecutar tratados internacionales, la orientación sexual no es un criterio objetivo para determinar el acceso a un derecho, y el primer obstáculo que se presenta al seguir esta línea de argumentación, es que la adopción no es considerada ni en el DIDH ni en las legislaciones nacionales como un derecho, sino más bien como una medida de protección de niños y niñas que no cuentan con sus padres biológicos.

Frente a este obstáculo, la situación se ha resuelto mediante la consideración del caso particular en relación con la legislación vigente del país en donde el caso particular haya tenido lugar, y en esta medida, determinar si la denegación de la posibilidad de adoptar constituye una injerencia arbitraria en la vida privada de las personas (derecho a la vida privada y familiar en relación con el derecho a no ser

⁴³⁹ Ibid, p. 74.

discriminado, además del derecho de igualdad ante la ley), en función de una diferencia de trato fundada en la orientación sexual de quién o quiénes solicitan la adopción.

Como se ha analizado en el Capítulo IV, las decisiones judiciales a este respecto no han sido unánimes, pues, se han visto influidas por factores como el consenso a nivel regional o internacional que existe en la materia y el margen de apreciación reconocido a cada Estado en particular, así como también, se han tomado en cuenta consideraciones respecto un supuesto “concepto tradicional de familia”, y un eventual “conflicto” entre el interés superior del niño y la orientación sexual de las personas y parejas LGBTI.

Sin embargo, las objeciones respecto al principio de igualdad son planteadas al momento de analizar la diferencia de trato a la luz del principio de proporcionalidad, pues, dicho ejercicio se realiza tras la comparación de la situación de las parejas LGBTI en relación con otros grupos de personas en situaciones semejantes - a saber, las parejas de distinto sexo no casadas, y las parejas de distinto sexo casadas-, siendo éste el punto de mayor conflicto, pues, la consideración de dicha situación de semejanza será dirimente respecto al caso particular.

Al referirnos a los casos de adopción por integración o adopción por la pareja del padre o madre biológico (a), la diferencia de trato podría considerarse “justificada”, si se estima que sólo son comparables como situaciones semejantes las referidas a parejas de hecho de igual y distinto sexo, mientras que las parejas unidas en matrimonio son consideradas como realidades que cuentan con un estatuto jurídico de protección específico, que no es comparable con ningún otro, y es en función de dicho estatuto de protección que pueden acceder tanto a la adopción conjunta, como a la

adopción por integración. Este razonamiento, se presentó en el caso Gas & Dubois versus Francia, y es más cercano al caso de Chile, en donde ninguna pareja de hecho puede adoptar, mientras que en el caso X y otros versus Austria, al ser permitida la adopción por convivientes de distinto sexo, no se consideró justificado impedir la adopción a parejas de igual sexo.

No obstante ello, el planteamiento del ejercicio relacional descrito anteriormente, tiene a su vez, un cierto sesgo que es problemático a la luz de los derechos humanos, toda vez que, pese a la configuración del sistema legal relativo a la adopción en cada país, lo cierto es que persisten realidades familiares marginadas por la ley, sobre todo en los casos de adopción por integración, pues, en ellos muchas veces el niño o niña es reconocido sólo por una de sus madres o padres y no por el otro, que en los hechos también participa en la crianza y educación de quien considera su hijo o hija.

Por su parte, en el caso de la adopción individual, cabe hacer presente que no es razonable sostener la inidoneidad en abstracto de gays y lesbianas a efectos de ser considerados como posibles adoptantes, pues, en el caso particular de Chile, se permite legalmente la adopción individual, sin que se realicen distinciones en cuanto a la orientación sexual del pretense adoptante, y por ello, toda diferencia de trato que realice el Estado a este respecto implicaría una injerencia arbitraria en la vida privada de estas personas en razón de su orientación sexual, que ante ausencia de justificaciones sociales imperiosas, significaría un trato discriminatorio. Así ha sido resuelto por el TEDH en E.B. versus Francia.

El caso de la adopción conjunta sin vínculo filiativo previo, parece el caso más problemático, pues, la exclusión legal absoluta que afecta a toda pareja de hecho en nuestro país, imposibilita la aplicación del estándar que prohíbe la discriminación,

cuando un Estado ha ido más allá de sus obligaciones convencionales (como argumentó el TEDH en el caso X y otros vs. Austria) concediendo la posibilidad de que tales parejas puedan adoptar a lo menos por integración (vale decir, en Chile no es posible sostener que las parejas de hecho heterosexuales pueden adoptar y las del mismo sexo no, y en función de ello argumentar que existe un trato discriminatorio hacia estas últimas), y por otra parte, la inexistencia de un vínculo filiativo previo entre los potenciales adoptantes y el niño o la niña susceptible de adopción, imposibilita que pueda argumentarse la afectación de derechos de “sus hijos” a raíz de la imposibilidad de adopción. Las opciones se reducen a la vulneración del derecho a la vida privada y familiar (considerada la pareja homoafectiva como familia) y/o eventualmente al derecho de constituir familia, en la medida que pueda considerarse que la constitución de familia con hijos adoptivos, es una posibilidad que merece protección, al igual que cualquier otra forma de constituir familia.

Juan Marco VAGGIONE, ha sostenido, que la discusión sobre los derechos de las personas LGBTI como padres y madres es parte del debate sobre las familias en las sociedades contemporáneas y de las políticas de naturalización de la familia, pues, para el sector más tradicional, reconocer derechos a las parejas LGBTI “sería un ataque directo a la familia como institución social básica. La filiación es esencialmente un vínculo de heterosexuales; igualar los derechos de unos y otros equivaldría a romper el orden simbólico y social sobre el que se asienta la familia”.⁴⁴⁰

Con el argumento de proteger la familia tradicional, decidir que la homosexualidad

⁴⁴⁰ VAGGIONE, J.M. 2008. Las familias más allá de la heteronormatividad. En: MOTA, C. y SÁEZ, M. La mirada de los jueces, tomo 2: Sexualidades diversas en la jurisprudencia latinoamericana. Bogotá. Siglo del hombre editores, p. 54.

es una limitante para el ejercicio de la paternidad o de la maternidad no sólo trae consecuencias en lo simbólico, “sino también consecuencias prácticas para las personas a las que se les limita el ejercicio concreto de ciertos derechos”,⁴⁴¹ generando por tanto situaciones de desigualdad que no encuentran más fundamento que la orientación sexual de las personas, y que son por tanto injustificadas y discriminatorias, pues, no son razonables ni proporcionales. Por su parte, el reconocimiento de parejas LGBTI como padres y madres da cuenta del carácter plural y diverso de los arreglos familiares y se enmarca en el contexto de “una demanda de una sociedad más justa y democrática”.⁴⁴²

En línea con lo señalado, y desde la perspectiva del examen de proporcionalidad, el Estado de Chile debiese poder justificar la imposibilidad legal para adoptar que afecta a parejas de orientación LGBTI, o la denegación concreta de tal posibilidad, en caso de adopción individual.

Ello importa, en concreto, el examen de los siguientes ámbitos: a) que la exclusión legal de la adopción o denegación concreta de ésta persiga un fin legítimo; b) que sea adecuada o idónea para alcanzar el fin propuesto; c) que la exclusión o denegación sea necesaria, y d) que sea proporcional.

En cuanto a la existencia de un fin legítimo, el Estado debiese justificar la exclusión de las parejas LGBTI como posibles adoptantes, de acuerdo a una necesidad social imperiosa, o en palabras del artículo 30 de la CADH, “por razones de interés general”. En este sentido, los argumentos que al respecto se han señalado han sido: la

⁴⁴¹ Ibidem.

⁴⁴² Ibidem.

protección de un concepto de familia amparado por el Estado (como por ejemplo, la familia fundada en el matrimonio, o en vínculos de hecho entre parejas de distinto sexo); y por otra parte, la protección del interés superior de niños y niñas susceptibles de adopción.⁴⁴³ Si bien estos pueden ser fines legítimos, ya se ha expresado con anterioridad, que los Estados al invocar estos argumentos, suelen expresar estereotipos respecto de la familia, la paternidad o la maternidad.

Otro argumento expresado, es el margen de apreciación que tienen los Estados, a objeto de establecer reformas legales que tengan como efecto la filiación de un niño respecto de dos padres o dos madres.⁴⁴⁴ Sin embargo, el TEDH ha sostenido que el

⁴⁴³ En cuanto al fin legítimo, así aparece en los casos analizados en el Capítulo IV, a saber: **Salgueiro Da Silva Mouta vs. Portugal**: “El Gobierno concluye que el Tribunal de Apelación se fundó únicamente para tomar su decisión, en el interés superior de la niña [...]” [párr. 25.]. Se hace referencia, además, a la “familia tradicional portuguesa” [párr. 14.]; **Gas & Dubois vs. Francia**: “[...] el legislador ha querido, por tanto, limitar las posibilidades de adopción simple con el fin de asegurar al menor un marco permanente, tanto en su cuidado como en su educación” [párr. 49.]; **X y otros vs. Austria**: “el Gobierno sostiene que los objetivos legítimos que se persiguen son la recreación de una familia biológica y el garantizar el bienestar del niño. La Ley de Adopción austriaca no persigue excluir a las parejas homosexuales, pero persigue por regla general, evitar una situación en la que un niño tenga dos madres o dos padres por razones legales”. [párr.76.]; **E.B., vs. Francia**: “La razón para denegar su autorización había sido dictada por los intereses del niño y se había basado en dos motivos: la falta de un referente paterno y la ambivalencia del compromiso de la pareja de la solicitante para sus planes de adopción”. [párr. 37.]; **Fretté vs. Francia**: “La justificación de la decisión radica en la preeminencia del interés superior del niño, que constituyó la base subyacente de toda la legislación que se aplica para la adopción. A este respecto, en particular, “los derechos del niño establecen los límites del derecho a tener hijos”, como el Delegado del Gobierno ha señalado” [párr. 36.]; **Atala vs. Chile**: Según el Estado: “del tenor de las mismas se desprende [...] que su fundamento fue el interés superior del niño, y que en dicho contexto, la orientación sexual de la demandada fue considerada, entre otras circunstancias, en la medida que su expresión tuvo efectos concretos adversos al bienestar de las niñas”, [párr. 61].

⁴⁴⁴ En este sentido, **Gas & Dubois v.s Francia**: “[...] la posibilidad para un menor de tener una filiación establecida únicamente con respecto a dos mujeres o dos hombres constituye una reforma de principio que no podría emanar del Parlamento. Esta cuestión debería ser, por tanto, tratada globalmente con motivo de un debate democrático, y no mediante desvíos como la custodia compartida en la adopción simple”. [párr. 52.]; **X y otros vs. Austria**: “el Gobierno sostiene que los Estados cuentan con un amplio margen de apreciación sobre la cuestión de la adopción por un segundo padre por parte de las parejas homosexuales”. [párr. 77.]; **Fretté vs. Francia**: “La falta total de consenso en cuanto a la conveniencia de permitir adoptar a un niño a

margen de apreciación de los Estados es limitado, cuando se trata de situaciones de discriminación por razón de orientación sexual.⁴⁴⁵

En cuanto a que la medida sea adecuada o idónea para el fin propuesto, la exclusión o denegación, además, debe ser susceptible de alcanzar el objetivo perseguido con ella, vale decir, debe existir una causalidad lógica entre medio y fin.⁴⁴⁶

447

Es en este punto donde el análisis se complejiza, pues, como se afirmó en el punto anterior, el Estado debe ser capaz de demostrar que la exclusión o denegación sirve a efectos de lograr un fin concreto, no bastando con invocar la protección del interés

un homosexual, significa que los Estados deberían tener acceso a un amplio margen de apreciación”. [párr. 36].

⁴⁴⁵ TEDH. X y otros vs. Austria. Op. Cit., párr. 148.

⁴⁴⁶ VILLAVEDE, I. 2008. La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad. En: CARBONELL, M. (Ed.). El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional. Quito. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ecuador. Pp. 183- 184.

⁴⁴⁷ Respecto a la idoneidad o adecuación de la medida: Salgueiro Da Silva Mouta vs. Portugal: “el Tribunal de Apelación hizo una distinción llevado por consideraciones relativas a la orientación sexual del demandante [...] Por ello, el Tribunal no puede concluir con la existencia de una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido”, [párr. 36.]; **X y otros vs. Austria**: “el Tribunal considera que el Gobierno no ha aducido motivos suficientemente convincentes y de peso para demostrar que la exclusión de la adopción por un segundo padre por parte de una pareja del mismo sexo, al tiempo que permitía esa posibilidad en una pareja soltera de distinto sexo, era necesaria para la protección de la familia en el sentido tradicional o para la protección de los intereses del niño. La distinción por tanto, es incompatible con el Convenio”, [párr. 151.]; **E.B. vs. Francia**: Al permitirse en Francia la adopción por persona individual “En el marco de las disposiciones de derecho interno, considera [el TEDH] que las razones aducidas por el Gobierno no pueden ser considerados como particularmente convincentes e importantes como para justificar la negativa a conceder la autorización concedida al solicitante”, [párr. 94.]; **Atala vs. Chile**: “[...] este Tribunal concluye que si bien la sentencia de la Corte Suprema y la decisión de tuición provisoria pretendían la protección del interés superior de las niñas M., V. y R., no se probó que la motivación esgrimida en las decisiones fuera adecuada para alcanzar dicho fin, dado que la Corte Suprema de Justicia y el Juzgado de Menores de Villarrica no comprobaron en el caso concreto que la convivencia de la señora Atala con su pareja afectó de manera negativa el interés superior de las menores de edad (supra párr. 121, 131 y 139) y, por el contrario, utilizaron argumentos abstractos, estereotipados y/o discriminatorios para fundamentar la decisión [...], [p. 146].

superior del niño, ni la protección de la familia en términos generales,⁴⁴⁸ pues, de esta forma, se estará garantizando que la exclusión o denegación no se funde en estereotipos o prejuicios que rodean a la paternidad o maternidad ejercida por personas LGBTI.⁴⁴⁹

Desde esta perspectiva, no es admisible que el Estado argumente estar protegiendo el interés superior del niño, y al mismo tiempo justifique ese propósito, a modo de ejemplo, en la necesidad de que los niños susceptibles de adopción necesitan de un padre y una madre, o que requieren ser educados en una familia tradicional de acuerdo a los parámetros sociales, o que el tener padres o madres homosexuales les expone a eventuales riesgos como ser discriminados o a desórdenes psicológicos. Argumentos como estos, sólo dan cuenta de la discriminación por orientación sexual, pero no de la finalidad de proteger concretamente los intereses de los niños o de la familia, pues, en circunstancias en que el margen de apreciación se encuentra limitado, como los casos en que existe diferencia de trato en razón de la orientación sexual, también se debe demostrar que la medida es necesaria, con el fin de lograr ese objetivo, “mediante la exclusión de ciertas categorías de personas, en este caso, de las personas que mantienen una relación homosexual, del ámbito de aplicación de las disposiciones que

⁴⁴⁸ En conclusión, la Corte Interamericana observa que al ser -en abstracto- el “interés superior del niño” un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona [...]. Corte IDH. *Atala e hijas vs. Chile*. Op. Cit., párr. 110.

⁴⁴⁹ GONZÁLEZ DE LA VEGA, G. 2011. El interés superior del niño y la orientación sexual. Dos casos y una propuesta. *Revista Derecho en Libertad*. (6): p. 103. http://www.fldm.edu.mx/pdf/revista/no6/el_interes_superior_del_nino_y_la_orientacion_sexual.pdf

se traten”.⁴⁵⁰

Respecto a la exigencia de necesidad o intervención mínima, en preciso que la medida limitativa sea imprescindible para alcanzar el fin perseguido con el límite, y en este sentido, siguiendo con nuestro ejemplo, de entre todas las medidas que busquen proteger el interés superior del niño o la familia, debe escogerse aquella que sea menos lesiva respecto a otros derechos fundamentales que son parte del ejercicio de ponderación.

En este punto, nuevamente, nos encontramos con un problema, pues, la exclusión o denegación en el caso de adopción de integración por personas y parejas LGBTI, ha vulnerado en situaciones concretas los derechos de aquellos padres y madres homosexuales que son discriminados por orientación sexual, y los derechos de sus hijos que no ven reconocidos sus derechos en atención a que no tienen la doble filiación que cualquier niño con padre y madre tendría, pero que en estos casos, por tener dos padres o dos madres, no tiene.

Lo mismo sucede en el caso de adopción individual, pues, el Estado debiese buscar otros métodos de protección a los derechos y salud de los niños y niñas susceptibles de adopción, que no signifiquen la denegación para adoptar fundada en la orientación sexual del pretense adoptante, pues, ello vulnera el derecho a la vida privada y a la determinación de la personalidad de estas personas.

En el caso de la adopción conjunta –sin vínculos filiativos previos- no ha existido un caso concreto aún, y aunque el razonamiento aplicable debiese ser el mismo, podría llegar a suceder también, que producto del ejercicio relacional descrito anteriormente en el caso Gas & Dubois, se entienda que no existe violación a derechos

⁴⁵⁰ TEDH. X y otros vs. Austria, Op. Cit., párr. 140.

fundamentales en el caso concreto de este tipo de adopción, dado que sólo está permitido a parejas casadas, las que como ya se ha dicho, gozan de un estatuto específico de derechos.

Por último, respecto a la proporcionalidad estricta, se debe comprobar que la restricción de derechos en cuestión, es compensada por el beneficio que genera la medida restrictiva. En este sentido, la exclusión o denegación de la adopción debiese efectivamente y en términos concretos, garantizar una mayor protección del interés superior de los niños y niñas o de la familia, o evitar un daño respecto de ellos, lo que ciertamente no sucede, por las mismas razones ya enunciadas.

4.2. La consagración del Derecho Internacional de Derechos Humanos en el ámbito interno

A efectos de analizar la ley de adopción n° 19.620 de acuerdo al principio de igualdad y no discriminación, junto con la normativa y jurisprudencia internacional desarrollada en esta memoria, se hace necesario responder a la pregunta de cómo nuestro sistema jurídico recoge en su normativa el principio de igualdad y no discriminación, para determinar a su vez si es posible afirmar en la actualidad, de acuerdo con nuestra legislación vigente, que la omisión realizada por la ley de adopción vulnera los derechos de las parejas y personas LGBTI, situándolos en una posición de desigualdad ante la ley.

En este sentido, comenzando por nuestra Constitución Política, se establece en su artículo 1 que: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos” y de

acuerdo con este principio general, la Constitución Política establece en su artículo 19 n° 2 una norma que es de especial relevancia respecto al tema que desarrollamos: La igualdad ante la ley. “En Chile no hay personas ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

A su vez, en su artículo 5 inciso 2, la Constitución Política establece que: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”, de manera que “[...] los derechos, las obligaciones generales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, componen un cuerpo constitucional que establece un límite a la soberanía, y, por tanto, es un límite para toda la actividad del Estado y garantiza que cualquier ley debe ser compatible con dichas obligaciones internacionales”.⁴⁵¹ En consecuencia, el principio de igualdad y no discriminación irradia tanto la legislación (poder legislativo), su interpretación (poder judicial) y su implementación administrativa (poder ejecutivo).

A su vez, el artículo 6 de la Constitución Política, sobre bases de la institucionalidad, establece la obligación de todos los órganos del Estado de adecuar su comportamiento a las normas constitucionales las que comprenden, por tanto, normas del artículo 19 (catálogo de derechos fundamentales) y las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos (artículo 5).

⁴⁵¹ NASH, C., y NÚÑEZ, C. 2014. Op. Cit., p 61.

De esta manera, NASH y NÚÑEZ han señalado, que “[...] todos los poderes del Estado, en el ejercicio legítimo de sus funciones, deberán tener en consideración las obligaciones de respeto y garantía de los derechos fundamentales”,⁴⁵² (ya definidos en el apartado anterior) y así también la jurisprudencia internacional relativa al contenido y alcance de dichas obligaciones.

En consecuencia, y a raíz del principio de supremacía constitucional, “[...] las normas civiles y su interpretación, [dentro de las cuales encontramos la normativa sobre adopción y familia] no pueden ser contrarias con estas obligaciones constitucionales”,⁴⁵³ encontrándose dentro de estas obligaciones, el deber del Estado de respetar y garantizar el principio de igualdad y no discriminación en razón de la orientación sexual de las personas, y en función de ello, el derecho a la vida privada, y el derecho a constituir familia de acuerdo al proyecto de vida personal. En este sentido, la adopción por parejas y personas LGBTI, debiese ser uno de los tantos proyectos de vida que pretenden la constitución o reconocimiento legal de sus familias.

El principio de igualdad y no discriminación también ha tenido reconocimiento legal, ya que, en julio de 2012 entró en vigencia la Ley N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación.⁴⁵⁴

⁴⁵² Ibid, p. 62.

⁴⁵³ Ibidem.

⁴⁵⁴ La Ley N° 20.609 establece en su Artículo 1, sobre propósito de la Ley, que: “Esta ley tiene como objetivo fundamental instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria. Corresponderá a cada uno de los órganos de la Administración del Estado, dentro del ámbito de su competencia, elaborar e implementar las políticas destinadas a garantizar a toda persona, sin discriminación arbitraria, el goce y ejercicio de sus derechos y libertades reconocidos por la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. CHILE. Ministerio Secretaría General de Gobierno. 2012.

En consecuencia, podemos afirmar, que el principio de igualdad y no discriminación tiene reconocimiento expreso a nivel constitucional y legal en nuestro país, de manera que, - y como ya se dijo- la legislación, las actuaciones administrativas e interpretaciones jurisdiccionales deben respetar y garantizar este principio, y en este sentido, ni la legislación sobre adopción, ni los operadores jurídicos y técnicos e instituciones que son parte de sus procedimientos, ni los tribunales de justicia, se encuentran exceptuados de esta obligación internacional, constitucional y legal, que involucra en este caso particular, a las personas y parejas LGBTI y sus familias. A este respecto y en cumplimiento de tal objetivo, tanto los jueces como toda las autoridades internas, siempre dentro del ámbito de sus competencias, cuentan con la jurisprudencia y doctrina de la Corte IDH sobre control difuso de convencionalidad, lo que implica que “los derechos humanos contenidos en el Pacto de San José y la interpretación de los mismos que realice la Corte IDH deben irradiar su protección no sólo en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos sino también a nivel nacional”.⁴⁵⁵

Por su parte, respecto a nuestro sistema civil, NASH y NÚÑEZ han afirmado que, “[...] la igualdad formal sobre la que se construye el Código Civil chileno no es suficiente a la luz de los debates del siglo XXI en sociedades complejas como la chilena”,⁴⁵⁶ y por ello, enfatizan en la realización de un análisis de la legislación civil

Ley N° 20.609: Establece medidas contra la discriminación. 24 de julio de 2012. [En línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1042092>> [Consulta: 6 marzo 2015].

⁴⁵⁵ FERRER, E. y PELAYO C. 2015. Parte I- Deberes de los Estados y principios protegidos. En: STEINER, C. y URIBE, P. (Eds.) Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario. Chile. Fundación Konrad Adenauer, p. 67.

⁴⁵⁶ NASH, C. y NÚÑEZ, C. Op. Cit., p. 64.

desde “una mirada robusta de la idea de igualdad”, vale decir, tomando en consideración los elementos de discriminación estructural, y todo el desarrollo jurisprudencial y normativo del derecho internacional de derechos humanos sobre orientación sexual y paternidad y maternidad LGBTI.

Lo anterior sucede, aun cuando el derecho civil comprende entre sus principios estructurantes a la igualdad, sin embargo, “en el ámbito extrapatrimonial o derecho de familia, su vigencia ha sido formal y no sustantiva, considerando la existencia de instituciones y normas que afectan la igualdad mediante la incorporación de estereotipos de género y de distinciones, exclusiones y preferencias que no siempre encuentran una justificación objetiva y razonable”.⁴⁵⁷ A este respecto, ya ha quedado demostrado, que la exclusión de las parejas del mismo sexo de la normativa sobre adopción, y las dificultades que enfrentan las personas LGBTI al intentar adoptar de forma individual, corresponden a tales prejuicios y estereotipos respecto a orientaciones sexuales distintas a la heterosexual, y su pretendida influencia sobre competencias y aptitudes para desarrollarse como padres o madres.

Desde esta perspectiva, los organismos de protección del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, han instado al Estado de Chile a modificar aspectos de su legislación calificados como problemáticos desde el ámbito de los derechos humanos. Al respecto, cabe mencionar algunos ejemplos como la reforma realizada a la ley de matrimonio civil (2004); la administración de la sociedad conyugal de manera exclusiva por el marido; la inexistencia de reconocimientos a las uniones de hecho; el acceso igualitario a la institución del matrimonio y/ o a la adopción de niños, niñas y adolescentes, destacando la afectación de derechos fundamentales que significa la

⁴⁵⁷ Ibidem.

exclusión de este grupo de personas de instituciones como el matrimonio y la adopción, y con ello, la propensión a situaciones de desigualdad ante la ley entre los miembros de unas y otras familias y grupos de personas en razón de su orientación sexual.

En función de lo ya señalado, el Estado de Chile debiese aunar los esfuerzos de todos los organismos involucrados, a efectos de subsanar las situaciones de desigualdad ante la ley que afectan a personas y parejas LGBTI en el ámbito de la paternidad y maternidad adoptiva, teniendo en cuenta que las personas, en su diversidad de características y realidades, tienen derecho a constituir relaciones familiares en razón de sus proyectos propios.

5. Conclusiones

En este capítulo se realizó una revisión sintética de las legislaciones que actualmente han reformado su normativa, a efectos de subsanar la omisión legal que afectaba a parejas del mismo sexo en el ámbito de la adopción de niños, niñas y adolescentes.

Por otra parte, se demostró que en el ámbito interamericano existe un desarrollo jurisprudencial y normativo, que permite evidenciar, la existencia de un reconocimiento incipiente de los derechos correspondientes a personas LGBTI, como por ejemplo, la consagración de la orientación sexual como categoría sospechosa de discriminación (comprendida dentro de la categoría de “cualquier otra condición social”), y la prohibición de diferencias de trato arbitrarias, en función de estereotipos que afectan a la paternidad y maternidad ejercida por personas LGBTI –así se resolvió por ejemplo,

en el Caso Atala-

En este sentido, en el ámbito particular de la CADH, se garantiza los derechos a la vida privada y a fundar una familia, derechos de particular relevancia cuando hablamos de adopción homoparental.

Respecto al derecho a la vida privada y su vínculo con la orientación sexual, la CIDH y la Corte IDH en el caso Atala, han adherido al criterio jurisprudencial internacional de que la orientación sexual es parte fundamental de la vida privada, y que además, existe una relación directa entre la orientación sexual, la identidad y proyecto de vida de cada individuo, incluyendo su personalidad y las relaciones que establece con otros seres humanos, así como la decisión de ser padre o madre o no. En este sentido, el derecho a establecer relaciones familiares de acuerdo con el proyecto de vida personal, se encuentra protegido por el derecho a la vida privada, y por tanto, no debe ser objeto de injerencias arbitrarias por parte del Estado.

Por su parte, respecto al derecho a fundar una familia, la CIDH y la Corte IDH también han tenido oportunidad de precisar que en la CADH y en el Sistema Interamericano, no existe un concepto de familia tradicional fundado en el matrimonio – pues, sostener ello sería imponer un concepto estereotipado de familia- sino que, por el contrario, este es un concepto amplio, dentro del cual quedan comprendidas una diversidad no determinable de realidades familiares, y por tanto, las familias con padres o madres LGBTI son también consideradas.

Lo anterior, no sólo significa que las familias con padres y madres gays o lesbianas deban tener efectivamente garantizados sus derechos, sino, que además, una persona o pareja LGBTI debiese poder aspirar a constituir una familia de acuerdo a su proyecto de vida y su orientación sexual, incluso decidiendo adoptar niños o niñas, sin que el

Estado establezca obstáculos a ello, entendiendo como obstáculos, todo acto u omisión de hecho o de derecho, que implique a su vez una exclusión, omisión, o prohibición (o incluso privilegio o preferencia) que afecte la posibilidad de que estas personas o parejas puedan efectivamente adoptar niños o niñas, en igualdad de circunstancias que cualquier otra persona o pareja.

Sin embargo, se debe dejar constancia de la dificultad concreta de que tal razonamiento se aplique en el caso de la adopción conjunta sin vínculos filiales previos, toda vez que de un eventual ejercicio relacional entre parejas LGBTI y otras parejas en situaciones semejantes, podría concluirse que no existen vulneraciones a los derechos de estas parejas al excluirlos de los supuestos de adopción. Conclusión que no compartimos.

Al respecto, es de esperar que ante un caso concreto de estas características los organismos jurisdiccionales tomen en cuenta la situación de desigualdad ante la ley en que, como entidades familiares, estas parejas se encuentran, las que de acuerdo a sus proyectos de vida, debiesen poder adoptar de forma conjunta.

De acuerdo al desarrollo del derecho internacional, se debe considerar todos estos elementos, de manera que las situaciones de desigualdad ante la ley generadas por la exclusión de parejas del mismo sexo de los supuestos de adopción, sean comprendidas en un contexto de discriminación histórica, con raíces en estereotipos socioculturales basados en la orientación sexual, y en este sentido, que toda eventual reforma en el ámbito de la adopción tome en cuenta que existen grupos de personas y familias que son invisibilizadas y excluidas.

De esta forma, la adopción debe ser comprendida como una institución que, además de proteger los derechos de niños y niñas que no cuentan con una familia

biológica que vele por ellos, proporcione un medio en el ordenamiento jurídico que permita el reconocimiento igualitario de derechos a las familias con padres del mismo sexo, y por otra parte, que posibilite también la realización de proyectos de vida personales tanto de parejas como de personas LGBTI, como cualquier pareja o persona heterosexual, que desee establecer relaciones de familia con vínculos filiativos.

Finalmente, el capítulo concluye con un apartado en donde se enuncian los aspectos generales que debiesen considerarse, al momento de determinar la responsabilidad internacional del Estado de Chile ante la exclusión de las parejas del mismo sexo de la ley de adopción.

En este sentido, se concluye que las obligaciones generales que contrajo el Estado de Chile a través de la firma y ratificación de los tratados internacionales de derechos humanos, junto con la jurisprudencia de la Corte Interamericana, constituyen un cuerpo jurídico que funciona como límite a la actuación del Estado, y que obliga a sus poderes, organismos, instituciones y funcionarios a respetar y garantizar los derechos fundamentales reconocidos en igualdad de condiciones, así como garantizar la igualdad ante la ley por parte de todos y todas.

Desde esta perspectiva, y pese a que el principio de igualdad es parte de los principios estructurantes de nuestro derecho civil, la presencia de estereotipos hacia las personas LGBTI en cuanto a su idoneidad moral y psicológica para ejercer labores parentales, hace necesario que en el tema particular de adopción por personas y parejas gay-lésbicas, sea analizado desde la perspectiva de una “idea robusta de igualdad”, que involucre el desarrollo jurisprudencial y normativo internacional que ha sido revisado en esta memoria, cuyo objetivo sea la visibilización de las diferentes

situaciones de desigualdad ante la ley en que se encuentran estas parejas y sus familias, producto de su exclusión u omisión de la ley de adopción - que responde a una exclusión respecto del derecho de familia en general- y el no reconocimiento de sus derechos.

En este sentido, el Estado de Chile debiese presentar motivos especialmente relevantes, que cumplan con los principios de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad a efectos de excluir u omitir la posibilidad de adopción por parte de parejas o personas LGBTI.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, la respuesta legal que mejor se adecua a estas situaciones de desigualdad, es una eventual reforma de la ley de adopción, que permita a cualquier pareja de hecho, independientemente de su orientación sexual, la adopción de niños o niñas, en igualdad de condiciones que las parejas casadas, y respecto de toda hipótesis de legal (adopción conjunta y por integración).

De esta manera, se evitaría cualquier situación de desigualdad que subsista tras una reforma legislativa más restrictiva, como por ejemplo, en el caso de que las parejas de hecho se vieran obligadas a contraer matrimonio para adoptar.

Por otra parte, nada asegura que la apertura del matrimonio igualitario, signifique a su vez igualdad en la posibilidad de adopción, ya que frente a los temores ante la paternidad y maternidad gay –lésbica, la ley de adopción podría no sufrir modificación alguna, de modo que el abordaje directo de esta temática a través de la modificación de la ley de adopción, sigue siendo la alternativa que brinda mejores garantías en la efectividad de los derechos que se pretende reconocer y resguardar.

CONCLUSIONES

Desde hace un tiempo, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha venido incorporando diferentes perspectivas, con el objetivo de proteger los derechos de grupos de población sistemáticamente excluidos a lo largo de la historia, como por ejemplo: las mujeres, las personas afectadas por discapacidad, los pueblos originarios, entre otros.

Las personas LGBTI no constituyen excepción a esta tendencia, y la perspectiva de orientación sexual e identidad de género se ha hecho presente en los diversos catálogos de derechos humanos y sus interpretaciones. Esta perspectiva ha sido de utilidad, a efectos de identificar y visibilizar los diferentes prejuicios y estereotipos presentes en las sociedades y legislaciones, y que afectan a la población LGBTI, reproduciendo y perpetuando situaciones de desigualdad y discriminación.

La heteronorma, se ha constituido como un sistema social que permea transversalmente nuestras instituciones más relevantes, como por ejemplo la familia y el matrimonio, y así también la legislación civil que las regula, como el régimen de filiación, los regímenes patrimoniales, el cuidado personal y la patria potestad sobre los hijos. La ley de adopción se ve influida también, en la medida que sólo está pensada para parejas de distinto sexo, excluyendo a las parejas LGBTI como posibles adoptantes, de modo que con ello el Estado está decidiendo en abstracto qué tipo de familia desea que las personas constituyan o perpetúen a través de la adopción, y descartando toda posibilidad de que las personas LGBTI puedan adoptar como pareja. Ello se debe a los prejuicios que pesan sobre personas de orientación distinta a la

heterosexual, y la influencia de tales prejuicios en el desarrollo de una labor parental o marental que sea acorde con el mejor interés de los niños y niñas que se adopten.

Esta exclusión en abstracto, implica un trato discriminatorio por orientación sexual, que redundaría en la afectación de los derechos a la vida privada, a constituir una familia, y de determinación de la personalidad, e incluso la afectación del interés superior del niño.

La imposibilidad de que las parejas LGBTI puedan adoptar de forma conjunta o por integración, es una de las maneras en que el Estado de Chile ha delimitado un concepto de familia “tradicional”, arraigado en el matrimonio entre un hombre y una mujer –ya que sólo dos personas de distinto sexo pueden contraer matrimonio- y que por ello corresponde a un estereotipo de familia. Ello se ve reforzado con el principio de preferencia de la familia matrimonial, que establece la prioridad de los matrimonios por sobre las personas solteras que pretendan adoptar.

Las personas LGBTI solteras, además, deben enfrentar los prejuicios que pesan sobre ellas, y que inciden en su calificación como personas “inidóneas” en el proceso de adopción, como ha quedado demostrado en el Capítulo II de esta memoria. No obstante, cabe señalar que este prejuicio pesa también sobre las parejas, pero se hace más patente en personas individuales, ya que éstas sí pueden adoptar (y por tanto, someterse al procedimiento de idoneidad), pues, la ley de adopción no distingue en función de la orientación sexual del solicitante individual, orientación que en los hechos se transforma en un obstáculo al considerarse como factor de inidoneidad.

La CADH reconoce a toda persona el derecho a la vida privada y a fundar una familia.

En correspondencia con tal reconocimiento, la Convención exige de los Estados

partes en su artículo 1 el compromiso de respeto a los derechos y libertades reconocidos en ella y de garantía a su libre y pleno ejercicio por toda persona sujeta a su jurisdicción, 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. Cabe agregar a este respecto, que la Corte IDH en el caso Atala e hijas versus Chile, sostuvo que la orientación sexual se encuentra dentro de la categoría sospechosa de discriminación por “cualquier otra condición social”, concordando a este respecto con la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos y del TEDH.

El Estado de Chile es parte de la CADH, y por ello se encuentra obligado al respeto y garantía de los derechos aquí mencionados, en circunstancias de que la ley sobre adopción realiza omisiones que excluyen a las parejas LGBTI, y por tanto afectan la realización de sus derechos a la vida privada, a fundar una familia, y/o concretar sus proyectos como tal, lo que redundaría en un trato discriminatorio hacia aquellas.

En cuanto a la orientación sexual, en el ámbito de la adopción y cuidado personal de niños y niñas, se ha interpretado por la jurisprudencia de la Corte IDH, del TEDH y de la CDH, que ésta pertenece al ámbito de la vida privada de las personas, y que además incluye el derecho de las últimas a determinar su personalidad e identidad, y en función de ello, las relaciones familiares y de afecto que cada persona tiene derecho de establecer con otras, sin que el Estado realice injerencias arbitrarias respecto a estas decisiones que se encuentran protegidas dentro de la esfera privada.

Por otra parte, la Corte IDH, ha señalado además que en el Sistema Interamericano no existe un modelo de familia tradicional, que se restrinja al ámbito del matrimonio o de las parejas heterosexuales y que toda interpretación jurídica en tal sentido significa

propugnar un concepto de familia limitado y estereotipado, que no tiene sustento, pues, en el contexto de la CADH, la familia es una institución de carácter amplio en que cabe una diversidad de configuraciones familiares, dentro de las cuales encontramos aquellas familias conformadas por parejas del mismo sexo y/o con padres o madres LGBTI. De igual forma lo ha reconocido el TEDH, aunque de manera más concisa y concreta.

En su legislación sobre adopción, el Estado de Chile desconoce estos criterios, pues, invisibiliza e ignora a las parejas LGBTI, al no permitirles adoptar en forma conjunta o por integración, y en este sentido, les discrimina por orientación sexual, y limita el ámbito de sus decisiones privadas y de autodeterminación – y aunque de forma implícita- no les reconoce como familias.

Lo que es aún más dramático, es que tampoco reconoce ni protege de manera efectiva a las familias de hijos con padres o madres LGBTI, al no instituir un medio por el cual estos niños y niñas pudieren tener filiación por parte de ambos padres o madres, posibilidad que podría tener cabida a través de la ley de adopción. Es en este punto, en donde el Estado vulnera incluso el interés superior de aquellos niños y niñas con padres gay o madres lesbianas, los que se ven desprotegidos en sus derechos.

De esta manera, la actual legislación sobre adopción es incompatible con el Derecho Internacional de Derechos Humanos y con el desarrollo de la prohibición de discriminación por orientación sexual.

Recordemos que la obligación de respetar compromete al Estado a abstenerse de conductas que vulneren los derechos de la Convención, mientras que por el deber de garantía, el Estado se obliga a remover obstáculos legales y culturales que obstan al pleno desarrollo de los derechos humanos. El Estado chileno incumple su deber de

respeto al mantener vigente una ley de adopción que no reconoce todas las realidades concretas de orientación sexual y relaciones familiares, y por otra parte, incumple su deber de garantía al perpetuar y fortalecer el sistema heteronormativo que promueve estereotipos respecto a las personas LGBTI, e impide que éstas desarrollen todos sus proyectos de vida, en función de su orientación sexual y sus decisiones privadas.

La invisibilización de este tipo de discriminación, incluso al llegar a decirse que la imposibilidad o denegación de adoptar por parte de parejas y personas LGBTI, es una medida que se corresponde con el interés superior de niñas y niños, no hace más que confirmar que nos encontramos ante un tipo de discriminación estructural por orientación sexual que contiene muchos elementos solapados de discriminación, y que han sido a tal punto naturalizados por la sociedad, que parecieran no estar patentes, y por tanto no ser discriminatorios.

Al respecto, es necesario reafirmar que la solución legal que mejor se adecua a este problema de discriminación, consiste en establecer la posibilidad de adopción a toda pareja, con independencia de su orientación sexual, y de si ha contraído matrimonio o simplemente se encuentra conviviendo, y para toda hipótesis concreta en que se requiera o desee adoptar un niño o niña, y sin preferencias de ningún tipo, a efectos de eliminar toda discriminación por orientación sexual hacia los pretensores adoptantes, y a su vez, de resguardar íntegramente los derechos de niños y niñas que tienen padres y madres LGBTI, pero que el Estado de Chile no reconoce como tal.

En los casos de adopción individual, es necesario que se realice un trabajo de capacitación profundo, sobretudo con los operadores y funcionarios que participan en el procedimiento de adopción y en la etapa de evaluación de idoneidad, con el objetivo de inculcar una cultura de tolerancia, respeto, y protección hacia las personas LGBTI y

de sus familias, de modo que la orientación sexual no sea considerada por ninguno de estos operadores y funcionarios, como un factor que opte a tal idoneidad.

Sólo de esta manera, las personas LGBTI podrán ser reconocidas como seres humanos íntegros, y libres en su decisión de establecer relaciones familiares y de afecto, incluyendo la posibilidad de criar y educar niñas y niños.

BIBLIOGRAFÍA

I. PERSPECTIVA JURÍDICA

1. ABAD, Encarnacion. Reflexiones sobre los requisitos y prohibiciones existentes para poder adoptar y ser adoptados: La conciliación entre el Código Civil y la normativa de las comunidades autónomas. Revista de derecho UNED. (7): Pp. 11-48. 2010.
2. ABOLAFIO, E., RUBIO, M. Adopción y parejas de hecho. Revista Portularia. (4): Pp. 231-240. 2004. [En línea] <<http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/171/b1513457x.pdf?sequence=1>> [Consulta: 3 junio 2014].
3. BAYEFSKY, A. 2005. El Principio de Igualdad o No Discriminación en el Derecho Internacional. En: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos. 18 Ensayos Justicia Transicional, estado de derecho y democracia. Santiago de Chile. Pp. 1- 34.
4. BOBBIO, N. 2010. Igualdad y diferencia. En: CAICEDO, D, y PORRAS, A. (Edits.), Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad. Quito. Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos. Pp. 183- 217.
5. BORRILLO, D. 2011. De la penalización de la homosexualidad a la criminalización de la homofobia: El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la orientación sexual. Revista de Estudios Jurídicos (11): 1- 19. [En línea] <<http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/629/557>> [Consulta: 6 Marzo 2015].
6. BUIL, Eva. 2004. La adopción por homosexuales. Anuario de Psicología Jurídica. V. 1. Pp. 81-98.
7. CABEDO, Vicente. 2009. La adopción de menores por parejas estables y por matrimonios homosexuales. En: Por los derechos de la infancia y de la adolescencia: un compromiso mundial desde el derecho de participación en el XX aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño. Barcelona, España. Bosch. Pp. 353-366.
8. CALVO, Kerman. Reconocimiento, ciudadanía y políticas públicas hacia las uniones homosexuales en Europa. REIS. Revista Española de Investigaciones Sociológicas. (129): Pp. 37-159. [En línea] <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=99717150002>> [Consulta: 3 junio 2014].
9. CANO, G. 2007. La protección de los derechos de las minorías sexuales por el

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. [En línea]. Barcelona. <http://www.idhc.org/esp/documents/Biblio/CDHE_03.pdf> [Consulta: 6 marzo 2015].

10. CÁRDENAS, Eduardo. Sobre que dos personas del mismo sexo puedan casarse, y sobre que puedan tener y criar hijos: algunos pensamientos tentativos alrededor de este proceso hasta el presente y su posible evolución. 2011. Derecho de familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia (48): 45-54.

11. CÁRDENAS, Elva. La adopción en México. Situación actual y perspectivas. Letras jurídicas. Revista multidisciplinar del CEDEGS. Año 11. (21): Pp. 1-17. Enero- junio 2010. [En línea] <<http://www.letrasjuridicas.com/Volumenes/21/cardenas21.pdf>> [Consulta: 3 junio 2014].

12. CARDOSO, Emanuela. 2013. Género, heteronormatividad y argumentos a favor del matrimonio homosexual en la jurisprudencia de tribunales brasileños. [En línea]. Dilemata. Revista Internacional de Éticas Aplicadas. 2013. (11): Pp. 207-234. <<http://www.dilemata.net/revista/index.php/dilemata/article/view/199/240>> [Consulta: 3 junio 2014].

13. COHEN, G. 2001. Si eres igualitarista ¿Cómo es que eres tan rico? Paidós Ibérica. 264 p.

14. COLOMBIA DIVERSA. 2010. Situación de derechos humanos de la población LGBT. Informe alterno al presentado al Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. [En línea]. Bogotá, Colombia. <http://www.globalrights.org/sites/default/files/docs/LGBTI_PIDCP_Shadow_Report_Colombia_-_Spanish.pdf> [Consulta: 3 junio 2014].

15. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL DISTRITO FEDERAL. 2012. DFensor, Revista de derechos humanos. (7): [En línea] México DF, México. <http://dfensor.cd hdf.org.mx/DFensor_07_2012.pdf> [Consulta: 3 junio 2014].

16. COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. 2009. Orientación sexual e identidad de género y Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Guía para profesionales N°4. [En línea]. Ginebra. <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/direitos-sexuais-e-reprodutivos/direitos-lgbt/orientacion-sexual-e-identidad-de-genero-y-derecho-internacional-de-los-derechos-humanos>> [Consulta: 6 marzo 2015].

17. COMUNIDAD HOMOSEXUAL ARGENTINA. 2004. Adopción. La caída del prejuicio. Proyecto de ley nacional de unión civil. Buenos Aires, Argentina. Editores del Puerto: Comunidad Homosexual Argentina. 160p.

18. CONFERENCIA MATRIMONIO entre personas del mismo sexo y adopción. Participación de la Señora Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Abril de 2013. 2013. Saltillo, Estado de Coahuila de Zaragoza, México. Gobierno del Estado y Poder Judicial de Coahuila de Zaragoza. 56 p. [En línea]

<<https://www.scjn.gob.mx/conocelacorte/Lists/MinistraOlgaCV/Attachments/598/MATRI-MONIO%20ENTRE%20PERSONAS%20DEL%20MISMO%20SEXO%20Y%20ADOPTI%00C3%00N.pdf>> [Consulta: 03 junio 2014].

19. CORRAL, H. 2002. Adopción y filiación adoptiva. Santiago de Chile. Editorial Jurídica. p.

20. CUBIDES, Jaime. 2012. El rol de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en los derechos de las parejas del mismo sexo. [En línea]. Revista Jurídicas, Facultad de Derecho de la Universidad de Caldas. Enero- Junio 2012. V.9 (1): Pp. 61-79. <[http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/Juridicas9\(1\)_4.pdf](http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/Juridicas9(1)_4.pdf)> [Consulta: 3 junio 2014].

21. DIAS, María Berenice. 2009. Adopción homoafectiva. En: KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., y HERRERA, M. La familia en el nuevo derecho. Buenos Aires, Argentina. Rubinzal-Culzoni Editores. Pp. 315-326.

22. DÍAZ, Sergio. A propósito de la otra familia un ejercicio cinematográfico plausible (Sergio Díaz Rendón). Rayuela, Revista Iberoamericana sobre niñez y juventud en la lucha por sus derechos. (5): Pp. 226-232. Enero 2012. [En línea] <<http://revistarayuela.ednica.org.mx/sites/default/files/Art.%20Sergio%20D%C3%ADaz%20Rend%C3%B3n.pdf>> [Consulta: 3 junio 2014].

23. DE IRALA, J., y LÓPEZ DE BURGO, Cristina. 2006. Los estudios de adopción en parejas homosexuales: mitos y falacias. [En línea]. Cuadernos de Bioética. Septiembre-Diciembre 2006. Vol. XVII, (3): Pp. 377-389. <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87506106>> [Consulta: 03 junio 2014].

24. DE OLIVEIRA, A., DE SALLES, C. Adopción por homosexuales: El discurso jurídico. 2009. [En línea]. <http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Student_Organizations/SELA09_NusdeoSalles_Sp_PV.pdf> [Consulta: 03 junio 2014].

25. El derecho a la familia. En: COLOMBIA DIVERSA. Voces excluidas: legislación y derechos de lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas en Colombia. Pp. 55-70. [En línea] <http://colombiadiversa.org/colombiadiversa/images/stories/PUBLICACIONES_FINAL/DOCUMENTOS/INFORMES_DH/documentos/SituacionderechoshumanospersonasLGBT2008_2009.pdf> [Consulta: 6 junio 2014].

26. El derecho a la igualdad. En: COLOMBIA DIVERSA. Voces excluidas: legislación y derechos de lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas en Colombia. Pp. 23-36. [En línea]. <http://colombiadiversa.org/colombiadiversa/images/stories/PUBLICACIONES_FINAL/DOCUMENTOS/INFORMES_DH/documentos/SituacionderechoshumanospersonasLGBT2008_2009.pdf> [Consulta: 6 junio 2014].

27. El derecho a la libre orientación sexual. En: COLOMBIA DIVERSA. Voces excluidas: legislación y derechos de lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas en Colombia. Pp. 37-53. [En

línea] <http://colombiadiversa.org/colombiadiversa/images/stories/PUBLICACIONES_FINALE/DOCUMENTOS/INFORMES_DH/documentos/SituacionderechoshumanospersonasLGBT2008_2009.pdf> [Consulta: 6 junio 2014].

28. ESTRADA, Sergio. 2011. Dos ejercicios de ponderación a propósito del matrimonio y la adopción en parejas del mismo sexo. [En línea]. Revista Opinión Jurídica. Universidad de Medellín., Enero-Junio de 2011. V.10 (19): Pp. 21-40. <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3688424>> [Consulta: 03 junio 2014].

29. ESTRADA, Sergio. 2011. Familia, matrimonio y adopción: algunas reflexiones en defensa del derecho de las parejas del mismo sexo a constituir familia y de los menores a tenerla. [En línea] Revista de Derecho. Universidad del Norte, Colombia. 2011. (36): Pp. 126- 159 <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=85120754007>> [Consulta: 03 junio 2014].

30. Experiencias de familias homoparentales con profesionales de la psicología en México, Distrito Federal. Una aproximación cualitativa. Por Andrea Angulo et. al., Cuicuilco. Escuela Nacional de Antropología e Historia Distrito Federal, vol. 21, (59): 211- 236. [En línea] <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=35131858010>> [Consulta: 2 de marzo de 2015].

31. FAMÁ, María. 2011. Padres como los demás ... Filiación y homoparentalidad en la ley 26.618 de matrimonio igualitario. Derecho de familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia. V. 0 (48): 55-96.

32. FERNÁNDEZ, María. Nuevas realidades entorno a la familia: familias homoparentales y la adopción. 2012. [En línea]. Hidalgo, México. <<http://www.uaeh.edu.mx/scige/boletin/actopan/n1/e1.html>> [Consulta: 03 junio 2014].

33. FERRAJOLI, L. 2010. Igualdad y diferencia. En: CAICEDO, D, y PORRAS, A. (Edits.), Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad. Quito. Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos. Pp. 155- 182.

34. FIGARI, Carlos. 2011. Matrimonio igualitario: ciencia y acción política. En: SOLARI N. y VON OPIELA, C. Matrimonio entre personas del mismo sexo. Ley 26.618. Buenos Aires, Argentina. Editorial La Ley, 2011. [En línea] <http://carlosfigari.files.wordpress.com/2011/07/figari_matrimonio-ciencia-y-polc3adtica.pdf> [Consulta: 03 junio 2014].

35. FORERO, C., CÁRDENAS, D. Perspectiva de los derechos de las parejas del mismo sexo en Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Revista Estudios en Derecho y Gobierno. v.2 (2): Pp.97-116, 2009. [En línea] <http://portalweb.ucatolica.edu.co/easyWeb2/files/54_5242_estudios-v2-n2-parejas-del-misno-sexo-.pdf> [Consulta: 03 junio 2014].

36. GARCÍA, Leonardo. Septiembre 2012. La familia adoptiva del mismo sexo: Un estudio de caso en desarrollo de línea jurisprudencial. En: TERCERAS JORNADAS de derecho, género y sexualidad. Medellín, Colombia. Universidad EAFIT, Escuela de Derecho.
37. GARCÍA, María. 2006. La adopción por y en parejas homosexuales. En: ABRIL, J., y AMAT, M. Homenaje al Profesor Lluís Puig Ferriol. Barcelona, España. V.2. Pp. 1393-1412. [En línea] <<http://www.padresdivorciados.es/pdf/adopcion%20en%20parejas%20homoparentales.pdf>> [Consulta: 6 junio 2014].
38. GONZÁLEZ DE LA VEGA, G. 2011. El interés superior del niño y la orientación sexual. Dos casos y una propuesta. *Revista Derecho en Libertad*. (6): 82- 123.
39. GROSMAN y HERRERA, M., C. 2013. Tensiones y desafíos del derecho a contraer matrimonio de las parejas del mismo sexo. En: GÓMEZ DE LA TORRE, M. y LEPÍN, C. (Eds.), Parejas homosexuales ¿unión civil o matrimonial? Santiago de Chile, Editorial Thomson Reuters. Pp. 137- 176.
40. HERRERA, M. 2010. Adopción y ¿homoparentalidad u homofobia? Cuando el principio de igualdad manda. [En línea] IUS. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, 2010. IV (26): Pp.180 -221. <<http://www.redalyc.org/pdf/2932/293222980011.pdf>> [Consulta: 03 junio 2014].
41. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en 2011: Algunos avances retrocesos y desafíos. 2012. Por Dinka Benítez “et al”. *Anuario de Derecho Público*, Universidad Diego Portales. Pp. 515-539.
42. KRASNOW, Adriana. El nuevo régimen de matrimonio civil en el derecho argentino. Su impacto en el instituto de la filiación. Revista de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. (9): Pp. 81-92, 2012. [En línea] <http://sitios.poder-judicial.go.cr/salasegunda/revistasalasegunda/revista9/pdf/arti_01_06.pdf> [Consulta: 03 junio 2014].
43. LARROUCAU, María. 2010. De las parejas homosexuales como entidades familiares y del reconocimiento, en tal calidad, de su posibilidad de adoptar. A propósito del fallo emanado del Tribunal Supremo de Justicia de Brasil . *Revista Chilena de Derecho de Familia*. (3): Pp. 175-192.
44. LÁZARO, Tenorio. Matrimonio entre homosexuales y adopción de hijos. Paradigmas por resolver. Revista de Derecho Privado. (edición especial): Pp. 311-326, 2012. [En línea] <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/23/dtr/dtr12.pdf>> [Consulta: 03 junio 2014].

45. MAIER, E. y ALONSO, G. Disputando el significado del matrimonio y la familia. 2011. [En línea] *Revista de Estudios de género*. La ventana. Julio 2011. (33): Pp. 117-150. <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=88421343006>> [Consulta: 03 junio 2014].
46. MÁRQUEZ, Begoña. 2010. Discurso experto y acción social: la construcción de la homoparentalidad como asunto político. [En línea]. *Documentos de Trabajo Social*. Colegio Profesional de Trabajo Social de Málaga. Año 2010. (48): <http://www.trabajosocialmalaga.org/archivos/revista_dts_numeros/DTS48.pdf> [Consulta: 3 junio 2014].
47. MARTÍN, María. Aproximación histórica al tratamiento jurídico y social dado a la homosexualidad en Europa. *Revista de Estudios Constitucionales*. Vol. 9. (1): Pp. 245-275. 2011. [En línea] <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82019098009>> [Consulta: 3 junio 2014].
48. MARTÍN, María. El derecho constitucional al matrimonio homosexual en España. Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. (13): Pp. 249-283, Enero-Junio de 2010. [En línea] <<http://www.galanet.eu/dossier/fichiers/marco%20jur%EDdico%20Espa%F1a.pdf>> [Consulta: 03 junio 2014].
49. MEDINA, C., y NASH. C. 2011. Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus mecanismos de protección. Edición preparada para los Diplomas de Postítulo que dicta el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile para la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEF). [En línea]. Santiago de Chile. <<http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/79.pdf>> [Consulta: 4 de marzo de 2015].
50. MOLINER, R. 2006. El matrimonio de personas del mismo sexo en el derecho comparado. *En*: CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. ESCUELA JUDICIAL. Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo. Madrid. Pp. 195-244.
51. MORENO, D. 2007. Derechos Humanos y derechos LGTB desde una perspectiva internacional. [En línea]. Barcelona. <http://www.idhc.org/esp/documents/Biblio/CDHE_03.pdf> [Consulta: 6 marzo 2015].
52. MUÑOZ, Fernando. El núcleo fundamental de la sociedad: Los argumentos contra la crianza homoparental en los casos Atala y Peralta. *Revista Ius et Praxis*. (1): Pp. 7-33, 2013. [En línea] <<http://www.movilh.cl/documentacion/MUNOZ-Argumentos-contra-crianza-homoparental.pdf>> [Consulta: 03 junio 2014].
53. NASH, C. 2013. Matrimonio entre personas del mismo sexo. Una mirada desde los desde los derechos humanos. *En*: GÓMEZ DE LA TORRE, M. y LEPÍN, C. (Eds.) Parejas homosexuales: ¿Unión civil o matrimonial? Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Escuela de Postgrado. Abeledo Perrot, Legal Publishing Chile, Thomson Reuters. Pp. 197- 244.

54. NASH, C., y DAVID, V. [s.a.]. Igualdad y no discriminación en el sistema interamericano de derechos humanos. En: NASH, C. y MUJICA, I. (Eds.). Derechos Humanos y Juicio Justo. Lima. Red Interamericana de Formación en Gobernabilidad y Derechos Humanos, Colegio de las Américas - COLAM, Organización Interamericana Universitaria. Pp. 159- 212.

55. NASH, C., y NÚÑEZ, C. 2014. Ley de matrimonio civil y derechos humanos: Una década después. *Revista de Derecho de Familia* (3): 51- 80.

56. NOGUEIRA, Mauricio. Desconocimiento legal de las familias diversas: el prejuicio por extensión. (Las otras familias). En: COLOMBIA DIVERSA. Todos los deberes, pocos los derechos. Situación de los derechos humanos de lesbianas, gays y bisexuales y transgeneristas en Colombia 2008- 2009. Pp. 103-116. [En línea] <http://colombiadiversa.org/colombiadiversa/images/stories/PUBLICACIONES_FINAL/DOCUMENTOS/INFORMES_DH/documentos/SituacionderechoshumanospersonasLGBT2008_2009.pdf> [Consulta: 6 junio 2014].

57. OCÓN, José. El nuevo régimen de matrimonio civil en el derecho argentino. Su impacto en el instituto de la filiación. *Papers: Revista de Sociología*. (81): Pp.171-185, 2007. [En línea] <<http://www.raco.cat/index.php/papers/article/viewFile/55654/64908>> [Consulta: 03 junio 2014].

58. OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS. Nacidos libres e iguales orientación sexual e identidad de género en las normas internacionales de derechos humanos. 2012. [En línea]. Nueva York- Ginebra. <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes_SP.pdf> [Consulta: 03 junio 2014].

59. OLTRA, Mónica. Familias diversas y sus derechos. Jornadas de familias homoparentales. Familias diversas, familias con derechos. 17 y 18 de diciembre de 2004. [En línea]. Madrid, España. <<http://www.felgtb.org/temas/familias/documentacion/varios/i/1384/532/familias-diversas-y-sus-derechos>> [Consulta: 03 junio 2014].

60. ORTA, María Elena. La adopción en México. *Revista de Derecho Privado*. (3): Pp. 173-188, Enero-Junio de 2013. [En línea] <<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoPrivado/3/dtr/dtr6.pdf>> [Consulta: 03 junio 2014]

61. PINZÓN, D., PRADA, J. Algunas consideraciones sobre la adopción homoparental en el ordenamiento jurídico colombiano. *Revista Temas Socio-Jurídicos*. V.28 (59): Pp. 128-147. [En línea] <<http://revistas.unab.edu.co/index.php?journal=sociojuridico&page=article&op=view&path%5B%5D=1353&path%5B%5D=1319>> [Consulta: 3 junio 2014].

62. Profesionales por la ética. Servicio jurídico. 2009. Informe sobre el impacto de la ley española del matrimonio entre personas del mismo sexo en el derecho interno. [En línea]. Navarra, España. <<http://www.profesionalesetica.org/wp->

[content/uploads/2010/01/Informe-sobre-el-impacto-de-la-ley-del-matrimonio-entre-personas-del-mismo-sexo-VF2.pdf](#)> [Consulta: 03 junio 2014].

63. RAMÍREZ, Juan. Matrimonio del mismo sexo. Análisis jurídico. Diciembre de 2008. [En línea]. México DF. Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias.

<[http://www3.diputados.gob.mx/camara/001_diputados/006_centros_de_estudio/03_centro_de_estudios_de_derecho_e_inv_parlamentarias/c_publicaciones/c_folletos_tematicos/a_serie_amarilla_temas_politicos_y_sociales/\(offset\)/12](http://www3.diputados.gob.mx/camara/001_diputados/006_centros_de_estudio/03_centro_de_estudios_de_derecho_e_inv_parlamentarias/c_publicaciones/c_folletos_tematicos/a_serie_amarilla_temas_politicos_y_sociales/(offset)/12)> [Consulta: 03 junio 2014].

64. RAMOS, R. 2007. Derecho de Familia. Santiago de Chile, Editorial Jurídica, Sexta Edición. 387 p.

65. Respuesta a oficio OPT- A- 388/2010. Concepto jurídico en el proceso T-2597191. Por Rodrigo Uprimny “et al”. 2010. [En línea] Bogotá, Colombia. <http://colombiadiversa.org/colombiadiversa/images/stories/que/ACCIONES_LEGALES/ADOPCION/INTERVENCIONES/JURIDICAS/Concepto_tecnico_Dejusticia_y_Colombi_a_Diversa.pdf> [Consulta: 3 junio 2014].

66. RIVERO, Sara. Reseña de Jurisprudencia: Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: Exclusión del modelo monogámico homosexual (Artículo 75 y 77 de la Constitución). Cuestiones jurídicas. Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta. Vol.5 (1): Pp. 69-82. Enero- junio de 2011. [En línea] <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=127521341005>> [Consulta: 3 junio 2014].

67. ROBALDO, Marcelo. 2011. La homoparentalidad en la deconstrucción y reconstrucción de familia. Aportes para la discusión. Punto Género: núcleo de género y sociedad. V. 1 (1): Pp- 171-183.

68. ROTENBERG, Eva. 2011. Padres del mismo sexo. Derecho de familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia. (48): Pp. 45-54.

69. SABA, R. 2005. (Des)Igualdad Estructural. Revista Derecho y Humanidades (11): 123- 147.

70. SABATER, Elsa. 2009. El interés superior del menor adoptado por pareja homosexual. En: Por los derechos de la infancia y de la adolescencia: un compromiso mundial desde el derecho de participación en el XX aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño. Barcelona, España. Bosch. Pp. 343-352.

71. SALAS, Ana. Tendencia nacional en relación a la adopción entre personas del mismo sexo. Revista de Derecho Privado. Cuarta Época (3): Pp. 189-216, Enero-Junio de 2013. [En línea] <<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoPrivado/3/dtr/dtr7.pdf>> [Consulta: 03 junio 2014].

72. SCALA, Jorge. Uniones homosexuales y derechos humanos. Revista Persona y bioética. Vol. 9 (1): Pp. 86-100, Enero-Junio de 2005. [En línea] <<http://personaybioetica.unisabana.edu.co/index.php/personaybioetica/article/view/908/989>> [Consulta: 03 junio 2014].
73. SELZER, Julieta. 2011. Homosexualidad y adopción conjunta. Derecho de familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia 0 (51): 55-71.
74. SHELTON, D. 2008. Prohibición de Discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Anuario de Derechos Humanos (4): 15- 39.
75. TAPIA, Mauricio. 2007. Constitucionalización del derecho de familia. El caso chileno: Las retóricas declaraciones constitucionales frente a la lenta evolución social. Revista Chilena de Derecho Privado (8): 155- 199.
76. TELLO, Luisa. Las preferencias sexuales como motivo prohibido de discriminación. Derechos Humanos México. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos. Año 6. (17): Pp. 43-69, 2011. [En línea] <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhumex/cont/17/art/art4.pdf>> [Consulta: 3 junio 2014].
77. Transexualidad y matrimonio y adopción por parejas del mismo sexo. Criterios de la Suprema Corte de la Nación. 2011. Por Juan Silva “et al”. México, Editorial Porrúa., 381p.
78. UNICEF- UDELAR. Nuevas formas de familia perspectivas nacionales e internacionales. Noviembre 2003. [En línea]. Montevideo, Uruguay. <http://www.unicef.org/uruguay/spanish/libro_familia.pdf> [Consulta: 03 junio 2014].
79. UPRIMNY, Rodrigo. Felizmente adoptados, pero tristemente separados. 2011. [En línea] <<http://lasillavacia.com/elbloqueo/dejusticia/29998/felizmente-adoptados-pero-tristemente-separados>> [consulta: 3 junio 2014]
80. VAGGIONE, J.M. 2008. Las familias más allá de la heteronormatividad. En: MOTA, C. y SÁEZ, M. La mirada de los jueces, tomo 2: Sexualidades diversas en la jurisprudencia latinoamericana. Bogotá. Siglo del hombre editores. Pp. 13- 87.
81. VALENCIA, María., ORDÓÑEZ, Stephanie. Adopción por parejas homosexuales: de la realidad social al reconocimiento judicial. Revista Precedente. Vol. 2. Pp. 227-288, Enero-Junio 2013. [En línea] <<http://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/precedente/article/view/1584/2076>> [Consulta: 3 junio 2014].
82. VILHENA, O. 2007. La desigualdad y la subversión del estado de derecho. Sur, Revista Internacional de Derechos Humanos (6): 29- 52.
83. VILLAGÓMEZ, Didier. Reflexiones sobre el concepto de familia en el contexto del siglo XXI. Revista de Derecho Privado. Cuarta Época (3): Pp. 289-300, Enero-Junio de

2013. [En línea] <<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoPrivado/3/drj/drj11.pdf>> [Consulta: 03 junio 2014].

84. VILLAVERDE, I. 2008. La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad. En: CARBONELL, M. (Ed.). El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional. Quito. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ecuador. Pp. 175- 188.

85. ZANONI, Eduardo. 2007. Adopción y homosexualidad. Derecho de familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia. V. 0. (37): Pp. 131-133.

86. ZÚÑIGA, F. 2012. Comentario la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Atala Riffo y niñas vs Chile de 24 de febrero de 2012., Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca (1): 429-468. [En línea]. <<http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v10n1/art12.pdf>> [Consulta: 8 marzo 2015].

II. NORMATIVA NACIONAL E INTERNACIONAL

1. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Historia de la Ley N° 19. 620, Dicta normas sobre adopción de menores. Diario Oficial, 5 de agosto de 1999.

2. CHILE. Ministerio de Justicia. 2000. DFL 1: Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil [...]. 30 de mayo de 2000. [En línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986>>

3. CHILE. Ministerio de Justicia. 2005. Decreto 944: Aprueba Reglamento de la Ley 19. 620 que dicta normas sobre adopción de menores. 16 marzo 2005. [En línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=161518>> [Consulta: 6 marzo 2015].

4. CHILE. Ministerio Secretaría General de Gobierno. 2012. Ley N° 20.609: Establece medidas contra la discriminación. 24 de julio de 2012. [En línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1042092>> [Consulta: 6 marzo 2015].

5. CHILE. Ministerio de Justicia. 2004. Ley N° 19.947: Establece Nueva Ley de Matrimonio Civil. 17 de mayo de 2004. [En línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=225128>> [Consulta 16 marzo 2015].

6. COLOMBIA. 1991. Constitución Política de Colombia.

7. COLOMBIA. 2006. Ley 1098 de 2006: Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. 8 mayo 2007. Artículo 68. [En línea]. <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=22106>> [Consulta: 7 marzo 2015].
8. Convención Americana de Derechos Humanos, (CADH). San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1969 (suscrita). [En línea] <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm> [Consulta: 6 marzo 2015].
9. Convención Interamericana Contra toda forma de Discriminación e Intolerancia, La Antigua, Guatemala, 5 de junio de 2013 (adoptada). [En línea] <http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-69_discriminacion_intolerancia.asp> [Consulta: 6 marzo 2015].
10. Convención sobre los derechos del Niño, Niña y Adolescente. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, 20 de noviembre de 1989. [En línea] <http://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_MNcdn.pdf> [Consulta: 6 marzo 2015].
11. ESPAÑA. Comunidad Autónoma de Cataluña. 2005. Ley 3/2005, de 8 de abril, de modificación de la Ley 9/1998, del Código de Familia, de la Ley 10/1998, de uniones estables de pareja, y de la Ley 40/1991, del Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña, en materia de adopción y tutela. 10 de mayo de 2005. [En línea]. <http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2005-7536> [Consulta: 6 marzo 2015].
12. ESPAÑA. Cortes Generales. 1978. Constitución Española. 29 diciembre 1978. [En línea] <<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>> [Consulta 6 marzo 2015].
13. ESPAÑA. Jefatura del Estado. 2005. Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, Preámbulo. 2 de julio de 2005. [En línea]. <<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2005-11364>> [Consulta: 6 marzo 2015].
14. ESPAÑA. Ministerio de Justicia. 2010. Instrucción de la Dirección General de Registros y Notariado. 7 de Octubre de 2010. [En línea] <<https://www.boe.es/boe/dias/2010/10/07/pdfs/BOE-A-2010-15317.pdf>> [Consulta: 8 marzo 2015].
15. Instrumento de Ratificación del Convenio Europeo en materia de adopción de menores (revisado), Estrasburgo, 27 de noviembre de 2008. [En línea]. <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-12066> [Consulta: 6 Marzo 2015].
16. MÉXICO. 2009. Decreto por el que se reforman diversas disposiciones del Código

Civil para el Distrito Federal y del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. 29 de Diciembre de 2009. [En línea] <<http://metrobus.df.gob.mx/transparencia/documentos/art14/I/decreto%20codigo%20procedimientos%20civil.pdf> > [Consulta: 6 marzo 2015].

17. Principios de Yogyakarta, Presentada ante el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, Ginebra, el 26 de Marzo de 2007. [En línea] <http://www.oas.org/dil/esp/orientacion_sexual/Principios_de_Yogyakarta_2006.pdf> [Consulta: 8 marzo 2015].

III. RESOLUCIONES DE TRIBUNALES Y ORGANISMOS NACIONALES, REGIONALES E INTERNACIONALES

1. AG/RES. 2863 (XLIV-O/14). 5 de junio de 2014. Derechos Humanos y Orientación Sexual e Identidad y Expresión de Género. [En línea] <<https://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/docs/AG-RES2863-XLIV-O-14esp.pdf>> [Consulta: 5 marzo 2015].

2. Comité de Derechos del Niño, CRC/C/GC/7/Rev.1, 20 de septiembre de 2006. Realización de los derechos del niño en la primera infancia. [En línea] <<http://www1.umn.edu/humanrts/crc/spanish/Sgeneralcomment7.htm>> [Consulta: 6 marzo 2015].

3. Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación General N° 20, E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009. “La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (Artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”. [En línea] <http://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN20> [Consulta: 6 marzo 2015].

4. Comité de Derechos Humanos, (CDH). Young v. Australia, 29 Agosto 2000.

5. CP/CAJP/INF. 166/12. 23 abril 2012. Orientación sexual; identidad de Género y expresión de género: Algunos términos y estándares relevantes. [En línea] <http://www.oas.org/dil/esp/CP-CAJP-INF_166-12_esp.pdf> [Consulta: 6 marzo 2015].

6. COMUNIDAD EUROPEA. PARLAMENTO EUROPEO. Resolución A-0028/94 de 8 de Febrero de 1994, Sobre la igualdad de derechos de los homosexuales y las lesbianas en la comunidad europea, reflexión general número 1. [En línea] <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/56/pr/pr31.pdf>> [Consulta: 6 Marzo 2015].

7. CIDH, Demanda ante la Corte IDH en el caso de Karen Atala e Hijas con el Estado de Chile, Caso 12.502, 17 de septiembre de 2010.

8. Corte Constitucional de Colombia. Comunicado N° 35, 28 Agosto 2014, sentencia SU-617-14.
9. Corte Constitucional de Colombia, C-814-01. 2 agosto 2001.
10. Corte Constitucional de Colombia. C-712 de 2012. 12 Septiembre 2012
11. Corte Constitucional de Colombia, T-276-2012, 11 abril 2012.
12. Corte Constitucional de Colombia, T-290-1995. 5 julio 1985.
13. Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), Caso Atala Rizzo y niñas vs. Chile. Sentencia de 24 de Febrero de 2012. (Fondo, reparaciones y costas).
14. INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR (ICBF). 2011. Concepto 5926 DE 2011. [En línea], http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0005926_2011.htm [Consulta: 7 marzo 2015].
15. INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, (ICBF). 2010. Resolución 3748 de 2010: Por la cual se expide el Lineamiento Técnico para Adopciones en Colombia. [En línea] <http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/resolucion_icbf_3748_2010.htm> [Consulta: 7 marzo 2015].
16. Observación General No. 18, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, No discriminación, 37º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 168 (1989). [En línea] <<http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom18.html>> [Consulta: 6 marzo 2015].
17. SERVICIO NACIONAL DE MENORES (SENAME), Solicitud N° AK004W-0000469, JULIO DE 2014.
18. Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Acción de inconstitucionalidad 2/2010, 16 agosto 2010.
19. Tesis [JC] 12/2011. XXXIV P., Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, agosto de 2011, p. 875. Rubro: MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO EN EL DISTRITO FEDERAL. TIENE VALIDEZ EN OTRAS ENTIDADES FEDERATIVAS CONFORME AL ARTÍCULO 121 DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA (artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal, reformado mediante decreto publicado en la Gaceta Oficial de la entidad el 29 de diciembre de 2009). Suprema Corte de Justicia de la Nación. [En línea] <<http://www.ius.scjn.gob.mx>> [Consulta: 6 d marzo 2015].
20. Transexualidad y matrimonio y adopción por parejas del mismo sexo. Criterios de la Suprema Corte de la Nación. 2011. Por Juan Silva “et al”. México, Editorial Porrúa. 381 p.

21. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Dudgeon vs. Reino Unido e Irlanda del Norte. 22 de octubre de 1981. [Traducción libre].
22. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, (TEDH). E.B. vs. Francia, 22 Enero 2008. [Traducción libre].
23. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, (TEDH). Fretté vs. Francia, 26 febrero 2002. [Traducción libre].
24. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, (TEDH). Gas & Dubois vs. Francia, 15 marzo 2012. [Traducción no oficial]. [En línea] <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-139374>> [Consulta: 6 marzo 2015].
25. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (TEDH). Karner vs. Austria. 24 de octubre de 2003. [Traducción libre].
26. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, (TEDH). L y V vs. Austria. 9 de enero de 2003. [Traducción libre].
27. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, (TEDH). Salgueiro Da Silva Mouta vs. Portugal. 21 diciembre 1999. [Traducción no oficial]. [En línea] <http://www.equidad.scjn.gob.mx/biblioteca_virtual/jurisprudencia/Internacionales/Tribunales/TribunalEuropeoDeDerechosHumanos/15.pdf> [Consulta: 16 marzo 2015]
28. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, (TEDH). Schalk and Kopf vs. Austria, 24 junio 2010. [Traducción no oficial].
29. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, (TEDH). X y otros vs. Austria, 19 febrero 2013, párr. 112. [Traducción no oficial]. [En línea] <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-139676>> [Consulta: 6 marzo 2015].

IV. PERSPECTIVA SOCIOLÓGICA

1. ALIZALDE, Mariam. 2010. La liberación de la parentalidad en el siglo XXI. [En línea] Revista Imago Agenda. Junio 2010. (140) <<http://www.radiciculturali.it/alizade.pdf>> [Consulta: 04 junio 2014]
2. CABALLERO, Pablo. Fundamentos de análisis para la caracterización de las familias homoparentales españolas. [En línea] Universidad de Murcia, España. <<http://www.fes-web.org/uploads/files/modules/congress/11/papers/2089.docx>> [Consulta: 04 junio 2014].
3. CASTELLAR, Andrés. 2010. Familia y homoparentalidad: una revisión del tema. [En línea]. Revista CS, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Icesi. Enero-

Junio 2010. (5): Pp. 45-70.
<http://www.icesi.edu.co/revista_cs/images/stories/revistaCS5/articulos/02%20Castellar.pdf> [Consulta: 04 junio 2014].

4. Diversidad familiar: apuntes desde la antropología social. 2013. Por Jesús Sanz “et. al” . [En línea]. RTS- Revista de treball social. Abril 2013. (198): Pp. 30-40.
<<http://www.cisoc.cl/wp-content/uploads/2013/09/Diversidad-familiar.pdf>> [Consulta: 4 junio 2014].

5. Encuesta Casen. Año 2009. Pp. 2 - 44. [En línea]
<http://www.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/casen2009/casen_2009_familia.pdf>.
[Consulta 6 marzo 2015]

6. Familias homoparentales en España: integración social, necesidades y derechos. Resumen ejecutivo. 2013. Por Santiago Ruiz “et. al”. [En línea]. Madrid, España. Departamento Interfacultativo de Psicología Evolutiva y de la Educación. Universidad Autónoma de Madrid. <<http://www.lrmcidii.org/wp-content/uploads/2013/06/2240.pdf>>
[Consulta: 5 junio 2014].

7. GALLEGO, Gabriel. 2009. Diversidad sexual y arreglos domésticos en México. [En línea]. Revista Latinoamericana de Estudios de Familia. Enero- diciembre, 2009. V. 1. Pp. 116-139. <http://revlatinofamilia.ucaldas.edu.co/downloads/Rlef1_7.pdf> [Consulta: 4 junio 2014].

8. GÓMEZ. Ana. 2004. Diversidad familiar y homoparentalidad. [En línea]. Revista pediatría de atención primaria. Julio/Septiembre 2004. V. VI. (23) <<http://www.pap.es/files/1116-368-pdf/381.pdf>> [Consulta: 4 junio 2014].

9. HERRERA, Florencia. 2004. Construir familia: La perspectiva de gays y lesbianas. Primera Parte. [En línea]. SUR, Corporación de Estudios Sociales y Educación. Temas Sociales, Boletín del programa de pobreza y políticas sociales de Sur. Agosto y Septiembre de 2004. V.48. <<http://www.sitiosur.cl/publicacionescatalogodetalle.php?PID=3462&nunico=20041>> [Consulta: 4 junio 2014].

10. HERRERA, Florencia. 2004. Construir familia: La perspectiva de gays y lesbianas. Segunda Parte. [En línea]. SUR, Corporación de Estudios Sociales y Educación. Temas Sociales, Boletín del programa de pobreza y políticas sociales de Sur. Agosto y Septiembre de 2004. V 49. <<http://www.sitiosur.cl/publicacionescatalogodetalle.php?PID=3463&doc=&lib=Y&rev=Y&art=Y&doc1=Y&vid=Y&autor=&coleccion=Temas%20Sociales&tipo=ALL&nunico=20042>> [Consulta: 4 junio 2014].

11. HERRERA, Florencia. 2004. Familias lésbicas: identidad, pareja y maternidad. En: CANDINA, A. Conservadurismo y Transgresión en Chile: Reflexiones sobre el mundo privado. Chile. Centro de Estudios para el Desarrollo de la mujer. CEDEM y FLACSO. [En línea] <

http://www.ciudadaniasexual.org/boletin/b21/articulo_florencia_herrera.pdf> [Consulta: 4 junio 2014].

12. HERRERA, Florencia. 2005. Familia y maternidad: Sangre y cuidado en mujeres lesbianas de las ciudades de Barcelona y Santiago. *En*: CANDINA, A., y GONZÁLEZ, C. Conservadurismo y Transgresión en Chile: Reflexiones sobre el mundo privado. Chile. FLACSO. [En línea] <<http://www.lesmadres.com.ar/bv/4af035cb60f85.pdf>> [Consulta: 4 junio 2014].

13. HERRERA, F., y TEITELBOIM, B. 2011. La mirada de los chilenos a la familia [En línea]. Sexta Encuesta Nacional UDP 2010. Percepciones y actitudes sociales. Mayo 2011. Pp. 121- 135. <http://www.encuesta.udp.cl/wp-content/uploads/2011/06/Encuesta_UDP1.pdf> [Consulta: 5 junio 2014].

14. Informe de política social, año 2011. [En línea] <http://www.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/ipsos/pdf/ipsos_2011_poblacion.pdf> [Consulta 6 marzo 2015].

15. LIBSON, Micaela. 2012. Parentalidades gays y lesbianas: varones y mujeres en familias no heteronormativas. [En línea]. Revista de Estudios de Género. La Ventana. Enero-Junio 2012. V. IV (35): Pp. 292-321. <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=88424573011>> [Consulta: 04 junio 2014].

16. QUINTERO, Ángela. 2013. La familia según un enfoque de convergencia: diversidad familiar, género y sexualidad. [En línea]. Katharsis. Enero- Junio de 2013. (15) Pp. 89-111. <<http://www.ucn.edu.co/institucion/sala-prensa/noticias/Documents/2013/katharsis-15.pdf>> [Consulta: 4 junio 2014].

17. UZIEL, Anna. 2010. Develando prejuicios: ¿Por qué los hombres homosexuales son padres de segunda categoría? [En línea]. Estudios feministas, Florianópolis Janeiro. Abril 2010. V 18 (1): 263-275 <<http://www.scielo.br/pdf/ref/v18n1/v18n1a17.pdf>> [Consulta: 04 junio 2014]

18. VALCUENDE, José. 2006. De la heterosexualidad a la ciudadanía. [En línea]. AIBR. Revista de antropología iberoamericana. Enero- Febrero 2006. V. 1 (1): Pp. 125-142. <<http://www.aibr.org/antropologia/01v01/articulos/010107.php>> [Consulta: 4 junio 2014].

V. PERSPECTIVA PSICOLÓGICA

1. Ajuste psicológico e integración social en hijos e hijas de familias homoparentales. 2004. Por María del Mar González "et al". Infancia y Aprendizaje. 27 (3): Pp. 327- 343.

2. Algunas reflexiones críticas en torno a la homoparentalidad. 2004. Por Ángel de Lucas "et al". Infancia y Aprendizaje. 27 (3): Pp. 345-350.

3. Análisis comparativo de las nuevas estructuras familiares como contextos potenciadores del desarrollo psicológico infantil. 2010. Por Enrique Arranz "et al". Infancia y aprendizaje, 2010, 33 (4), Pp. 503 -513.

4. Aportes para la construcción en las nuevas concepciones de familia y consideraciones sobre su impacto en el desarrollo del niño. 2011. Por Priscila Cerminara "et al". En: MEMORIAS III CONGRESO internacional de investigación y práctica profesional en psicología. XVIII Jornadas de Investigación. Séptimo Encuentro de Investigadores en Psicología del MERCOSUR. Psicología social, política y comunitaria. 22 al 25 de Noviembre de 2011. Buenos Aires, Argentina. Facultad de Psicología, Universidad de Buenos Aires. 3p. [En línea] <<http://saludypsicologia.com/wp-content/uploads/2012/02/04-Psicolog%C3%ADa-Social-Pol%C3%ADtica-y-Comunitaria.pdf>> [Consulta: 05 junio 2014].

5. DOMINGUEZ, María. Concepto científico solicitado a programas de psicología en el marco del proceso número D 7415. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 68 (parcial) de la ley 1098 de 2006 y el artículo 1 (parcial) de la ley 54 de 1990 . [En línea] <http://colombiadiversa.org/colombiadiversa/images/stories/que/ACCIONES_LEGALES/ADOPCION/INTERVENCIONES/PISICOLOGICA/carta_maria_elvia.pdf> [Consulta: 05 junio 2014].

6. El desarrollo infantil y adolescente en familias homoparentales. Informe preliminar. 2002. Por María del Mar Gonzalez "et al". [En línea]. Sevilla, España. Departamento de Psicología Evolutiva y de la Educación, Universidad de Sevilla. <<http://webs.uvigo.es/pmayobre/textos/varios/infantil.pdf>> [Consulta: 05 junio 2014].

7. Experiencias de familias homoparentales con profesionales de la psicología en México, Distrito Federal. Una aproximación cualitativa. Por Andrea Angulo et. al., Cuicuilco. Escuela Nacional de Antropología e Historia Distrito Federal, vol. 21, (59). [En línea] < <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=35131858010>> [Consulta: 2 de marzo de 2015].

8. FIGARI, Carlos. Per scientiam ad justitiam. Consideraciones de científicos/as del CONICET e investigadores/as de Argentina acerca de la ley de matrimonio universal y los derechos de las familias de lesbianas gays, bisexuales y trans. [En línea]. Buenos Aires, Argentina. Pp. 15-59. <http://www.lgbt.org.ar/archivos/Libro_Senadores2.pdf> [Consulta: 05 junio 2014].

9. GONZÁLEZ, María. 2004. Crecer en familias homoparentales. Una realidad polémica. Infancia y Aprendizaje. 27(3): Pp. 361-373.

10. GONZÁLEZ M., y LÓPEZ, F. 2005. ¿Qué hemos aprendido de las familia homoparentales en España? En: III CONFÉRENCE INTERNATIONALE sur l'Homoparentalité, 25 y 26 de octubre de 2005. París, Francia. Organizada con el apoyo de GLPA, le CNRS, EHESS, INED, es decir, el alcalde de París, Ile-de-France y de IBM. 22 p. [En línea],.

<http://www.fsc.ccoo.es/comunes/recursos/99922/doc21513_Que_hemos_aprendido_de_las_familias_homoparentales_en_Espana_.pdf> [Consulta: 05 junio 2014].

11. GONZÁLEZ M., y LÓPEZ, F. 2009. Relaciones familiares y vida cotidiana de niños y niñas que viven con madres lesbianas o padres gays. *Cultura y Educación*. 21 (4): 417-428.

12. Hijos de padres homosexuales qué les diferencia. 2004. Por María Dolores Frías "et al". *En: V CONGRESO VIRTUAL de Psiquiatría*. Interpsiquis, 1-28 Febrero 2004. Universidad de Valencia. 11p. [En línea] www.psiquiatria.com/congreso <http://www.familieslg.org/_comun/bibliografia/pdf/frias_2004.pdf> [Consulta: 05 junio 2014].

13. Las representaciones expertas sobre las solicitantes individuales en los procesos de adopción. 2012. Por María Isabel Jociles "et. al". [En línea]. *Revista de Dialectología y Tradiciones Populares*. Julio-diciembre 2012. V. LXVII. (2): Pp. 535-558,. <<http://rdtp.revistas.csic.es/index.php/rdtp/article/view/284/285>> [Consulta: 05 junio 2014].

14. LÓPEZ, Félix. 2004 ¿Existen dificultades específicas en hogares con progenitores homosexuales? (Félix López). *Infancia y Aprendizaje*. 27(3): Pp. 351. 360.

15. MARKS, Loren. 2012. Padres del mismo sexo y resultados en el desempeño de los hijos: un análisis detallado del informe de la Asociación Norteamericana de Psicología sobre la crianza de padres y madres homosexuales. [En línea]. *Social Science Research* 41(5): 735-751. <http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo49/files/Same_Sex_Parenting_and_Children--s_Outcomes_Translation_into_Spanish.pdf> [Consulta: 05 junio 2014].

16. Parentalidad y homosexualidad. 2008. Por José Luis Pedreira "et.al" [En línea]. *Monografías de psiquiatría*. 2008. V. 20. (2): Pp. 55- 65. <http://www.familieslg.org/_comun/bibliografia/pdf/pedreira_2004.pdf> . [Consulta: 05 junio 2014].

17. PEDREIRA, José. 2006. Familia y psicopatología: Parentalidad y filiación un proceso en cambio. [En línea] *Psiquiatría.com* 2006. V. 10 (2) <<http://www.transexualia.org/DOCUMENTACION/filiacionycambio.pdf>> [Consulta: 05 junio 2014].

18. PORTUGAL, Rafael. Estudios sobre homoparentalidad: revisión científica y análisis metodológico [En línea] <<http://www.felgtb.org/temas/familias/documentacion/investigaciones/i/1382/531/estudios-sobre-homoparentalidad-revision-cientifica-y-analisis-metodologico>> [Consulta: 05 junio 2014].

19. PORTUGAL, R., y ARAUXO, A. 2004. Aportaciones desde la salud mental a la teoría de adopción por parejas homosexuales. Avances en Salud Relacional. Revista Internacional On line. V 3 (2): Pp. 1-15.
20. SAMUEL, Ana. Investigación de las nuevas estructuras familiares y la afirmación "No hay diferencia" [En línea]. <http://www.familystructurestudies.com/files/Resumen_NFSS_Espanol_20120724.pdf> [Consulta: 05 junio 2014].
21. Tipos de familia y satisfacción de necesidades de los hijos. 2009. Por José María Román "et al". [En línea]. International Journal of Developmental and Educational Psychology. Año 2009. (61): Pp. 549-558. <http://infad.eu/RevistaINFAD/2009/n1/volumen2/INFAD_010221_549-558.pdf>. [Consulta: 05 junio 2014].
22. VILLANOVA, Félix. 2005. La adopción homoparental. [En línea]. RIDEP. Revista Iberoamericana de Diagnóstico y Evaluación Psicológica. 2005. V. 19(1): Pp. 147-170. <http://www.aidep.org/03_ridep/R19/R198.pdf> [Consulta: 05 junio 2014].

VI. PERSPECTIVA EDUCACIONAL

1. Análisis de los problemas y necesidades educativas de las nuevas estructuras familiares. 2010. Por Enrique Arranz Freijo "et al". [En línea]. Intervención psicosocial. 2010. V 1, (3): Pp. 243- 251. <<http://scielo.isciii.es/pdf/inter/v19n3/v19n3a05.pdf>> [Consulta: 05 junio 2014].
2. CEBALLOS, Marta. 2012. Familias homoparentales y trabajo doméstico: Implicaciones para la disciplina del trabajo social. [En línea] .Comunitaria. Revista internacional de trabajo social y ciencias sociales. Julio 2012. (4) . <<http://www.comunitania.com/numeros/numero-4/marta-ceballos-fernandez-familias-homoparentales-y-trabajo-domestico-implicaciones-para-la-disciplina-del-trabajo-social.pdf>> [Consulta: 05 junio 2014].
3. CEBALLOS, Marta. 2009. La educación formal de los hijos e hijas de familias homoparentales: familia y escuela a contracorriente. [En línea] . Aula abierta 2009. V. 37, (1): Pp. 67-78. <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3000136>> [Consulta: 05 junio 2014].
4. CEBALLOS, Marta. 2012. Ser madres y padres en familias homoparentales: Análisis del discurso de sus percepciones sobre la educación de sus hijos e hijas. [En línea]. ENSAYOS. Revista de la Facultad de Educación de Albacete. (27): 143-158. <<http://www.revista.uclm.es/index.php/ensayos/article/view/246/213>> [Consulta: 05 junio 2014].

5. Diversidad familiar y ajuste psicosocial en la sociedad actual. 2013. Por María Carmen Martínez “et al”. [En línea] Revista psicología.com. 2013; 17(6) <<http://www.uv.es/lisis/estevez/art13/psicologia-com-art13.pdf>> [Consulta: 05 junio 2014].
6. Educación infantil y diversidad familiar. 2008. Por María del Mar González “et al”. [En línea]. . XXI, Revista de Educación. 2008. (10): Pp. 111- 122. <<http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/2145/b15480057.pdf?sequence=1>> [Consulta: 05 junio 2014].
7. LÓPEZ, F., y DíEZ, M. 2009. Diversidad familiar en la escuela: guía de recursos didácticos. [En línea]. Cultura y Educación. 2009. 21 (4): 453-465. <<http://www.felgtb.org/temas/familias/documentacion/varios/i/2259/532/diversidad-familiar-en-la-escuela-guia-de-recursos-didacticos>> [Consulta: 05 junio 2014].
8. SMIETANA, Marcin. 2010. Estrategias de comunicación de familias con padres gays/ madres lesbianas En: X CONGRESO ESPAÑOL de sociología: 1, 2 Y 3 de julio de 2010. Pamplona, España. Federación Española de Sociología, Asociación Navarra de Sociología, Universidad Pública de Navarra. 26p. _ [En línea]. <<http://www.fes-web.org/uploads/files/modules/congress/10/grupos-trabajo/ponencias/291.pdf>> [Consulta: 05 junio 2014].

