

ESPACIO ESTUDIANTIL

Stephanie Ordóñez

Universidad Icesi
stepha0@hotmail.com

María Cristina Valencia

Universidad Icesi
macriv1@hotmail.com

Adopción por parejas homosexuales: de la realidad social hacia el reconocimiento judicial*

Adoption by same-sex couples: from social reality to judicial recognition

Adoção por casais do mesmo sexo: da realidade social ao reconhecimento judicial

Artículo de investigación: recibido 04/03/2013 y aprobado 13/06/2013

* **Nota del editor:** Con “Adopción por parejas homosexuales: de la realidad social hacia el reconocimiento judicial” *Precedente* inaugura la sección *Espacio estudiantil*. Con ésta, la revista aspira a ofrecer una oportunidad para que estudiantes destacados, tanto de Icesi como de otras universidades, puedan divulgar y dar a conocer sus experiencias investigativas y trabajos de grado. En esta ocasión, contamos con una versión resumida del trabajo de grado presentado por Stephanie Ordóñez y María Cristina Valencia para optar al título de abogadas. Agradecemos a las autoras por permitirnos reproducir su texto, y esperamos que otros estudiantes y egresados puedan ver aquí un espacio propicio, y siempre abierto, para la difusión de sus trabajos.

Resumen

Este artículo tiene como propósito realizar una descripción de los argumentos empleados por las Altas Cortes de Colombia, México y Brasil en torno al reconocimiento del derecho a la adopción por parejas homosexuales; presentando las diferencias y similitudes respecto al abordaje que en las sentencias analizadas se da sobre el concepto de familia, los derechos del niño, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la igualdad. Teniendo en cuenta que se trata de un tema polémico, se consideró pertinente describir el contexto social en medio del cual se formula cada sentencia, presentando de forma breve las posturas de grupos de interés como la comunidad LGBTI, el clero, el Estado y los representantes de partidos políticos, respecto del fallo, utilizando para este fin algunos reportes de los principales medios de comunicación on-line y posturas de doctrinantes en los países seleccionados.

Palabras clave: homosexuales, adopción, homoparentalidad, familia

Abstract

This paper affords a description of the arguments used by Colombian, Mexican and Brazilian Supreme Courts against the recognition of the adoption right by same-sex couples. Differences and similarities existing in the legal Acts analyzed- family, children's rights, free development of personality right, and equality right concepts- were compared. An exercise of Act contextualization is performed, bestowing a brief description of the viewpoints of concerning groups, such as LGBTI community, clergy, State and political parties' representatives. Reports from main media broadcast and online sources, as well as points of view of matter expert professionals in selected countries were used of this purpose.

Keywords: Homosexual, adoption, same-sex parents, family

Resumo

Este artigo expõe uma descrição dos argumentos utilizados pelos Tribunais Supremos da Colômbia, México e Brasil no que diz respeito ao reconhecimento do direito de adoção por casais homossexuais. Nesse sentido, visamos confrontar as diferenças e as semelhanças inseridas nas sentenças referentes ao conceito de família, aos direitos da criança, ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade e ao direito à igualdade. Efetua-se também ao mesmo tempo, um exercício de contextualização das jurisprudências, e apresentam-se brevemente as posturas dos grupos de interesse, tais como a comunidade LGBTI, o clero, o Estado e os representantes dos partidos políticos. Para tal, são utilizados alguns relatórios dos principais meios de comunicação on-line e posições de doutrinadores em países selecionados.

Palavras-chave: Homossexual, adoção, homo paternidade, família.

1. Estructuras institucionales

Para realizar el estudio comparado de las sentencias emanadas por las Altas Cortes de los países objeto de estudio en relación con la adopción homoparental es necesario mencionar, a grosso modo, aquellos aspectos relevantes en la organización y producción jurisprudencial de las Cortes. Esto atado a la estructura misma de los Estados y a la forma como las nuevas Constituciones, producto de los cambios sociales, culturales y políticos, han dotado a ciertos órganos judiciales de facultades para interpretar los derechos y los principios consignados en los textos constitucionales en circunstancias particulares.

El estudio de estas funciones nos remite a la denominada “parte institucional u orgánica” de las Constituciones, donde se regulan aquellos órganos principales que permiten el funcionamiento de los Estados. De acuerdo con Uprimny (2011), la adopción de Constituciones más garantistas vino acompañada con el fortalecimiento de la rama judicial. Este implicó un incremento de su independencia y eficiencia, y la atribución de facultades para la garantía y protección de derechos y el control de los abusos de los órganos políticos. Podemos decir que a partir de las nuevas Constituciones, si bien se intentó la creación de nuevos órganos autónomos, también se produjo el fortalecimiento de la teoría clásica de división del poder, es decir, rama ejecutiva, legislativa y judicial, ampliando el elemento de interdependencia y control mutuo, *esto con el fin de superar los excesos del poder presidencial que eran vistos como una de las raíces del autoritarismo en casi todos los procesos constitucionales regionales* (pág. 120).

Colombia, México y Brasil, han acogido la forma de Estado Social y Democrático de Derecho, lo que implica, entre otras cuestiones, la adopción del principio de supremacía de la Constitución y la creación de mecanismos judiciales que permitan salvaguardar su integridad y la de los derechos que consagra. Frente al tema Diana Patricia Quintero (2002) menciona que:

“El Estado social de derecho, tanto forma estatal comprometida con derechos prestacionales, es incompatible con una seguridad puramente formal. Esta situación sugiere la relevancia de reformular el concepto tradicional de seguridad jurídica. Los elementos más comunes de esa reformulación serían el reemplazo de la justicia intrínseca de cualquier ley o decisión judicial – al provenir del poder político – por leyes y decisiones judiciales que consulten la equidad, es decir que permitan la realización de la justicia en los casos

concretos. La previsibilidad no vendría dada únicamente por el conocimiento del texto de las normas formalmente válidas, sino por las decisiones tomadas en casos similares por los tribunales, y principios y derechos contenidos en las constituciones políticas”(pág. 81).

Con esto, lo que se pretende en primera instancia es manifestar una inquietud respecto al verdadero papel del juez al momento de emitir sus fallos en un Estado Social y Democrático de Derecho. Los cambios socio-culturales y políticos producto del paso del tiempo en un país, conllevan a la revisión de las leyes y decisiones judiciales, con el fin de precaver aquellos casos que por diversos factores pudieron no estar previstos al momento en que el legislador redactó la norma, y que obligan al juez a interpretar el texto normativo de tal modo que se adecue al contexto o cuestión específica al que se enfrente.

Entre los mecanismos que han adoptado los medios judiciales para la protección de los derechos constitucionales encontramos dos figuras homólogas: la acción pública de inconstitucionalidad y la acción de tutela o de amparo. Mecanismos en los que permiten concretar la existencia de un control constitucional en cabeza de la Corte Constitucional de Colombia, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (en adelante SCJN) y el Tribunal Superior Federal de Brasil (en adelante STF), cuyos fallos pueden ser analizados de manera análoga.

Dichos órganos judiciales hacen parte de la lógica de “pesos y contrapesos” en tanto los magistrados o ministros¹ son elegidos por los Congresos mediante ternas propuestas, en el caso colombiano, por el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado; y en México por el Presidente, al igual que en Brasil. A su vez, son estos funcionarios judiciales los encargados de velar por el cabal cumplimiento de la Constitución y el control de posibles excesos de poder de las otras ramas, función en la que son coadyuvados por los órganos de control.

Del análisis a la estructura general de la rama judicial, se encuentran las siguientes diferencias:

1. La existencia de varios órganos de cierre dentro de las distintas jurisdicciones para el caso de Colombia y Brasil, y de un único órgano en el caso de México con la SCJN. Cabe anotar que la

¹ En México y Brasil reciben esta denominación, sin embargo, constituyen el equivalente de los magistrados en Colombia.

calidad de Estados Federados en el caso de México y Brasil, genera que las decisiones emanadas por los altos tribunales federados, aun cuando sean importantes en términos de interpretación favorable de la Constitución, solo tenga efectos vinculantes en el estado específico. Lo contrario ocurre en Colombia que al ser una república unitaria, la jurisdicción de la Corte Constitucional comprende todo el territorio nacional.

2. Respecto a la legitimidad por activa para la interposición de las acciones de inconstitucionalidad, se tienen que en Colombia estas pueden ser iniciadas por cualquier ciudadano. La sentencia que declara inexecutable o inconstitucional una norma produce su eliminación y no es posible que una decisión posterior pueda fundamentarse en ella. En México, la acción de inconstitucionalidad requiere de un autor cualificado que la interponga y, a diferencia de Colombia, los efectos de las sentencias son limitados, pues si bien un fallo de este tipo invalida la norma contraria a la Constitución, no la suprime, es decir, no se erradica del ordenamiento jurídico, simplemente pierde su fuerza de aplicación, puesto que este tipo de fallos tienen efectos generales “*erga omnes*” siempre y cuando la ponencia fuese aprobada por lo menos por ocho de los ministros, pero lo será solo respecto al Estado federado en que se invoque dicha acción. En Brasil, tenemos la acción directa de inconstitucionalidad que funciona de forma similar a México.

La diferencia respecto al carácter vinculante de los fallos en México, Brasil y Colombia, como se vio, está vinculada a la organización política y territorial de los Estados. En Colombia, al ser una república unitaria, las decisiones de inconstitucionalidad emanadas de la Corte permiten la expulsión del sistema normativo de las normas contrarias a la Constitución, y producen efectos a nivel nacional. En México y Brasil, dado su carácter de Estados federados, muy posiblemente podría considerarse que debido a los efectos limitados de sus decisiones -solamente a un Estado-, les resulta más factible apartarse de lo dispuesto tradicionalmente e intentar proponer una nueva línea jurisprudencial, aspecto que en Colombia se dificulta por el orden nacional que se vería afectado con la determinación que tomara la Corte Constitucional al respecto.

2. Controversia jurídica y lugar en el debate de los medios de comunicación

Una vez analizados aquellos aspectos que en la organización de los Estados tienen injerencia en la toma de decisiones de las Altas Cortes, y teniendo claridad de la existencia de medios de defensa judiciales para la protección de los derechos consagrados en las Constituciones, nos referiremos en el presente capítulo a ilustrar las controversias que se han producido a raíz del debate sobre el reconocimiento vía judicial del derecho a la adopción por parejas homosexuales -teniendo en cuenta que en Colombia aún no se admite esta posibilidad-. Con esto se busca establecer la posición de cuatro actores sociales frente al mismo; estos son: la comunidad LGBTI, el clero, el Estado y los representantes de partidos políticos. De igual forma, abordaremos algunos planteamientos de doctrinantes, cuyas investigaciones han sido importantes para el desarrollo y entendimiento del tema que nos ocupa.

Los medios escogidos para el análisis de los artículos de prensa son: en Colombia, los diarios on-line La Libertad, Vanguardia Liberal, El Colombiano, El Tiempo, Caracol, La Opinión, El Espectador y la revista Semana; en México, se seleccionaron notas publicadas en Wikigay, ANSA, Aciprensa, CNN, Suite 101.net, Watch, Universal y Semana; y en el caso de Brasil se analizaron reportes del Instituto Amigos de Lucas, el Consultor Jurídico y la BBC News. Estos medios electrónicos cuentan con una trayectoria de profesionalismo en cuanto a la publicación de diversas opiniones, especialmente aquellas emitidas por los diferentes actores sociales objeto de estudio.

2.1 Colombia: el concepto de familia

A partir de la promulgación de la Constitución de 1991, el sector LGBTI inició un proceso de apropiación de prácticas jurídicas para la exigencia de sus derechos fundamentales, específicamente la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad. El reconocimiento de los derechos de las parejas homosexuales ha sido una lucha que se ha librado en la jurisdicción constitucional, por lo que existen varios pronunciamientos de la Corte Constitucional en su función de revisión de tutelas. Este escenario jurídico ha estado acompañado por las diversas opiniones de los actores sociales que de una u otra forma ven sus intereses ideológicos involucrados en la regulación legislativa/judicial de los derechos de las parejas homosexuales, entre los que se destaca la adopción.

Los medios de comunicación han reportado estos sucesos, evidenciando el contexto social que se da alrededor de los mismos. Durante el 2007, en sede del legislativo, se escucharon voces en contra de la sentencia C-075 del mismo año,

en la que la Corte reconoció el derecho a declarar la unión marital de hecho y la sociedad patrimonial en parejas del mismo sexo. Al respecto, la senadora Claudia Rodríguez de Castellanos, del Partido de la U, y quien pertenece al movimiento cristiano “Misión Carismática Internacional”, consideró la decisión como un atentado a la estabilidad jurídica del país, esto en tanto la Corte, en ocasiones anteriores², se había pronunciado estableciendo que un trato diferenciado entre parejas homosexuales y heterosexuales no era discriminatorio en la medida que las primeras no estaban contempladas dentro del concepto de familia como institución básica de la sociedad de acuerdo a la Carta Magna, al pensar de la senadora *“Lo que hizo la Corte, al parecer, fue reglamentar una garantía institucional, para lo cual ni ella ni el Congreso está facultada porque está limitada por la Constitución Nacional”* (La Libertad, 2007).

Lo anterior no denota más que una visión exegética del derecho, según la cual la norma constitucional es totalmente clara y no admite otro tipo de interpretaciones. Nos surge entonces la cuestión, respecto al futuro de un país en el que sus gobernantes no admitan situaciones imprevistas, diferentes, o que no coordinen con sus posturas partidistas; es precisamente en estos casos, en que las Altas Cortes serán desde nuestra perspectiva las encargadas de conceder a los ciudadanos aquellos derechos que constituyan la solución justa del caso concreto, así no corresponda a la ideología política dominante.

Por su parte, la Iglesia, que ha intervenido a lo largo de historia sobre el tratamiento de la orientación sexual en el ámbito jurídico, fue clara al establecer mediante el presbítero Jorge García, Magister en evaluación en educación y especializado en Docencia Universitaria, así como en evangelización en la educación y la cultura, que este tipo de decisiones no eran morales, pues van *“en contra la naturaleza del ser humano porque este fue creado para formar una familia heterosexual. Cuando se habla de lo legal no se tiene en cuenta la moral y nuestros gobernantes suelen ser inmorales, no piensan en valores sino en sus beneficios políticos. Si uno es verdaderamente cristiano, debe ir en contra de lo que atenta contra natura. Todo depende de los principios que cada uno tenga”* (Vanguardia Liberal, 2007).

Es tanto el temor a lo diferente por parte de los distintos credos religiosos, que en abril de 2013 emergió a la luz pública un documento firmado en el año 2010 entre el ahora presidente del Senado Roy Barreras y la congregación

² Ver. Corte Constitucional. Sentencia C-814 de 2001. Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra.

cristiana “Misión Paz a las Naciones”, en el cual, el primero se comprometía a “no promover ni apoyar el matrimonio entre personas del mismo sexo, ni la adopción de niños por parte de estas parejas”(Semana, 2013), a cambio de que los líderes de esta iglesia capacitaran a sus feligreses en la cultura del voto y difundieran las propuestas del, en ese entonces, candidato al Senado.

Tenemos, entonces, que una vez más la religión quiere inmiscuirse en temas políticos, condicionando su respaldo y con ello el de todos aquellos que dentro del territorio nacional sigan a la Iglesia, a favor de los gobernantes que apoyen sus creencias y propugnen porque se mantengan vigentes desde un marco legal y jurisprudencial.

Frente a este tipo de argumentos, los miembros de la comunidad LGBTI se han manifestado en contra. En el 2011, en la Catedral Primada de Bogotá, un grupo de integrantes de asociaciones LGBTI asistieron a una eucaristía con camisetas donde se leía el siguiente mensaje: “soy homosexual, tengo hijos, soy católico” y “¡La homofobia no es cristiana!”. A la par de este acto, la organización de padres y madres homosexuales emitieron un comunicado en el que establecían seis puntos que pueden resumirse así (El Tiempo (2011)):

- Los homosexuales también son fieles católicos y reconocen el valor de la familia.
- ¡La homofobia no es cristiana! pues niega el amor que debe profesarle al prójimo.
- Toda la sociedad, incluyendo la iglesia, debe reconocer y respetar los derechos fundamentales de las familias homoparentales.
- La afectación psicológica del menor cuyos padres son del mismo sexo no está comprobada.
- Los derechos humanos no deben ser definidos por ideología de las mayorías.
- La Iglesia no debe interferir en la toma de decisiones del Estado.

Esto nos permite reflexionar sobre el verdadero interés que persigue la Iglesia a través de las ideologías que promulga, cuando deja de lado hechos como los enunciados anteriormente, denigrando en muchas ocasiones la persona del ser humano por su orientación sexual, y sin considerar que también se está discutiendo el bienestar de millones de niños en el país: ¿Qué pasó con la filosofía según la cual “todos somos hijos de Dios”?

Para Elizabeth Castillo, directora del programa Salud Sexual y Género en Profamilia y coordinadora del grupo de apoyo a madres lesbianas, *todos los hijos adoptados son deseados, mientras que muchos hijos biológicos no lo son*. Basado en esto, para ella debería privilegiarse la posibilidad de las personas que quieren adoptar, en tanto existe un número considerable de menores en el ICBF que esperan ser adoptados. Resalta que en los casos de madres lesbianas, sus hijos han elegido ser heterosexuales e incluso muchas de esas madres son abuelas hoy en día (Tascón, 2009). Lo importante para el colectivo LGBTI, no debería ser el *“definir la familia mediante una construcción formalista, nuclear, la de marido, mujer e hijos. La familia es el lugar donde las personas aprenden a cuidar y a ser cuidadas, a confiar y a que se confíe en ellas, a nutrir a otras personas y a nutrirse de ellas. La ley debería proteger y privilegiar ese tipo de familia y no otro”* (Colombia Diversa, 2005).

La polémica más recia se desató a finales del 2010, año en el cual se conoció el caso de una pareja de mujeres que desde el 28 de febrero del 2008 había tratado de tramitar la adopción de la hija de una ellas, siendo favorable a esta pareja el fallo de primera instancia del Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de conocimientos de Rionegro, Antioquia, y confirmado en segunda instancia por el Tribunal Superior de Antioquia. En el desarrollo de este caso, los medios de comunicación han sido fundamentales al convertirse en el canal mediante el cual se expresaron las diferentes opiniones sobre la adopción en parejas homoparentales.

Sobre este caso, los representantes de la Iglesia Católica consideran que el derecho de los niños a tener una familia solo se garantiza en un hogar conformado por “un hombre y una mujer”. Es de notar que la Iglesia manifiesta su acuerdo respecto al reconocimiento de los derechos a la herencia, la salud, la pensión, entre otros, explicando que las personas con orientación sexual diversa también “son hijos de Dios y que no deben ser objeto de discriminación”, pero resaltando siempre que la familia es aquella conformada por un padre y una madre y que por ese hecho un niño debe crecer en ese ambiente (Semana, 2012). En este escenario, el procurador Ordóñez manifestó su posición de apoyo a la Iglesia y en esta oportunidad explicó que *“los niños podrían verse afectados en su desarrollo síquico-social si son criados por una pareja homosexual, y que la Constitución es ‘clara’ en definir que una familia está conformada por hombre y mujer”* (La Opinión, 2011).

Sin embargo, con esta definición tan restringida de familia no solo están segregando la que pudiese estar conformada por una pareja homosexual,

sino todas aquellas que no cumplan con estos presupuestos, como por ejemplo aquellas integradas por madres o padres cabezas de hogar.

A principios de 2012 se conoció otro caso que se originó en diciembre del 2011, cuando el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar permitió la adopción de dos hermanos por parte del estadounidense Chandler Burr, quien era homosexual. Una vez revisado el caso, el director del ICBF, Diego Molano, aseguró que *“La defensora de familia que asumió la revisión del caso decidió regresarle los niños a Burr tras tener en cuenta la opinión de los dos hermanos (quienes conocen y respetan la orientación sexual de su padre), la recién firma de la Ley Antidiscriminación (1482 de 2011) y la legislación vigente frente al tema. Molano aseguró que este es uno de los casos más complicados que ha asumido la institución y afirmó que existe un vacío jurídico, porque la ley colombiana “no determina las circunstancias relacionadas con la adopción de niños por personas solteras, dependiendo de su orientación sexual”.(...) Además, el fallo defiende que el comportamiento ético, que es el que debe evaluarse para decidir si un adulto es o no competente para educar a un niño, nada tiene que ver con sus preferencias sexuales”* (Cuevas G., 2011).

Lo que a nuestro juicio podría considerarse un paso trascendental hacia el reconocimiento del derecho a la adopción por parejas homosexuales, sin dejar de lado, claro está, la posibilidad de que esta decisión hubiese estado condicionada a la calidad de extranjero del accionante (Burr); sin embargo, por ahora lo importante será determinar aquello necesario para fallar en el mismo sentido en el caso de las madres lesbianas colombianas.

De estas notas de prensa, una línea argumentativa común consistía en que los redactores coincidían en establecer que lo importante en la discusión es la protección de los intereses del menor. La diferencia radica en la forma como se concibe ese bienestar desde la perspectiva e ideología de los actores intervinientes. Para la comunidad LGBTI, el bienestar del menor se protege cuando existe la oportunidad de ofrecerles cariño, amor y cuidados, los cuales podrían tener en un hogar homoparental. Por su parte, la Iglesia Católica y algunos sectores conservadores no están de acuerdo y reiteran la idea del bienestar ligada a hogares donde los padres son de distinto sexo.

Algunos doctrinantes también han abordado el tema sobre los derechos de las parejas del mismo sexo. Mauricio Albarracín, abogado y filósofo de la Universidad de Santander, graduado de doctorado en derecho en Universidad de los Andes y quien actualmente desarrolla investigaciones

sobre los derechos de las personas LGBTI en la Organización Colombia Diversa, ha explicado que las sentencias de la Corte Constitucional no han sido progresistas debido a que no se ha dado la igualdad entre las parejas heterosexuales y homosexuales, por el contrario, se ha creado una jurisprudencia selectiva y acomodada a ciertos intereses para proteger algunos derechos de parejas del mismo sexo pero dejándolas en un estatus inferior (Albarracín, 2011).

2.2 México: el interés superior del menor

En México, durante muchos años los diferentes grupos interesados en el reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo han expresado su opinión al público. Los voceros de la comunidad LGBTI explican que para criar un niño basta el amor que se le puede propiciar y el ambiente agradable que puede darse al interior de un hogar y aclaran que el hecho de que los padres sean gays no quiere decir que obliguen a sus hijos a serlo. Afirman que *“existen familias con configuraciones diversas, todas estas son las familias homoparentales. Lo que queremos es tener los mismos derechos, no más, no menos y no queremos que nuestro niño cuando empiece a crecer sufra de discriminación o exclusión”* (Wikigay, 2012).

La Iglesia Católica no está de acuerdo con esta posición en tanto considera que los niños adoptados por estas parejas pueden padecer daños psicológicos y morales. El cardenal de este país explicó: *“Nuestros niños y jóvenes corren un gravísimo riesgo al ver como normales este tipo de uniones y entender equivocadamente que las diferencias sexuales son un simple tipo de personalidad, dejando así de apreciar la dualidad de la sexualidad humana, que es condición de la procreación y por tanto de la conservación y desarrollo de la humanidad”* (ANSA, 2009).

La Procuraduría General de la República comparte esta postura del clero, considerando que permitir la adopción homoparental es a todas luces un acto que atenta contra los derechos de los menores (CNN, 2010). Esta posición se concretó con la presentación de la acción de constitucionalidad promovida por el procurador Arturo Chávez, en contra de la modificación al código civil del DF, aprobada por el jefe de Gobierno del Distrito Federal, Marcelo Ebrard, y de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, permitiendo el matrimonio y por tanto la adopción por personas del mismo sexo. Chávez fue claro al considerar que *“los matrimonios gay violentaban lo dispuesto en la*

Constitución, suponiendo que esta solo protege el modelo de familia tradicional conformado por un hombre y una mujer” (Arrieta Borja, 2010).

La Suprema Corte se pronunció sobre la demanda el día 16 de agosto de 2010 desestimando las pretensiones del Procurador y reconociendo el derecho a la adopción homoparental. El fallo fue el detonante de una serie de opiniones de los actores sociales. Para los sectores más conservadores, la decisión del máximo Tribunal de la Nación no estaba basada en derecho sino en ideologías políticas, así lo dijo Armando Martínez, abogado del Colegio de Abogados Católicos, quien afirmó: “Consideramos que el actuar de los ministros de la Corte no fue apegado al derecho sino que fue un actuar absolutamente ideológico y político y pediremos que el Senado de la República realice una investigación para conocer los intereses por los cuales los ministros actuaron de tal forma” (Gil, 2012).

Por su parte, la comunidad LGBTI celebraba el avance, debido a que en esas últimas semanas habían conseguido que se declarara constitucional el matrimonio homosexual y la unión homosexual en todos los Estados de la República y la adopción de parejas homosexuales en el Distrito Federal (Cárdenas Miranda, 2010). Se publicaron frases como: “El pleno ha entendido que no hay motivos jurídicos para impedir la adopción a las parejas gays y ha votado en consecuencia” Negrillas del autor, (Rogue, 2010).

Mientras tanto, los representantes de la Iglesia Católica comentaban que era indignante la decisión de los ministros de la SCJN de avalar la adopción de parejas homosexuales y no tener en cuenta el bien y la dignidad del menor, pues a su juicio se estaba equiparando a los niños con una mascota. El vocero de esta entidad, Hugo Valdemar, expresó que la Iglesia va a concientizar a la población de que Marcelo Ebrard, el jefe de Gobierno del Distrito Federal³, no era un funcionario óptimo para la sociedad: “Él y su gobierno han creado leyes destructivas de la familia, que hacen un daño peor que el narcotráfico. Marcelo Ebrard y su partido, el PRD, se han empeñado en destruirnos” (Universal, 2010).

Sin embargo, los pronunciamientos en contra no solo se produjeron por parte de la Iglesia. César Nava, presidente del Partido Acción Nacional (PAN), calificó de “lamentable” el fallo y dispuso que el mismo no era acorde con los preceptos que fundamentan la Constitución, pero que a pesar de ello debía

³ Jefe de Gobierno del Distrito Federal del 5 de diciembre de 2006 al 5 de diciembre de 2012.

cumplirse. Otro de los opositores fue Jorge Serrano Limón, director de la organización mexicana de Provida⁴, quien se refirió a la decisión como “*una cosa antinatural, inmoral, que atenta contra la familia y contra los derechos de los niños*” (Semana, 2010).

Autores como Elva Leonor Cárdenas, doctora en Derecho egresada de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, considera que México “*todavía se enfrenta a la falta de conocimiento sobre la adopción y sus implicaciones, aun tratándose de adopciones por heterosexuales. Por lo que el rechazo social y la estigmatización que pueden sufrir los niños es previsible*” (2010, pág. 11).

María E. Ortega García (2011) sostiene que frente a la adopción se debe tener en cuenta que son los menores los que tienen derecho a ser adoptados y son ellos quienes deben ser protegidos en cualquier momento. Se trata de dar una familia a un niño y no de dar un niño a una familia, es por ello que al momento de presentarse una adopción por una pareja, sea homosexual o heterosexual, lo que se debe estudiar es que cumplan con los requisitos del código civil. Teniendo en cuenta esto, el trámite debe permitir determinar si una persona es apta o no para conformar una familia y no en la orientación sexual, lo cual se considera un criterio totalmente discriminatorio.

Por su parte, el presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. Ricardo Lorenzetti, ha dicho:

“Si se examinan las leyes actuales en todo el mundo, hemos pasado de una lógica jurídica deontológica clásica, como era la descripción de reglas precisas, de una ley que decía “este es el supuesto de hecho y esta la solución” a toda una categoría nueva que se llama conceptos jurídicos indeterminados. De este modo, se deben aplicar principios generales a soluciones particulares. Hoy estamos frente a jueces que resuelven todo el calentamiento global, la discriminación, la ausencia de prestaciones de salud, de vivienda, de educación y de alimentaciones” (Maraniello, 2012, pág. 137).

Lo anterior, denota nuevamente el papel primordial del juez en estos casos coyunturales, y la influencia de los diversos intereses en la política

⁴ Asociación civil, dedicada a promover el valor y la dignidad del ser humano y defender su vida desde el momento de la concepción hasta la muerte natural. Véase. www.comiteprovida.org

de un Estado, puesto que una iniciativa de un partido de izquierda a nivel judicial, significó el planteamiento de un argumento en contra por parte de la oposición, basado en costumbres y creencias arraigadas a una tradición conservadora y religiosa de un país.

2.3 Brasil: casos judiciales

En este país, los voceros de la comunidad LGBTI han sostenido que lo importante en el momento de una adopción es que el menor obtenga un hogar donde pueda acceder a la educación, la salud y el amor, con los que no contaba en su hogar biológico (Instituto Amigos de Lucas, 2011).

La Iglesia Católica⁵ ha establecido que es inconcebible la idea de familia entre personas del mismo sexo porque la misma es contraria a la naturaleza y a la ley de Dios; además, explican que si existen las diferencias sexuales es por una razón inscrita en el plan de Dios (Semana, 2011).

Aunque la Constitución brasileña en su artículo 3º prohíbe toda clase de discriminación, dentro de la cual puede considerarse incluida aquella dada por la orientación sexual, la realidad evidencia que la homosexualidad aún sigue siendo estigmatizada y perseguida. De acuerdo con Ana María de Oliveira Nusdeo y Carlos Alberto de Salles, doctores en derecho de la Universidad de Sao Paulo (USP), *“la igualdad real requiere una presunción de reconocimiento de las diferencias. Así, tales derechos se presentan como derechos al reconocimiento. (...) La adopción por homosexuales está en el centro de esta cuestión. En realidad, este tipo de adopción requiere el reconocimiento de la homosexualidad en un lugar reservado a las parejas de distinto sexo: la familia”* (2009, pág. 4).

En Brasil, la consideración de la homoparentalidad como modelo de familia aún es un ideal lejano; por ello, los homosexuales han recurrido a la adopción de menores realizando las solicitudes bajo el estatus de solteros, evitando así las trabas que el sistema pueda establecer. Esto debido a que los requisitos para que una pareja pueda adoptar *“tienden a basarse en un concepto tradicional de familia, lo que transforma a las parejas heterosexuales en las únicas capaces de ‘exhibir’ ventajas reales para el niño; cuando se trata de una pareja homosexual surgen innumerables ‘conflictos’”* (De Oliveira Nusdeo & De Salles , 2009, pág. 5).

5 En Brasil, al igual que en los otros países bajo estudio, la religión con más seguidores es el catolicismo romano, que representa el 64,6% de la población (123 millones), de acuerdo al censo demográfico del 2010, realizado por el Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística IBGE. Véase. www.ibge.gov.br

Al igual que en Colombia, los avances en materia de reconocimiento de derechos de parejas homosexuales se han dado vía judicial. A partir del 2008, el Tribunal Superior de Justicia inició un cambio de posición en relación con los derechos de los homosexuales, por tanto, dispuso que cuando se presentase una acción judicial que se relacionara con dichos derechos, podría acudir a la División de Familia del Tribunal y no a la de Derecho Privado como se hacía antes. En la decisión adoptada, el ministro Luís Felipe Salomão ostenta que si bien la ley expone taxativamente como unión estable a la conformada por un hombre y una mujer, las características de compañía pública, duradera y permanente, no excluye a las homosexuales.

Un elemento fundamental a la hora de estudiar la adopción por homosexuales, tiene relación con la prevalencia del bienestar del menor adoptivo. Al respecto, el Tribunal de Río de Janeiro *Apelação*⁶ número 1998.001.14332, en un caso de adopción en el cual el adoptante era homosexual y cuyo hijo se sentía orgulloso de tener un padre con esta orientación, se dispuso que no existía ningún argumento para negar la adopción más allá de los requisitos de ley. Con respecto a la orientación sexual del adoptante, dispuso que *“una preferencia individual garantizada por la Constitución no puede transformarse en obstáculo para la adopción de menores de edad, si no se ha demostrado y probado que sea una expresión ofensiva que sea capaz de deformar el carácter del adoptado”*.

El 27 de abril de 2010, el Tribunal Superior Justicia (TSJ) permitió la adopción a una pareja de lesbianas de dos menores autorizando que en los registros civiles apareciera el nombre de ambas mujeres. Esta fue considerada como una futura sentencia hito, puesto que fue una Alta Corte del país la que dispuso tal decisión (Agência Estado, 2010).

Frente a este tema, José Daltoe Cezar, juez del Juzgado 2° de Infancia y Juventud del Distrito de Porto Alegre, había mencionado que: *“Mientras se cumplan los mismos requisitos socio-económicos y psicológicos aplicables a los heterosexuales, la solicitud será aceptada; incluso cuando se haga en nombre de ambos. (...) Hemos llegado a un consenso en la jurisprudencia local, respecto a que [la discusión] ya es asunto del pasado”* (De Oliveira Nusdeo & De Salles, 2009, pág. 10).

El debate social en los países sometidos a estudio, presenta rasgos similares. Por ejemplo, puede notarse que la comunidad LGTBI ha tenido

⁶ Es un recurso utilizado por la persona que sufrió un perjuicio por la sentencia de primera instancia, para que la acción sea analizada por la instancia superior. Véase. www.stf.jus.br

como principal contendor a la Iglesia Católica, entidad que se destaca por la tradición eclesial arraigada desde los períodos de conquista y colonia de estos países. Esta institución se afirma en que el único modelo de familia posible es la heterosexual, considerando las uniones homosexuales ajenas a la moral y totalmente contrarias a lo dispuesto por Dios. Es de resaltar que el argumento de la Iglesia, de lo encontrado en el rastreo de prensa de Colombia y México, está dirigido a cuestionar la moral de los gobernantes y los magistrados y su status de cristianos, estableciendo que la aprobación de la familia homosexual es una simple estrategia que les genera “beneficios políticos”.

En México, esta crítica tiene un contenido político más evidente, en tanto es sabido que la Iglesia, al manifestar su inconformidad frente a la decisión del jefe de Gobierno, perteneciente al Partido de la Revolución Democrática (PRD), ratifica su rivalidad histórica con estos movimientos de izquierda por considerarlos partidos contrarios a la fe y la moral. Posición que es compartida por el partido político de derecha PAN, quien tachó de lamentable el actuar del PRD. Al respecto, debe considerarse para este estudio que:

“Desde la conexión entre los derechos fundamentales y el poder, se ha discutido mucho sobre la relación derecho-política pues en la sociedad moderna la mayoría de las leyes son expresión de una voluntad política, siendo evidente que de su conveniencia depende el establecimiento de un sistema planificador o de iniciativa privada (...) Todo fenómeno social se puede transformar en político en la medida en que fija nuevas decisiones, se exterioriza como un conflicto, compele a la intervención del poder, motiva nuevos reajustes en la distribución de bienes y obliga a considerar cuáles son los fines que la comunidad debe perseguir como bien público. (...) Se ha demostrado que existen dos dimensiones próximas y afines en su cometido y en su meta, buscando las diferencias en la función desempeñada puesto que el derecho garantiza la estabilidad del orden social, y la política representa, en cierto modo, el elemento dinámico de ese orden. La política pertenece, como el derecho, a las formas de la vida social y representa un punto de vista sobre la justicia, pero este está conformado por reglas más rígidas y generales que no pueden ser traspasadas” (Garrido Gómez, 2009).

De este modo, se constata que la temática controversial en la que se desarrolla el presente trabajo se adhiere al campo político, en la medida en que son finalmente intereses de la comunidad los que están en juego, ideologías

tradicionales de derecha e izquierda; incluso, se puede observar la unión entre partido conservador y grupo religioso, en consideración a una concepción única de familia, de matrimonio heterosexual acostumbrado, e idea de perdurabilidad de las interpretaciones constitucionales, lo que finalmente termina por favorecer los deseos de la mayoría así no propugnen por un bienestar social.

En este orden de ideas, resulta relevante el estudio de la marcada posición conservadora⁷ de los representantes del Ministerio Público específicamente de los procuradores, quienes desde el ejercicio de su cargo han manifestado abiertamente su desacuerdo con la adopción por parejas del mismo sexo y han apoyado a la Iglesia Católica, lo cual se torna reprochable si tenemos en cuenta el papel que desarrollan estos entes dentro de la estructura de los Estados, como garantistas de los derechos humanos.

Frente a constituciones aspiracionales como la de México, Brasil y Colombia, llamadas así por su tendencia a promover un desarrollo y cambio social a partir del derecho constitucional, existen críticas conservadoras que encuentran grandes puntos de conexión con lo dispuesto líneas atrás; de este modo, tenemos que:

“El primer tipo de crítica conservadora defiende una noción minimalista de Constitución, según la cual solamente debería entenderse por Constitución el conjunto de principios generales que guían la acción del legislador y que, por lo tanto, no tienen valor normativo, sino valor político o carácter programático. Podemos llamar este punto de vista constitucionalismo preservador, pues supone que las constituciones solo están llamadas a conservar las estructuras económicas, sociales y políticas que condujeron a su establecimiento, y que cualquier cambio o desarrollo de tales estructuras debe ser adelantado por los órganos políticos cuando cuenten con las mayorías necesarias para llevarlo a cabo” (Saffon & García Villegas, 2011, pág. 81).

Sin embargo, en esa mayoría no se basa la democracia ni el interés general, por lo tanto, no puede considerarse un margen legítimo sobre el cual fundamentar decisiones trascendentales como es la de otorgar o no una familia a un menor, darle la oportunidad de ser alguien en la vida, o de tener el calor y el cuidado

⁷ Dicho de una persona, de un partido, de un gobierno, etc.: Especialmente favorables a la continuidad en las formas de vida colectiva y adversas a los cambios bruscos o radicales. *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.*

que solo un hogar puede brindarle. Al respecto, William Koski, abogado y doctor en educación, docente e investigador en la Universidad de Stanford, ha dispuesto que “*la justicia puede y debe generar cambios sociales cuando la política y los políticos se muestran imponentes o, simplemente, no están dispuestos a impulsarlos*”, o lo que Maraniello (2012) ha dispuesto como activismo social.

Un argumento concurrente tiene que ver con la interpretación del principio del interés superior del menor. Para los opositores de la medida, la prohibición de la adopción permite lograr la materialización de este principio, mientras tanto, aquellos que propenden porque la comunidad LGTBI tenga acceso a la adopción, se apropian de argumentos tendientes a la igualdad, la pluralidad y la no discriminación.

Es de notar que, en estos países, los sectores sociales tradicionales mantienen posiciones discriminatorias sustentadas en la creencia conservadora de que el desarrollo adecuado del ser humano se da en el seguimiento de la orientación sexual que la sociedad exige, es decir, la heterosexual; y que por parte de los Estados se han dado medidas ambivalentes, que finalmente tienen como piedra angular la caracterización social de la conducta sexual, es decir, asumir que la conducta heterosexual es un hecho dado, inmutable y universal, o lo que se conoce como reificación de la conducta sexual⁸. La ambivalencia radica en que se promueven medidas a favor de los homosexuales pero en espacios restringidos y para temas específicos, originándose esas medidas en sede del poder judicial, el cual no es el escenario natural y constitucional para determinar los beneficios de orden legal propiamente dichos.

3. ¿Qué pesa más: prejuicios o igualdad?

Clarificado el contexto, en este aparte se pretende analizar lo que las Altas Cortes han manifestado sobre el tema, intentando contrastar los distintos argumentos, para identificar aquellos derechos o principios que fueron ponderados en cada caso, y la alusión a estudios técnicos científicos o al

⁸ “El acto (o resultado del acto) de transformar propiedades, relaciones y acciones humanas, en propiedades, relaciones y acciones de cosas producidas por el hombre, objetos que se han vuelto independientes (y que son imaginados como originalmente independientes) del hombre y gobiernan su propia existencia. También, la transformación de seres humanos en cosas que no se comportan en una forma humana sino de acuerdo a las leyes del mundo de las cosas. La reificación es un caso ‘especial’ de **alienación**, su forma más radical y extendida, característica de la sociedad capitalista moderna”. Bottomore, Tom (1984) Diccionario del Pensamiento Marxista. Madrid, 1984.

cambio social para fundamentar sus fallos. A partir de esto se sugerirán algunos aportes que pueden extraerse de los fallos extranjeros y que resultan útiles para la discusión en el caso colombiano.

Es importante tener en cuenta que el trabajo está orientado de manera fundamental al tema de la adopción homoparental. Para desarrollar el tema, se planteará una pregunta persistente por cada Estado analizado, la misma se elaboró a partir de los fallos pertinentes encontrados en las Altas Cortes.

Antes de iniciar, nos parece pertinente ilustrar un fenómeno que a nuestro parecer resulta de gran importancia a la hora de hablar del reconocimiento del derecho a la adopción por vía judicial, sobre todo en consideración a los grandes cambios que a nivel social y cultural se han presentado en el mundo:

“Considerar que la figura del juez no se ha modificado a lo largo del tiempo y que este siglo XXI no lo tiene como actor principal, es no ver la realidad. En este aspecto existe un movimiento denominado “activismo judicial”, que ha permitido aumentar y revalorizar las funciones de los magistrados judiciales, sean estos nacionales o provinciales, siempre en un mejoramiento del sistema judicial, respetando los derechos y garantías constitucionales. (...) Una parte de la doctrina considera que una sentencia es propia de un ejercicio activista de la judicatura cuando el tribunal, además de solucionar el caso concreto traído a su juzgamiento, envía señales innovadoras a los demás poderes, a los jueces inferiores y a la sociedad en general, tendientes a generar un cambio en la legislación o en la jurisprudencia o en la costumbre” (Maraniello, 2012, pág. 121).

De esta forma, como gran ejemplo tenemos el caso “Brown vs. Board of Education”, en el cual la Suprema Corte de EE.UU., dispuso la inconstitucionalidad de la segregación racial en escuelas norteamericanas.

“Los jueces, en este caso, tuvieron dos caminos, obligaban a acatar la sentencia de cumplimiento imposible o tomaban un rol protagónico político cuya decisión se basaría en tan solo colocar en la sentencia a la gente que el sistema excluía, demostrando que chocaba con los derechos constitucionales y que estaban en vía de extinción. La Corte optó por esto último y, al año, es decir, en 1955, las grandes ciudades y los centros marginales habían cumplido la sentencia” (Maraniello, 2012, pág. 126).

Lo anterior demuestra que es posible por medio de una decisión cambiar un paradigma social, si bien en principio pudiese parecer errada o contraria a un orden preestablecido, la realidad es que fue un claro ejemplo de activismo; en éstos casos lo importante no siempre es cumplir con los lineamientos estatales, sino dar una solución justa y en base a los derechos humanos. Como se vislumbra no optó por una imposición, sino por describir una situación de discriminación de tal modo que sin poder coercitivo, logró un cambio de mentalidad.

3.1 Colombia: ¿hacia el fin de la hegemonía de la familia monogámica-heterosexual?

Actualmente, en Colombia no se ha reconocido expresamente el derecho a la adopción para parejas homosexuales; sin embargo, han existido posiciones disímiles dentro de la Corte Constitucional, las cuales se pretenden ilustrar a continuación.

La primera decisión referente al tema surgió en la sentencia T-290 de 1995 con ponencia de Carlos Gaviria Díaz. En ella se abordó el caso de una bebé abandonada por sus padres en un inquilinato y que fue acogida por el administrador del lugar; quien decide iniciar el proceso de adopción ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF). Esta entidad niega la solicitud declarando la situación de peligro, en tanto el interesado no contaba con las condiciones para sustentar a la menor. No obstante, el solicitante considera que tal negativa se debió a su orientación sexual y por ello acude a la acción de tutela. Frente al caso, la Corte ha reconocido 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 a aquella formada por lazos naturales o afectivos.*

Por este motivo, la Corte establece que en el caso no existe vulneración alguna a los derechos del pretendido adoptante, puesto que la negativa se basó en las circunstancias económicas de este y no en su condición homosexual. Respecto a este punto, el magistrado Carlos Gaviria Díaz, en su aclaración del voto, dispone que si bien no se tuvo en cuenta dentro de las consideraciones, fue claro para la Corte que la homosexualidad no constituía causal para que se omitiera o imposibilitara la adopción.

“Negarle a una persona la posibilidad de adoptar o cuidar a un niño, por la sola razón de ser homosexual, constituiría ciertamente un acto discriminatorio contrario a los principios que inspiran nuestra Constitución. Se pretendía así dejar claramente establecido que eran otros los motivos que habían guiado a la Corte al confirmar la sentencia que denegó la tutela. (...) La homosexualidad no es en sí misma un lastre moral, pues el comportamiento recto o desviado de una persona nada tiene que ver con sus preferencias sexuales. El comportamiento ético de una persona nada tiene que ver con sus predilecciones amorosas y que es aquel, y no estas, el que ha de evaluarse para decidir si un adulto es o no competente para educar a un niño”.

Posteriormente, en 1999, en sentencia C-477, el magistrado Carlos Gaviria Díaz elabora una ponencia sobre la inconstitucionalidad de algunos apartes de los artículos 89, 91, 95 y 98 del Decreto-Ley 2737 de 1989 o el Código del Menor. La adopción, de acuerdo al artículo 88 del Decreto, es *“principalmente, y por excelencia, una medida de protección, a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza”*. En este caso, se declaró la exequibilidad de las normas siempre y cuando se entendieran aplicables a los compañeros permanentes que desearan adoptar; no se abordó directamente la adopción homoparental pero sí se establecieron disposiciones importantes en relación al tema general de la adopción y la familia. En esta sentencia, la Corte sostuvo que una negativa de adopción, justificada en la calidad del vínculo dado por una unión marital, restringía el derecho fundamental de los niños de tener una familia, y *priva a los interesados en adoptarlos de tener un hogar con hijos a quienes brindarle su cuidado y amor*. Resaltando también que dicha discriminación no se ajusta a la obligación del Estado respecto al principio de igualdad y *al interés superior del menor y a los principios, valores y derechos reconocidos en la Constitución*.

Supondría lo anterior, entonces, que si la Corte estaba a favor de la adopción por parte de compañeros permanentes heterosexuales, en tanto permite salvaguardar el derecho a la familia y el interés superior del menor, el que parejas homosexuales decidieran adoptar, también podrían considerarse como una forma válida para cumplir con los fines del Estado.

La Corte Constitucional en sentencia C-814 de 2001, con magistrado ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, trató específicamente el tema de la adopción por parejas homosexuales. Al respecto, mencionó que el artículo 44 de la Constitución dispone el derecho a todos los niños de tener

una familia y no ser separados de ella, a partir de la adopción, se realiza “la incorporación del adoptado a la familia del adoptante, se garantiza también todo el plexo de derechos reconocidos al menor de cuya eficacia el primer responsable es el padre. Por eso, la ley define la adopción como una “medida de protección” que se establece en favor del menor”. En esta oportunidad, la Corte estipuló que aunque la figura de la adopción da la oportunidad de ser padres a aquellas personas que por la naturaleza no pueden serlo, permitiendo el ejercicio de derechos como el de conformar una familia y el libre desarrollo de la personalidad, no es esta la finalidad última de la figura; se trata de una medida tendiente a proteger al menor y sus intereses. De esta manera, se introduce a la discusión el concepto del interés superior del menor, frente al cual la Corte en sentencia T-408 de 1995 estableció:

“La más especializada doctrina coincide en señalar que el interés superior del menor se caracteriza por ser: (1) real, en cuanto se relaciona con las particulares necesidades del menor y con sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; (2) independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres, en tanto se trata de intereses jurídicamente autónomos; (3) un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los derechos del menor; (4) la garantía de un interés jurídico supremo consistente en el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor”.

252

La Corte manifiesta que el principio del interés superior del menor exige al legislador adoptar medidas para su efectividad. Una de ellas es la exigencia a los futuros adoptantes de una serie de requisitos de idoneidad, pretendiendo la ley que quien adopta sea el más apto para favorecer el desarrollo del plan de vida del menor.

Sin embargo, cuando se plantea la discusión respecto al concepto de “familia” a la luz del artículo 42 de la Constitución, la Corte establece que la interpretación adecuada al tenor literal de la disposición es que la familia que pretendía proteger el constituyente era la monogámica y heterosexual. Por lo que descarta de plano cualquier otro tipo de interpretación para este artículo. Por tanto, para la Corte “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. (...) La disposición que ocupa la atención de la Corte únicamente pretende proteger la familia constitucional, concediéndole el derecho de constituirse con fundamento en la adopción. 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 la protegida por el artículo 42 de la Constitución”.

Lo anterior, no corresponde más que a una evasiva por parte de la Corte, a responder un problema social mediante un planteamiento tradicional y conservador de lo que pudiese significar el término familia, sin comprender que este tema, además de ser controversial, no se restringe a una definición única e inmodificable. En primer lugar, podemos decir que existe una definición básica que reúne en general lo que todos podemos considerar como familia: “*Un grupo de personas unidas por vínculos de parentesco, ya sea consanguíneo, por matrimonio o adopción que viven juntos por un período indefinido de tiempo. Constituye la unidad básica de la sociedad*” (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile). Como nos encontramos en una sociedad que se transforma constantemente, y que por tanto requiere de nuevas formas de pensar, debemos también considerar la familia como “*una institución social que tiene su dinámica propia y, frente a esta, la única función del Estado es reconocerla y otorgarle protección*” (Colombia Diversa, 2005, pág. 65). Por último, debemos tener en cuenta que, frente a la multiplicidad de opciones actualmente disponibles, la primera definición de familia contiene aspectos que “*han quedado desactualizados, ya que en la actualidad suele extenderse el término familia al lugar donde las personas aprenden a cuidar y a ser cuidadas, más allá incluso de sus relaciones de parentesco*” (Definición de Familia).

Si la sociedad avanza, es normal que algunos aspectos normativos empiecen a quedar desuetos, como la definición de familia en nuestra Constitución Política, es por ello, que no podemos quedarnos ciegos a esos cambios e ignorar las nuevas formas de constituir familia que surgen en nuestro entorno; con esto, no solo estamos haciendo referencia a la homoparental, sino aquella conformada por madres o padres cabezas de familia, o abuelos y nietos.

Habermas, por su parte, determina que el derecho debe ser un integrador social, esto es, un:

“estabilizador de expectativas de conducta’ en una sociedad compleja y atomizada. En este tipo de sociedad, la capacidad integradora de la acción comunicativa se desborda por mundos de vida plurales, que ya no pueden vincularse por lazos religiosos o tradicionales. Se requiere, por tanto, de normas que impongan de facto conductas; sin embargo, la sola imposición no basta si lo que se busca es una

cohesión social duradera, que se alcanza solo si las normas, además, pueden ser justificadas con base en razones” (Rodríguez G., 1997, pág. 160).

De acuerdo con este planteamiento, es claro, en primer lugar, determinar que la Corte Constitucional del 2001 presenta un cambio de precedente respecto al concepto de familia y a la defensa de la posición en la cual el hecho de ser homosexual no podía considerarse un impedimento para acceder a la adopción, originando la tesis según la cual ya no es posible hablar de discriminación cuando se les prohíbe a las parejas homosexuales acceder a la adopción, en tanto su forma de convivencia no corresponde a la constitucionalmente protegida, desconociendo un cambio social evidente en el cual no es posible hablar de un solo modelo de familia, y aunque considere que no existe discriminación, no puede negarse que es una forma de segregar aquellas formas o vínculos que por diversas razones no constituyen la unión de un hombre y una mujer, como las expuestas anteriormente.

En segundo lugar, en esta decisión se pretende incluir un elemento moral, *“pudiera decirse que en la tensión que se presenta entre el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los pretendientes adoptantes, quienes aspiran a ser padres, y el derecho de los menores a la educación moral, la Constitución misma se decide por la prevalencia de este último (art. 44 de la Constitución Política), y de todos los demás derechos que están ínsitos en la condición de hijo de familia. A juicio de la Corte, la norma acusada garantiza esta prevalencia y en este sentido es un desarrollo constitucional”*. Pero apoderándonos de palabras del autor Sergio Estrada Vélez⁹(2011), ¿cómo determinar la correspondencia entre la moral pública y el interés social? ¿Quién es el intérprete legítimo de esa moral pública?

Por lo general, las autoridades de un país tienden a implementar en sus decisiones elementos consuetudinarios, morales o tradicionales, con el deseo de legitimar su actuar, sin embargo, ello ya no resulta incuestionable en estos tiempos, por el contrario, la globalización ha dado como resultado el avance a nivel económico, científico, cultural y académico de las sociedades modernas, originando la implementación de cambios a nivel estatal, en todas las ramas del poder. En este sentido de relación entre derecho, moral y política, Habermas ha dispuesto que:

⁹ Especialista en Derecho Constitucional, especialista en Argumentación Jurídica, Diploma de Estudios Avanzados Universidad de León (España).

“Moral, política y derecho se entrelazan pues sistemáticamente en el marco de un concepto de estado democrático de derecho que comporta un procedimiento decisorio cuyos presupuestos comunicativos, y el correspondiente reconocimiento de los mismos por parte de los interlocutores discursivos involucrados, otorgan el sustento necesario qua condición de validez garantizando la legitimidad de los resultados obtenidos, i.e., de las decisiones adoptadas. Puede decirse así que el concepto habermasiano de estado democrático de derecho se articula entonces con base en la tesis según la cual en los procedimientos legislativos la moralidad emigrada al derecho positivo se hace efectiva mediante el mecanismo de hacer que los discursos sobre objetivos políticos queden sometidos a las restricciones impuestas por el principio de que los resultados de esos discursos puedan ser susceptibles de asentimiento general, es decir, a las restricciones impuestas por el punto de vista moral que hemos de respetar cuando se trata de fundamentar normas” (Prono, 2013, pág. 54).

No obstante, tales discursos legitimadores no contienen la voluntad de un pueblo, muchas veces solo recrean el pensamiento de la mayoría, ya sea una religión, un partido político o una corriente ideológica, y por tanto no siempre están direccionadas a alcanzar un bienestar general, como en el caso que nos ocupa, donde a pesar de que la Corte considera entre sus argumentos el *interés general del menor*, dicho precepto no se pone en práctica cuando prefiere dar prelación a un concepto obsoleto, tradicional y restringido de familia, en vez de considerar la situación marginal en la que viven millones de niños en Colombia y los problemas de delincuencia e índices de pobreza a los que conllevan.

En razón a esta situación en el 2012, se interpuso la acción de inconstitucionalidad contra la expresión “moral” del artículo 68 de la ley 1098 de 2006, “por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”. Al respecto, los accionantes consideraban que no era posible hablar de cosa juzgada, puesto que en dicho fallo la Corte no había realizado una interpretación acorde al ordenamiento jurídico, limitándose a analizar el término en consideración al derecho de libre desarrollo de la personalidad de las personas homosexuales, sin verificar la posible afectación del interés del menor.

Tomando en cuenta lo anterior, nos merece exaltar los argumentos generales que motivaron esta acción pública, los cuales compartimos y hemos intentado, en la medida de lo posible, manifestar líneas atrás; consideramos que la decisión de la Corte del 2001:

(...) i) contiene una visión restringida de la familia, concepto que la Corte reconoció en la sentencia C-577 de 2011 que se extiende más allá de las parejas heterosexuales; (ii) se opone al interés superior del niño en tener una familia, especialmente en ausencia de políticas que promuevan la adopción de los niños abandonados, lo cual “relega al menor a vivir bajo medidas de protección que no garantizan el desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social que sí pueden ser garantizados bajo el núcleo familiar”; y (iii) subordina el interés superior del niño a pautas de moralidad social.

En este caso, la Corte termina por inhibirse, sustentando su parte resolutive en la ineptitud sustantiva de la demanda; sin embargo, existe un aparte que a nuestro juicio tiene una importancia considerable en la discusión que nos ocupa, en el cual la Corte Constitucional, al tenor literal de la norma demandada, dispone que:

“ARTÍCULO 68. 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. Como se puede apreciar, el texto no hace referencia a la orientación sexual de los candidatos a adoptar. Simplemente, exige que los solicitantes tengan idoneidad física, mental, moral y social para suministrar una familia adecuada y estable al niño. El precepto no define qué es idoneidad moral, qué es idoneidad social, ni qué es una familia adecuada y estable”.

256

Resulta cuestionable entonces, el hecho de que aún sin existir una definición de idoneidad moral, o de familia adecuada y estable para el menor, sean estos precisamente los argumentos utilizados por la Corte Constitucional para negar el derecho a la adopción a parejas homosexuales y con ello el derecho de los menores a tener una familia.

Al respecto, en el trámite a la sentencia C-814, los magistrados Eduardo Montealegre Lynett, Jaime Córdoba Triviño y Manuel José Cepeda Espinosa, salvaron su voto apartándose de lo dicho por la mayoría de la Sala. En su salvamento, argumentan que el fallo impone un ideal de familia, monogámica y heterosexual, desconociendo con ello el espíritu pluralista de la Constitución de 1991 que obliga a la protección constitucional de *las familias indígenas de comunidades que no practican la monogamia o las formas sociales diversas de organización familiar que existen*

en el litoral pacífico o la costa atlántica. Respecto al argumento esgrimido por la Sala, según el cual el artículo 42 al proteger a la familia monogámica heterosexual corresponde a la voluntad del Constituyente, los disidentes disponen que también debe valorarse el hecho de que en medio de las discusiones sobre el tema, *estaba presente el interés por regular fenómenos sociales y nuevas formas de conformar familia al interior de la sociedad colombiana. Por ello, se preocuparon de no cerrar la puerta a la evolución social y a la transformación legislativa que la acompaña.*

Para estos magistrados, toda persona, independientemente de su orientación sexual, tiene la misma capacidad para brindarle amor y protección a un menor. En sus palabras:

“No entendemos cómo es posible que se prefiera privar a un niño de recibir el cuidado y la atención necesaria para su adecuado crecimiento, en virtud de que, supuestamente, ese es su ‘interés’. (...) Y a los homosexuales les está diciendo: sean como quieran, allá ‘ustedes’, pero no se relacionen entre sí, no creen vínculos afectivos sólidos y estables, no construyan comunidades significativas de vida, y no aspiren a ejercer los derechos que el texto de la Constitución reconoce a todas las personas como sujetos igualmente dignos”.

Por su parte, el magistrado Jaime Araújo Rentería, se adhiere a sus tres colegas defendiendo el argumento según el cual la Constitución no define un solo tipo de familia, estableciendo al respecto que:

“(..) Cuando el constituyente utiliza conceptos o términos diversos es porque quiere distinguir situaciones diversas. En síntesis, el constituyente se refirió dos veces a la voluntad, para referirse a dos clases de familia; en un caso a la voluntad (decisión libre) de un hombre y una mujer, que por mediación del matrimonio forman una familia, y en el otro caso por la voluntad responsable de dos personas de conformarla, sin exigir que se tratase de hombre y mujer, lo que cobija también a las familias de pareja de un mismo sexo, o de sexo diverso, pero que no han contraído matrimonio” (Subrayado fuera del texto).

No conciben cómo la ley permite la adopción a personas solteras, pudiendo ser estas homosexuales, pero no lo estiman así cuando conviven con su pareja. Considera que si existen dudas respecto a si es propicia o no, la adopción por parte de homosexuales, de acuerdo a las garantías constitucionales, debería resolverse a favor y no en contra de estos.

Con base en esta sentencia, Sergio Estrada Vélez¹⁰ ha considerado que no puede limitarse el estudio a invocar el derecho a la igualdad o a la adopción de parejas homosexuales, sino que resulta importante considerar el derecho a ser diferentes, a brindar una familia y del menor a tener una. Para ello se hace necesario una actitud propositiva. El juez, en este caso, se limitó, se puso barreras, cuando la misma Carta Política le dio la respuesta al disponer que los derechos de los menores prevalecen sobre los otros. Era entonces claro que las parejas homosexuales eran idóneas para cumplir con este fin constitucional; sin embargo, la presión que ejercen la ideas tradicionales de la sociedad tienen un gran peso a la hora de tomar decisiones. No es fácil ir en contra de una mayoría, pero en este caso existen razones, principios y derechos a favor de los niños que fundamentarían ese cambio de mentalidad, como se dio en Estados Unidos. Solo se trata de ponderar los distintos derechos involucrados, lo cual no fue realizado debidamente en este fallo.

Pese a ello, en el año 2009, el Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Rionegro, Antioquia, en el caso de una pareja de mujeres homosexuales, en el cual se solicitó la adopción por parte de una de ellas del hijo de su compañera permanente, decidió tutelar los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la igualdad ante la ley y al debido proceso, al manifestar que:

“Para el caso, debe entenderse que todas las decisiones adoptadas en desarrollo de un proceso de adopción, deben estar plenamente justificadas en el acto administrativo que los contenga, resaltándose en él, la aplicación de normas claras, unívocas, públicas y sometidas a los valores y derechos constitucionales que tienden a garantizar la igualdad material ante la ley de todos (a) los (a) ciudadanos (a) cualquiera sea su condición, raza, sexo, creencia religiosa, nacionalidad y demás; máxime, cuando a través del trámite adjetivo se están resolviendo derechos superiores y prevalentes como son los de los niños, niñas y adolescentes para acceder a una familia en mejores condiciones, bien sea porque le falte o porque esté incompleta. (arts. 29, 13,44 C.P. y 4 C.P.C).

¹⁰ Ver Estrada Vélez, S. (2011). Dos ejercicios de ponderación a propósito del matrimonio y la adopción en parejas del mismo sexo. *Opinión Jurídica*, 10(19), 21-40. Estrada Vélez, S. (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. *Revista de Derecho: División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte* (36), 126-159.

(...) De esto, el fundamento fáctico no es otro que de observar el escrito en el que fue negada la solicitud de adopción por improcedente y el de la respuesta a la solicitud de tutela que allegaran al Despacho, no solamente la Defensora Segunda de Familia sino los (a) demás Funcionarios (a) del mismo ICBF que, en cumplimiento de las pruebas ordenadas por el despacho, estructuraron sus argumentos dirigidos a la improcedencia de la acción de tutela, atendiendo a la condición huérfana de homosexuales de la pareja XXX y YYY. Pero, nótese, ningún argumento o prueba se dirigió a resaltar o proteger el interés superior de la niña involucrada, tendientes a demostrar objetivamente cuáles eran las fuentes propias para afirmar que esta opción sexual afecta directamente los núcleos esenciales de los derechos prevalentes de la infante ZZZ, en caso de llegarse a autorizar el trámite administrativo reclamado por la pareja de señoras solicitantes.

(...) Y, por último, la decisión final no fue tomada por parte del Comité de Adopciones de la Regional o Seccional o Institución Autorizada según las mismas reglas publicadas por el ICBF, sino que fue adoptada por la misma Defensora Segunda a través de un comunicado sin fecha, que no cumple al menos con los requisitos de forma y de fondo exigidos para que el acto administrativo sea entendible y produzca los efectos legales esperados”.

Dicha decisión fue impugnada en el año 2010, y confirmada en segunda instancia por el Tribunal Superior de Antioquia, a pesar de que este solo restringió la discusión al tema de la vulneración del debido proceso. En el año 2011, la Corte Constitucional conoció el caso y actualmente no existe sentencia formal al respecto.

Lo anterior es de gran importancia en el desarrollo del derecho a la adopción en un país como Colombia, pues si bien la Corte Constitucional no se ha pronunciado en relación a este tópico, es un gran inicio que los jueces y tribunales estén dando pasos tan contundentes frente a este tema, y esperamos sea objeto de consideración por otros administradores de justicia.

Por otro lado, pero podría decirse en igual línea garantista, en sentencia C-577 de 2011 con magistrado ponente, Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, la Corte cambia de nuevo su precedente respecto a la familia homosexual y considera que Colombia como un Estado Social, Democrático de derecho y pluralista debe propender por la protección de los distintos tipos de familia; en esta medida, ni la heterosexualidad, ni la consanguinidad, son elementos indispensables.

En esta sentencia se reconoce de forma explícita la protección de la familia conformada por personas del mismo sexo. Esto en la medida que el concepto de familia ha presentado una evolución y además es una institución social de carácter maleable, *lo que llevó a considerar la variación de la interpretación tradicional del artículo 42 superior, para que responda de mejor modo a la realidad actual. (...)*

De acuerdo a esta decisión, *no existen razones jurídicamente atendibles que permitan sostener que entre los miembros de la pareja del mismo sexo no cabe predicar el afecto, el respeto y la solidaridad que inspiran su proyecto de vida en común, con vocación de permanencia, o que esas condiciones personales solo merecen protección cuando se profesan entre personas heterosexuales, mas no cuando se trata de parejas del mismo sexo.*

Finalmente, en sentencia T-276 de 2012, con ponencia de Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, la Corte se pronunció sobre el caso -antes citado- de la adopción por parte de un estadounidense, Burr, quien después de realizada la adopción de dos menores colombianos, le fue removida la custodia al conocerse su orientación sexual.

En este caso, la Corte establece varias subreglas en torno al reconocimiento del interés superior del menor, el debido proceso y el derecho de los menores a ser oídos, de acuerdo a lo dispuesto en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la Convención de los Derechos del Niño y el Comité de los derechos del Niño en su observación general número 12. Al respecto, se logró determinar que 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 hermanos, arrojando como resultado, la negativa por parte de la Corte de considerar que la omisión de la información fuera proporcional o justificada a la medida de restablecimiento de derechos adoptada.

Dentro de las pruebas de este proceso se incluyó el dictamen pericial de la psicóloga Clemencia Ramírez Herrera, quien se entrevistó con Burr y fue clara al establecer que el mismo estaba en condiciones para asumir *el rol parental como es la apertura, la flexibilidad y la capacidad para establecer apegos y vínculos afectivos.* Y dejó claro que provenía de una familia estable y que era *una persona competente, capaz de convertirse en un padre efectivo que por su nivel*

de compromiso probablemente será un padre de gran beneficio para estos niños. En razón a lo anterior, se tuteló los derechos fundamentales de los menores y del padre adoptivo al debido proceso y a la unidad familiar.

De estos pronunciamientos, se puede establecer que si bien en un principio la Corte reconoció que la orientación sexual no debía ser un criterio para negar la adopción a una persona homosexual, posteriormente cambia dicha posición argumentando que el fundamento de la negación no era la orientación sexual sino la prevalencia del interés superior del menor, el cual se veía amenazado cuando se entregaba al niño a parejas conformadas por personas del mismo sexo. Esta posición genera algunos interrogantes, puesto que supondría que el interés del menor se ve protegido cuando mediante la adopción se le proporciona un hogar que le brinde protección y afecto, o al menos así se consideró cuando se trató el tema de la adopción en el caso de compañeros permanentes heterosexuales. De esto, puede intuirse que la Corte en el 2001 estaba privilegiando una interpretación tradicional, desconociendo el hecho de que existen menores abandonados, en condiciones muchas veces infrahumanas, que podrían ser recibidos por hogares homosexuales, y que además la condición de homosexual no representa una desviación moral o ética de la persona.

Casi siempre se ha trabajado el tema del Estado incluyente, pero ¿hasta qué punto un Estado cumple con dicho precepto?, ¿hasta dónde potestativamente puede tomar una decisión al respecto, sin ser limitado por el contexto en que se encuentra, es decir, por los aspectos sociales, culturales, políticos o económicos? Esta clase de preguntas son fundamentales para nuestro análisis, el cual parte de la idea de que el tema del pluralismo debe ser orientado hacia algo más que una simple “aceptación” de lo diferente. Es por ello que, cuando hablamos de una sociedad pluralista, debemos tener en cuenta que esta, como lo advierte Pablo Rosso¹¹ (2011),

“no consiste en la mera diversidad religiosa, social, cultural y política que albergan. Tampoco en la actitud de ‘tolerancia’ que predomina en las personas con respecto a la diversidad, sino en el hecho de que la diversidad se asuma como un valor. Esto último es una novedad de considerables consecuencias en la historia humana, una de cuyas características ha sido la profunda desconfianza ante ‘lo distinto’ y hacia todo lo que se aparta de

¹¹ Médico Cirujano de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

nuestra forma de concebir al mundo o, peor aún, de nuestros intentos por ordenarlo conforme a esas concepciones”.

La decisión de la Corte Constitucional, en 2011, donde considera las uniones homoparentales como familia, abre de forma indiscutible la posibilidad de estas personas para adoptar. Esto en tanto no existiría un fundamento para negarla, ya que la razón que la sostenía a partir del nuevo pronunciamiento ha sido abolida. Además, aunque el pronunciamiento emitido por la Corte Constitucional en 2012 solo se remite a un caso en particular, en el cual una persona soltera pueda acceder a la adopción del menor siendo homosexual, permite suponer que en un futuro existiría un pronunciamiento de la Corte que tutele el acceso a esta figura jurídica no solo a una persona, sino a parejas homosexuales.

3.2 México: ¿quién es un buen padre?

A partir de la modificación a los artículos 146 y 391 del Código Civil del Distrito Federal -los cuales dieron apertura al matrimonio entre personas del mismo sexo y por tanto a la adopción por parte de estas-, publicados en la Gaceta Oficial del Distrito Federal de 29 de diciembre de 2009, el procurador general de la República, Arturo Chávez Chávez, promovió la acción de inconstitucionalidad donde solicitaba la invalidez de las normas señaladas.

262 Dentro de los argumentos que promovieron la reforma del Código se menciona que el artículo 4 de la Constitución Federal dispone que “*el varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia*”. Una interpretación de este artículo establece que el modelo ideal de familia concebido por el Constituyente Permanente¹² es aquella conformada por madre, padre e hijos, sin dejar de tener en cuenta otros tipos de familias que pueden existir a partir de la realidad social. Sin embargo, el Procurador dispone en la parte motiva de la demanda, que las condiciones de la sociedad no pueden ir en contra de lo que dispone la Ley Fundamental (Constitución). Respecto a la decisión de reforma, el actor considera que no se tuvo en cuenta el interés superior del menor, puesto que desconoce los posibles efectos psico-emocionales que pueden producirse en los menores adoptados por personas del mismo sexo.

12 De acuerdo al artículo 135 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos está conformado por el Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados.

Para el Procurador debe prevalecer el interés superior del menor en la medida que la adopción es una disposición dirigida a lograr la protección definitiva de los menores huérfanos o abandonados, brindándoles una familia permanente. Para el actor, la discriminación se presenta respecto a los niños que podrían ser adoptados por parejas homosexuales, puesto que no vivirían en un ambiente adecuado para su desarrollo, en comparación con aquellos acogidos por matrimonios heterosexuales.

Para responder a los argumentos planteados por el Procurador, la SCJN se pronuncia a través de la sentencia de Acción de Inconstitucionalidad 2/2010 y en su parte motiva se vale de los estudios técnicos científicos realizados por la Universidad Nacional Autónoma de México, referentes a los impactos psicológicos, sociológicos, bioéticos, entre otros, que pueden generarse con la adopción por parte de parejas del mismo sexo. La SCJN establece 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 pudiera originarla. Para la Corte, *la familia, lejos de ser una creación jurídica, nace o se origina con las relaciones humanas, correspondiendo más bien a un diseño social que, por ende, se presenta de forma distinta en cada cultura.*

Bajo este argumento, considera la SCJN que la Constitución, a pesar de haber sido promulgada en 1974, época en la cual no se pensaba siquiera en el matrimonio homosexual, debe interpretarse en clave de la historia de las relaciones humanas y su evolución, la cual implica el surgimiento de distintas formas de interacción o vínculos entre los seres humanos, al igual que ha dejado de un lado la visión tradicional de matrimonio y su relación con la función estrictamente procreativa. Para la SCJN, un ejemplo de esto es que actualmente existen matrimonios heterosexuales que no desean tener hijos; otros que, por razones biológicas, no pueden tenerlos y que, en algunos casos, recurren a los avances médicos para lograrlo (...); uno más que, aun cuando no tienen impedimento para procrear, optan por la adopción; otros tantos que se celebran entre personas que ya no están en edad fértil o entre personas que ya tenían descendencia y no desean tener una en común.

Con respecto al interés superior del niño, que el accionante presume violentado al permitirse la adopción homoparental, la Suprema Corte cita un apartado del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, en el que se manifiesta que *“la expresión ‘interés superior del niño’ (...) implica que el desarrollo de este y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores*

para la elaboración de normas y la aplicación de estas en todos los órdenes relativos a la vida del niño”. A partir de esta regla, la Corte coincide en afirmar que

“Ello no puede traducirse en que la orientación sexual de una persona o de una pareja que es simplemente una de las opciones que se presentan en la naturaleza humana y, como tal, forma parte de la autodeterminación y libre desarrollo de la personalidad, le reste valor como ser humano o pareja y, por tanto, lo degrade a considerarlo, por ese hecho, como nocivo para el desarrollo de un menor.”¹³

Lo que exige el principio es que se establezcan medidas tendientes a garantizar que aquellos posibles adoptantes puedan satisfacer las necesidades de los menores, estipulando límites dentro de los cuales se examine la mejor opción a favor de estos (sea en una familia homosexual o heterosexual). Según lo dispuesto, el Estado no estaría en obligación de garantizar “los mejores padres posibles”, ya que no está dentro de sus competencias determinar quién podría ser ese “mejor padre”.

Sobre la presunta discriminación que podría darse hacia los menores que crecen entre parejas del mismo sexo, la Corte establece que la misma es improcedente en tanto desconoce el principio del interés superior del menor, que se relaciona con la necesidad de brindar cuidado, protección y educación a los menores y no dejarlos desprotegidos sin justificación alguna. En este caso, *entregar el menor se convierte en el medio idóneo para satisfacer el derecho de todo niño y niña que, por alguna razón, no estén con su madre o padre biológicos o con ambos, de tener una familia que le procure asistencia, cuidado y amor, con todo lo que ello implica –educación, vivienda, vestido, alimentos, etcétera”.*

La discriminación en la sociedad debe ser eliminada y el Estado no debe negar dicha diferenciación ni excluir por la estigmatización social otras

¹³ A esta conclusión llega la Corte Suprema luego de haber analizado la opinión técnica rendida por especialistas de la Universidad Nacional Autónoma de México; en ella establecen: *“No existe ninguna base para afirmar que los hogares o familias homoparentales posean un factor anómalo que redunde directamente en una mala crianza. Quien crea lo contrario, está obligado a mostrar evidencias de ello. Ni el procurador general de la República, ni nadie en el mundo, ha presentado tales evidencias empíricas, con estudios serios y metodológicamente bien fundados. La carga de la prueba está en quienes sostienen, prejuiciosamente, que una pareja homosexual no es igual o es peor para la salud y el bienestar de los menores que una pareja heterosexual. En realidad, quienes tienen esa creencia hacen una generalización inconsistente, a partir de algún dato particular o anecdótico y lo elevan a una característica de todo un grupo social. Estas generalizaciones inconsistentes se llaman estereotipos y estos, a su vez, son la base cognitiva errónea de los prejuicios sociales y de la intolerancia”.*

formas de familia. Por el contrario, debe reconocerlas y protegerlas en pro de garantizar el cumplimiento del predicado pluralismo del Estado Democrático de Derecho. En este sentido, agrega la Corte, *lo que la Constitución busca, a través de su texto expreso y de los valores que la inspiran, es prevenir esta discriminación, por lo que no podríamos declarar inconstitucional una reforma legal como la que ahora nos ocupa, bajo ese argumento, porque ello implicaría “constitucionalizar” la discriminación.*

Decide finalmente la Corte, en razón a lo expuesto, que los artículos demandados son válidos, y por tanto la adopción por parte de parejas homosexuales en el Distrito Federal es constitucional. La Corte nuevamente interpreta la constitución en clave social y establece como conclusión de su fallo que:

“La existencia de matrimonios y familias con miembros homosexuales, ni impulsa ni prohíbe, ni mucho menos excluye la continuación y crecimiento de las familias heterosexuales. No se trata de destruir a la familia, sino de enriquecer su contenido, de reconocer su variedad, de hacer posible la unión de personas para cuidarse, quererse, protegerse y tener vida en común, lo que es mucho mejor que negar el derecho a la integración humana, y con ello, impulsar a los seres humanos a tener niños abandonados en la calle, que en México se calculan en más de cien mil, sufriendo marginación, drogadicción, insalubridad o explotación sexual, en vez de que estén insertos en una familia, y a desconocer la realidad en que vivimos”.

Es claro entonces, que para la CSJN, los argumentos dados por el Procurador no proceden desde ningún punto de vista. La ley no solo se enfocó en otorgar derechos a las personas del mismo sexo, sino que también tuvo en cuenta que estos hogares podrían ser una alternativa para garantizar a los menores el derecho a una familia. En esta sentencia, es claro que *la homosexualidad no determina la calidad de buenos o malos padres*, por ello el negárseles el acceso a la adopción, constituiría irrefutablemente una discriminación injustificada. Sin embargo, aclara la Corte, no puede desconocerse que toda persona independientemente de su orientación sexual, debe cumplir con el lleno de requisitos que impone la ley para poder adoptar, no se trata solamente de dar un hogar al menor, sino de proporcionarle una familia que pueda cumplir con un mínimo de condiciones que aseguren, en la medida de lo posible, el óptimo desarrollo del niño.

Con respecto a los efectos de esta decisión emanada por la Corte, de acuerdo al artículo 121 de la Constitución, *“los actos del estado civil ajustados a las leyes de un Estado tendrán validez en los otros”*. Esto no implica que todas las entidades federativas

deban regular la adopción de forma idéntica a como lo ha hecho el Distrito Federal, pero sí deben reconocer la de las adopciones por parte de parejas homosexuales que hayan tenido lugar en el D.F.

Podemos ver en este caso que la Corte optó por dar respuesta a un tema que, aunque coyuntural, resulta indispensable para la solución de un problema de gran envergadura social; de este modo, el juez federal estadounidense Wayne destaca dos formas de ver el fenómeno del activismo: *“La primera, de manera jurisprudencial, al reconocerse judicialmente ciertos valores que otorgan determinados derechos a ciertos grupos socialmente vulnerables, y la segunda, cuando se toma la decisión del juez para defender un derecho vulnerado”* (Gálvez Bautista, pág. 4).

De este modo, podemos encontrar que no solo se estableció la imposibilidad de negar la adopción a una pareja homosexual apelando a la condición de “buenos o malos padres”, cuando dicho adjetivo no tiene definición objetiva alguna, ni puede asegurarse que se predica en su totalidad de parejas heterosexuales sino que comporta un reconocimiento de los derechos de los menores que se encuentran en situación de vulnerabilidad.

3.3 Brasil: lo que no está prohibido, ¿está permitido?

Para efectos del presente trabajo tendremos presente los pronunciamientos del Superior Tribunal de Justicia (en adelante STJ) y del Supremo Tribunal Federal (en adelante STF), en los cuales se han surtido decisiones respecto al derecho a la adopción homoparental.

El 27 de abril de 2010, el STJ dictó sentencia respecto al Recurso Especial No. 889.852 – RS (2006//0209137.4) interpuesto por el Ministerio Público del Estado de Rio Grande Del Sur, correspondiente a un fallo emitido por el Tribunal de dicho Estado. En este fallo se confirmaba la decisión emitida en primera instancia, por medio de la cual se permitió la adopción de dos hermanos a la compañera permanente de una mujer que había realizado la adopción de estos menores anteriormente. La madre adoptiva y su compañera decidieron conformar una unión estable y adoptar conjuntamente a los menores, esto motivado en que la madre adoptante padecía una enfermedad grave y su deceso amenazaba los derechos de los menores a la afiliación al sistema de salud. De esta forma, la adopción por parte de la compañera permanente fue percibida por la pareja como una medida de protección a los menores, sobre todo porque la compañera tenía un buen posicionamiento a nivel profesional y podría brindarle a los niños toda la protección necesaria en caso de que faltare la madre titular.

En este caso, el Ministerio Público afirma en su demanda que la decisión adoptada por el Tribunal es contraria al artículo 1° de la Ley 12.010/09, el cual establece el derecho que asiste a todos los niños y adolescentes a que les sea garantizada la vida familiar; y al artículo 43 del Estatuto del niño y el adolescente (ECA) a partir del cual la adopción solo debe ser otorgada cuando se presenten ventajas reales y se base en motivos legítimos.

Al respecto, el STJ dispone que de acuerdo a los estudios técnicos científicos realizados por entidades como la Universidad de Virginia, la Universidad de Valencia y la Academia Americana de Pediatría, 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. De igual forma, estipula que no es posible por parte de un órgano del poder judicial negarse a una realidad que se presenta en la sociedad.¹⁴

Para el STJ, la familia es merecedora de la protección del Estado, así sea conformada por personas del mismo sexo, y si de ambos intervinientes se predica la duración, la publicidad y la intención de continuar con la familia, nada impide la posibilidad de la adopción. Asimismo, si no existe ninguna base científica que defina algún tipo de problema para los menores criados por personas homosexuales, no es dable entonces impedir que ello ocurra. Para el ST, esta sentencia es una oportunidad para *“abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal)”*.¹⁵

Es indiscutible el hecho de que los menores involucrados en este caso, hasta el momento, han desarrollado una vida normal a nivel personal y social. También se logra constatar que no existen lesiones psicológicas o emocionales, por el contrario se percibe un ambiente de protección y afecto brindado por

¹⁴ Frente a eso, la Corte enfatizó que “la adopción, en primer lugar, representa un acto de amor, desprendimiento. Cuando se lleva a fin de cumplir el interés superior del niño, es un gesto de humanidad. Hipótesis sobre la cual fue aún más lejos, con la intención de adoptar dos niños, hermanos biológicos cuando, de acuerdo con el Consejo Nacional de Justicia, establecido el 29 de abril de 2008, el Registro Nacional de Adopción, el 86% de las personas que querían adoptar limitan su intención a un solo hijo”. (Traducción no oficial)

¹⁵ Es hora de abandonar de una vez los prejuicios y las actitudes hipócritas que carecen de base científica, y adoptar una postura fuerte de defensa a la prioridad absoluta que constitucionalmente se garantiza a los derechos de los niños y los adolescentes (art. 227 de la Constitución Federal). (Traducción no oficial)

su nueva familia. La negativa de la adopción basada en la imposibilidad de registrar dos nombres femeninos en el certificado del nacimiento, resulta contrario a la protección de los derechos de los menores quienes han convivido desde temprana edad con las dos mujeres, identificándolas como su núcleo familiar de referencia.

En este orden de ideas, el STJ manifiesta que a través de la adopción de los menores por parte de la compañera permanente, estos tendrán indudablemente garantías como la inclusión en el seguro de salud, el acceso al sistema de educación básica y superior y a los derechos herenciales en caso de deceso de la adoptante inicial, correspondiendo estos hechos a los beneficios que integrarían lo dispuesto por el artículo 43 del ECA. En caso contrario, podría existir un daño real a los menores. Dicho daño, más allá del ser separado de su familia, estaría en que el niño de familias homoparentales se sintiera diferente, discriminado y además estigmatizado, no por ser adoptado por este tipo de familias, sino porque la misma ley de su país no considera a su familia de ese modo.¹⁶

De igual forma, esta Alta Corte ostenta que la ley no está hecha para regular los sentimientos sino las relaciones basadas en ellos, las normas deben justificarse en la protección de la mayor cantidad de libertades posibles y no en limitaciones ideológicas o especulaciones impuestas por individuos o sectores particulares. Por lo tanto, 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.

En la exposición de voto, el ministro Honildo Amaral de Mello Castro establece que, siguiendo el principio de dignidad humana que guía a Brasil, no se encuentra justificado el hecho de que los niños permanezcan en albergues con tratamientos que no corresponden al trato que merecen en beneficio de su interés, por lo que resulta

¹⁶ En palabras de la Corte: “Ahora bien, si lo que se busca a través de la adopción es el bienestar del niño, según lo previsto el Estatuto del Niño y del Adolescente, se podría decir que el no reconocimiento de las familias compuestas por padres/madres homosexuales, y por lo tanto, la imposibilidad de la adopción, por ambos (as) compañero (as) iría en contra de los principios jurídicos, ya que facilitaría el hecho de que el niño se sintiera diferente y discriminado. De este modo, el niño no se sentiría estigmatizado por ser adoptado por la gente gay, sino porque la ley de su país no considera a su familia como tal.” (Traducción no oficial). Mariana de Oliveira Farias e Ana Cláudia Bortolozzi Maia. *Adoção por Homossexuais – A Família Homoparental sob o Olhar da Psicologia Jurídica*, Ed. Juruá, p. 217.

preferible la adopción de acuerdo a como lo dispuso la sentencia.

En palabras del ministro João Otávio De Noronha:

*“assistente social chega a essa conclusão para recomendar a adoção, dizendo que não há nenhuma relação de promiscuidade. Aproveito a oportunidade para dizer que o fato de ser uma relação homoafetiva não traz nenhuma influência na opção sexual dessas crianças ou na futura opção sexual desses meninos adotados. A experiência nos mostra que isso não tem nada a ver”*¹⁷.

Estos dos magistrados coinciden al afirmar en la sentencia que una familia homoparental puede brindarle a un menor un hogar seguro; esto es una mejor opción que el albergue, sitios en los cuales se han reportado situaciones de abuso. Además, consideran que a partir de los cuatro años las posibilidades de adoptabilidad se reducen significativamente, obligando a los menores a permanecer hasta los 18 años en condiciones que generan efectos negativos para su posterior desenvolvimiento en la sociedad.

En razón a lo dispuesto, el STJ decide confirmar la decisión emitida por el Tribunal y permitir la adopción de los menores a la compañera permanente de su madre, puesto que después de analizar la situación, se encuentra que permanecen en condiciones óptimas. Por otro lado, consideran que la orientación sexual no debe tratarse como un elemento de filtro para el acceso a la adopción. Lo que se pretende es brindarle un hogar al menor, y de acuerdo a los lineamientos del Estado brasileiro, este debe garantizar la protección a todo tipo de familia que cumpla con los elementos básicos de publicidad, duración e intención de continuar.

El segundo fallo a analizar en el caso de Brasil, se produce con ocasión de la acción directa de inconstitucionalidad (ADI) No. 4277, en la cual se solicita conferir interpretación conforme a la Constitución al artículo 1723 del Código Civil¹⁸. Al respecto, el STF dispone que la prohibición de discriminación y de prejuicios en

¹⁷ La trabajadora social llega a esta conclusión de recomendar la adopción, diciendo que no hay ninguna relación de promiscuidad. Aprovecho esta oportunidad para decir que el hecho de que se trate de una relación homoafectiva no trae ninguna influencia sobre la orientación sexual de estos niños o la futura orientación sexual de los adoptados. La experiencia nos demuestra que esto no tiene nada que ver. (Traducción no oficial)

¹⁸ Es reconocida como entidad familiar la unión estable entre el hombre y la mujer, configurada en la convivencia pública, continua y duradera, y establecida con el objetivo de constitución de una familia. Quedan a salvo en general los impedimentos matrimoniales. (Traducción no oficial)

razón a la diferencia de género en las parejas del mismo sexo, como parte de la orientación sexual, están proscritas del ordenamiento brasilero. Este fallo del STF está inspirado en la aplicación del principio de pluralismo cultural y socio-político que consagra la Constitución, por tanto no es dable que la ley o actuaciones administrativas adopten medidas basadas en el criterio de orientación sexual diversa.

En razón a ello, el STF trae a colación la norma general negativa de Kelsen, la cual establece que “*lo que no esté jurídicamente prohibido, está jurídicamente permitido*”. En este caso, señala que el silencio legislativo de la Carta Política de 1988 con referencia al sexo de los individuos debe interpretarse en el sentido de que esta norma al utilizar la expresión “familia” “*não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica*”¹⁹.

La familia en su tradicional significado de núcleo doméstico, poco importa si se encuentra formal o informalmente constituida o si está integrada por parejas heteroafectivas o por parejas homoafectivas. Así lo dispuso el artículo 226 de la Constitución al conferir a la familia el estatus de base de la sociedad, y una especial protección por parte del Estado.

De igual forma, aunque dicha disposición estipula la unión estable entre hombre y mujer como entidad familiar, el STF como encargado de interpretar la Constitución manteniendo su coherencia, debe trabajar por la eliminación de todo prejuicio emanado de la orientación sexual de las personas. En este sentido, es claro que la diferenciación que propone la Constitución entre hombre y mujer, está dada en razón a la importancia de favorecer relaciones jurídicas horizontales y sin jerarquía en lo que se refiere a sociedades domésticas. Sin embargo, la Constitución no impide la formación de familias por personas del mismo sexo, en tanto, no se puede prohibir a nadie nada, al menos que la razón se funde en el derecho o protección a un interés legítimo propio o de toda la sociedad. Por lo tanto, considera el STF que no existe un derecho establecido únicamente a favor de las personas heterosexuales que impida la equiparación jurídica con los individuos homosexuales, lo cual dispone un tratamiento jurídico igualitario.

¹⁹ No limita su formación a parejas heteroafectivas ni a la formalidad de *cartorária*, celebración civil o liturgia religiosa. La familia como una institución privada voluntariamente constituida entre personas adultas, mantiene con el Estado y la sociedad civil una necesaria relación tricotómica. (Traducción no oficial)

Lo anterior muestra que las decisiones emitidas tanto por el STJ como por el STF están guiadas a identificar que no existe un solo tipo de familia protegido por la Constitución, y que el vacío al respecto debe ser interpretado de acuerdo a los principios establecidos en dicha disposición, evitando caer en aseveraciones arbitrarias y sesgadas.

A partir de lo anterior, podemos traer a colación aquellos aspectos que consideramos pertinentes y que compartimos con Uprimny (2011). Tenemos que lo primordial en los fallos de las Cortes de los tres países ha sido la consideración expresa de la idea de diversidad en sus discursos y con ello el reconocimiento de nuevos derechos a las personas homosexuales, como el de tener una familia. Además, encontramos en nuestra investigación la participación de los procuradores como instancias a nivel político que propenden por los intereses y cuestiones planteados por la ciudadanía ante las instancias judiciales, aspecto que a la luz de este autor se debe principalmente a las modificaciones que a nivel estructural o institucional plantean las nuevas constituciones al crear los órganos de control. Otro punto que dispone Uprimny en el texto base de este documento, es el uso por parte de los jueces nacionales de fuentes jurídicas internacionales de Derechos Humanos, lo cual se percibe al analizar los fundamentos que se tuvieron en cuenta por parte de las Altas Cortes para realizar un pronunciamiento frente al derecho a la adopción por parejas homosexuales.

3.4 Análisis comparativo de los argumentos jurisprudenciales. Semejanzas y diferencias

Los principios determinantes para la emisión de los fallos fueron el pluralismo y la igualdad. En Colombia, en sentencia T-290 de 1995, la Corte Constitucional recalcó el deber del Estado respecto a la promoción del pluralismo, principio bajo el cual es factible la protección de los diferentes tipos de familia; en esta medida, la orientación sexual no es un criterio excluyente para el acceso a la adopción. Posteriormente, en 2001, la Corte cambia su visión respecto al tema realizando una interpretación tradicional del artículo 42 de la Constitución política, dando “mayor relevancia al interés superior del menor” e integrándolo a la noción de familia monogámica. Sin embargo, dicha prevalencia fue superflua ya que basó su decisión en el carácter moral de los adoptantes, siendo la “moralidad” algo tan subjetivo, que puede adquirir significación en consideración a un interés, un pensamiento o una ideología. Nadie está en capacidad para definir este término, puesto que no es algo que responda a

un designio universal, es decir, lo que para mí puede ser inmoral para otra persona puede hacer parte de sus costumbres, en cambio, no cabe duda, y es claro para todos, que lo mejor para un menor es que tenga un hogar, una familia quien cuide de él, y que le brinde el amor y todas aquellas cosas que requiere para ser una persona idónea a la sociedad.

En este orden de ideas, en el salvamento de voto dispuesto por algunos magistrados en la sentencia mencionada, se recalcó nuevamente la importancia del pluralismo y se implementó el concepto de la evolución social como componente determinante para la interpretación de la Constitución. En el 2011, la Corte Constitucional defiende la posición de inclusión de las parejas homosexuales dentro del término familia, argumentando el fin constitucional del Estado Social y Democrático de derecho respecto a la protección del pluralismo. Finalmente, en 2012, la Corte permite la adopción por parte de una persona homosexual, dándole esta vez una prevalencia real al principio del interés superior del menor, y teniendo en cuenta que la orientación sexual de una persona no constituye *per se* una amenaza o riesgo para el menor, lo cual en definitiva constituye un parámetro claramente diferenciador del concepto tradicional de familia, que se venía trabajando.

En México, se fundamenta la decisión en el carácter pluralista de la Constitución y en la protección de la heterogeneidad de intereses, expectativas y preferencias. Para la SCJN, la Constitución no protege un único tipo de familia sino que permite la protección a los derechos de las personas del mismo sexo al igual que al interés superior del menor. En Brasil, el argumento fundamental se basa en prohibición de discriminación dispuesta por la Constitución, determinada por el carácter pluralista del Estado y el principio de igualdad aplicado en parejas heterosexuales y homosexuales.

Entre las diferencias argumentativas en los fallos, puede verse que en Brasil la decisión a favor de la adopción homoparental estuvo basada en la dignidad humana del menor y en el cumplimiento del requisito de convivencia por parte de las parejas homosexuales. Otra diferencia fundamental que presentan México y Brasil, respecto a Colombia, es la interpretación que se le da al “interés superior del menor”; en estos casos, se considera que este principio se protege cada vez que el Estado puede suministrar a los niños huérfanos un hogar donde se les brinde el amor, el cuidado y la protección que no pudieron obtener de su hogar biológico. Dicho hogar puede ser uno homoparental, en tanto lo importante no es la

orientación sexual de los padres sino el cumplimiento de los requisitos de ley para poder ser considerados aptos para la adopción.

Si bien en Colombia se trató este principio por la Corte Constitucional en 1999, dicha decisión fue limitada respecto a las uniones entre compañeros permanentes de parejas heterosexuales. En 2012, se permitió la adopción a una persona soltera homosexual, considerando que la separación del núcleo familiar de los menores, sin que pueda ser atribuible a una razón suficiente o de inminente peligro, constituye una clara vulneración de este principio por parte de las entidades públicas, generando ellas mismas la amenaza hacia los pequeños. A pesar de esto, persiste la ausencia de un pronunciamiento por parte de la Corte en cuanto al uso de este principio tratándose de adopción por parejas homosexuales; esto genera inquietud respecto a los efectos jurídicos reales de estas sentencias y cuestiona el sentido del fallo de la decisión del caso de las madres lesbianas de Rionegro, en el cual, a pesar de que debió haber sido fallado meses atrás, no existe decisión alguna.

Es necesario recalcar el uso que las Cortes le dieron al criterio de ponderación entre principios, como herramienta argumentativa. El mismo, fue definitivo para avanzar en la toma de decisiones en estos casos que socialmente generan controversia por la multiplicidad de actores involucrados, sin embargo, en el caso colombiano, dicha ponderación tuvo grandes rechazos, puesto que no se tuvieron en cuenta principios fundamentales como el del interés superior del menor o derechos como el de tener una familia, sino que se emplearon estos conceptos como distractores de ideas arraigadas a una tradición de familia.

Un segundo elemento que debe ser tenido en cuenta es la reinterpretación desarrollada en Colombia, México y Brasil, de lo dispuesto en la Constitución Política respecto a la concepción tradicional de familia, como la monogámica heterosexual. En palabras de Robert Alexy, *“La ciencia del derecho, tal como se cultiva en la actualidad, es, ante todo, una disciplina práctica porque su pregunta central reza: ¿qué es lo debido en los casos reales o imaginarios? Esta pregunta plantea desde una perspectiva que coincide con la del juez”* (Rodríguez G., 1997, pág. 160). En este caso, las Cortes acudieron al argumento del cambio social recalcando la evolución del concepto de familia en tanto institución social que se origina a partir de las relaciones humanas, estableciendo una interpretación de la Constitución coherente al momento social en que nos encontramos.

Un tercer punto objeto de análisis corresponde al empleo o no de las diversas fuentes y/o estudios técnicos científicos por parte de las Altas Cortes como

fundamento de su decisión. Tenemos en consideración a las fuentes, que existe un discurso internacional y uno local. Aunque todas las naciones cuentan con identidades dominantes tradicionales dirigidas a materializar los valores sociales en sus leyes, es importante destacar el uso de tratados, pactos, sentencias y en general todo el discurso internacional que hace parte la argumentación jurisprudencial. Actualmente, los grupos que no han sido escuchados por los representantes del poder en su país de origen están acudiendo a lo dicho por las entidades internacionales para exigir el reconocimiento de sus derechos²⁰.

Encontramos, entonces, que en países como México y Brasil los jueces también están haciendo uso de estos discursos globales de derechos humanos para reivindicar aquellos grupos que dentro de los Estados se encuentran marginados. En Brasil, las cortes dieron un amplio uso a instrumentos como la Carta de Principios de Yogyakarta, la Declaración de derechos del Hombre y del Ciudadano o la Declaración Universal de los Derechos Humanos; sentencias extranjeras emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América. En México, los magistrados, específicamente en sus votos confirmatorios y de oposición a la decisión emitida, fundan sus razones en lo dispuesto por la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y libertades fundamentales, el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las sentencias dictadas por la Corte Europea de Derechos Humanos, las Sentencias dictadas por las Cortes y tribunales de otros países, entre otros.

274

En lo concerniente a los estudios técnicos científicos, tenemos que México se remite de forma específica a los emitidos por la Universidad Autónoma de México, mientras Brasil, por su parte, emplea aquellos provenientes de la Universidad de Virginia, la Universidad de Valencia y la Academia Americana de Pediatría.

Por su parte, la Corte de Colombia, en sus sentencias, no emplea de forma evidente el discurso global ni los estudios técnicos científicos. Solamente se refiere a ellos en la sentencia emitida en el 2012, en la cual fueron utilizados como base de la decisión fuentes como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la Convención sobre derechos del Niño y la Observación general número 12 del Comité de los Derechos del Niño. Si bien

²⁰ Véase. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile.

en Colombia existen intervenciones dentro de las sentencias, sería ideal que aquellas fueran realizadas por entes especializados en los temas específicos, los cuales podrían suministrar una visión objetiva y fundamentada sobre el tema. Asimismo, y para efectos de la interpretación del interés superior del menor, sería importante considerar las estadísticas de menores en hogares de paso del ICBF y las denuncias sobre maltrato en estos sitios, así como la gran cantidad de menores que, a medida que pasa el tiempo, pierden la posibilidad de ser adoptados.

Conclusiones

La estructura del Poder Judicial en los tres países objeto de estudio son muy similares en cuanto a su forma de organización y respecto a los operadores jurídicos que emiten las decisiones. Entre los elementos que se tornan semejantes, tenemos que se tratan de Estados donde encontramos la supremacía de la Constitución, la prohibición de la discriminación y la dignidad humana como principios fundantes. Son Estados donde se reconoce el carácter diverso de sus ciudadanos y, por tanto, el derecho a la inclusión social; se desarrollan políticas en pro de la igualdad y la diversidad (pues los tres países tienen en común ser países multiculturales, es decir, con diversidad de culturas, diversidad étnica, diversidad de naciones). De acuerdo con Uprimny (2011), la presencia de estos elementos permite establecer que gran parte de los países de América Latina comparten entre sus rasgos comunes la conceptualización de los principios ideológicos en la Constitución, denotado este fenómeno como “Constitucionalismo de la Diversidad”.

De igual forma, las constituciones estudiadas en su parte orgánica establecen una tridivisión del poder basada en una interdependencia y un control mutuo, instaurado para impedir arbitrariedades en el uso del poder. En este panorama, se entiende por qué los mecanismos de defensa dispuestos como garantía a la supremacía de la Constitución han sido el camino seguido por las personas para acceder al reconocimiento de sus derechos. En el ámbito legislativo, este reconocimiento no ha sido posible en tanto implica un cambio en la normatividad o una reinterpretación de esta, lo que necesariamente involucra toda una suerte de intereses políticos, sociales y culturales que a nivel político podrían tener un costo para los miembros de esta rama. Este costo en el caso de la rama judicial no es considerado, pues es de recordar que su elección no depende del voto popular sino que está ligada a cuestiones de meritocracia; es

entonces a partir de las acciones y recursos que se moviliza a la rama judicial dando origen al desarrollo jurisprudencial, objeto de nuestro estudio.

Por otra parte, tenemos algunas diferencias en cuanto a los efectos de las decisiones de las Altas Cortes. En México y Brasil, por tratarse de Estados federados, la jurisprudencia emitida por las Altas Cortes tiene efectos únicamente frente al Estado que solicita su pronunciamiento. En este caso, existe una restricción para los actores sociales en tanto su participación podría verse limitada en la medida en que la decisión no surte efectos sobre todos los Estados que componen la Federación. Sin embargo, en casos controversiales como la adopción, esto es una ventaja para los ministros opositores, quienes dirigen sus esfuerzos a impedir que ocurran fallos similares en su respectivo Estado. Por el contrario, en Colombia, al ser un Estado organizado en forma de República, las decisiones emanadas por la Corte Constitucional que marquen un claro precedente tienen efectos *erga omnes*. Esto hace que la decisión judicial deba ser respetada horizontal y verticalmente entre los jueces, pero también implica que en los casos difíciles la labor de los jueces esté marcada por un juego político, que puede llevar a que en ocasiones los fallos contengan evasivas frente a un tema coyuntural.

Es claro, entonces, que existe un mayor riesgo político al emitir un fallo que tiene vinculatoriedad a nivel nacional, que decidir un aspecto en el que solamente se va a vincular a un determinado Estado, ya que podría significar para aquellos movimientos políticos que promuevan esta clase de iniciativas una directa oposición por parte de los actores sociales inconformes, que busquen desprestigiar la legitimidad o conveniencia de sus gobiernos por no seguir los planteamientos tradicionales de un país. Es tal vez entonces por este temor que los jueces colombianos han decidido no optar por realizar un verdadero papel de activistas en el tema que nos ocupa y, por el contrario, evadirlo a través de discusiones terminológicas y morales.

La Iglesia, sobre todo, aún en nuestros días, tiene gran poder de influencia en los feligreses, de tal modo que les indican el prototipo de sociedad ideal y con ello de las ideas transversales que deben fomentar los “buenos gobernantes” a escoger, por tanto, estar en contra de estos planteamientos puede significar la pérdida de un posicionamiento político o del respaldo económico de quienes siguen estas costumbres.

Es por lo anterior, que debemos destacar que los fallos emitidos por las Altas Cortes responden a lo dispuesto por los diversos actores sociales o utilizan algunos

de sus argumentos para fundamentar las decisiones. Respecto a la Iglesia, tenemos que las Cortes en sus últimos pronunciamientos han dado respuesta al ideal de familia tradicional, monogámica y heterosexual que promulga dicha institución religiosa. En el caso colombiano, la Corte rebatió este argumento cuando consideró que independientemente de la orientación sexual, las personas homosexuales están en igual capacidad de brindar amor y protección; lo anterior, sin desconocer que esta Corte en su parte resolutoria no ha realizado pronunciamientos hacia el reconocimiento de este derecho. En México, la Suprema Corte responde al Procurador haciendo uso de estudios técnicos científicos, que demuestran la inexistencia de una amenaza real para los niños que conviven con familias homoparentales. Finalmente, en Brasil, los tribunales analizados coinciden en que la adopción implica una ventaja real para los menores, y que lo primordial son los vínculos de afecto y ambiente familiar, apartándose de este modo de prejuicios carentes de bases científicas, de creaciones de normas que justifiquen limitaciones ideológicas o especulaciones impuestas por individuos o sectores particulares. De esta manera, las Cortes se sobreponen al confesionalismo que tradicionalmente había caracterizado los distintos ordenamientos jurídicos, como lo dispone Rodrigo Uprimny.

Así mismo, encontramos que las Altas Cortes de los tres países recogen argumentos emanados por la comunidad LGTBI para fundamentar sus decisiones, sobre todo aquellos tendientes a la consideración de la idoneidad de las personas homosexuales para ejercer el rol de padres y la ausencia de algún tipo de riesgo psico-emocional o en la determinación sexual de los menores adoptados.

Tenemos, entonces, que los actores sociales han ejercido una influencia notoria en los fallos de las Altas Cortes. Esto, en tanto, no debe desconocerse que las ramas del poder tienen un capital político que deben cuidar, y el derecho en cierta medida se crea, se interpreta y reinterpreta en relación con los grupos de interés.

Con esto, queremos destacar que los argumentos empleados por cada una de las Altas Cortes se construyeron a partir de la Constitución como fuente jurídica legitimadora del discurso. Es la misma Constitución la que faculta a las Altas Cortes a reinterpretar su contenido frente a los cambios sociales de los Estados, sin que en ello puedan intervenir de forma arbitraria las demás ramas del poder público. Los fallos analizados tienen entre sus razones fundamentales el reconocimiento del derecho a la adopción por parejas homosexuales, a partir

de la interpretación sistemática de los principios de pluralismo, diversidad, igualdad y no discriminación, generando una nueva visión respecto al interés superior del menor y el derecho a conformar una familia, este último representado por un cambio social de los últimos años. Si bien en Colombia no se ha dado dicho reconocimiento, existen argumentos importantes que pueden contribuir a la formación de una línea jurisprudencial y cambio de precedente futuro.

En este sentido, cabe traer a colocación lo planteado por Uprimny (2011) quien considera que las reformas constitucionales se dieron en consideración al futuro y no a las relaciones existentes en el momento de su creación, esto en la medida que constituyen “*documentos jurídicos que tienden a delinear un modelo de sociedad a construir*”, lo que corresponde efectivamente a lo pretendido por los jueces con estas nuevas interpretaciones de las normas constitucionales, sin desconocer lo complejo que resulta reformar una tradición.

En el caso colombiano se han presentado argumentos afines, pero la Corte no ha proferido un fallo de fondo frente al tema, sobre todo por las consecuencias o efectos a nivel nacional. No debemos olvidar, sin embargo, que la lucha por parte de la comunidad LGTBI frente al problema de la discriminación ha sido constante. No ha sido fácil desde ningún punto de vista enfrentar una sociedad en la cual el tener un gusto o atracción por el mismo sexo, trae consigo la vulneración de derechos fundamentales como la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad, o el derecho a tener una familia y poder adoptar.

Colombia, Brasil y México son países en los cuales encontramos una tradición de ideas conservadoras y confesiones religiosas que, podríamos decir, han aparecido como obstáculos al momento de decidir sobre una situación tan controversial como la que nos ocupa. No obstante, encontramos que sus Altas Cortes han podido desarrollar debates en torno al tema, de tal magnitud que ha sido posible idear el reconocimiento del derecho a las parejas homosexuales.

A pesar de las diferencias políticas, económicas y de trayectoria de la comunidad LGTBI en estos países, no consideramos que sean suficientemente relevantes en el ámbito judicial, de tal modo que impidan que en Colombia sea posible la adopción de una decisión favorable al derecho que nos ocupa. Estamos de acuerdo en que lo importante al momento de aprobar el derecho a la adopción por las parejas homosexuales, es analizar los derechos del adoptado y no del adoptante, es finalmente el principio del interés superior del menor el que debe prevalecer. A nuestro juicio, un niño estará en mejores condiciones en el seno de un hogar sin

importar si está o no conformado por parejas del mismo sexo; con esto, no solo nos referimos a una estabilidad económica sino al amor, al respeto y el cuidado que en otro lugar no podrían llegar a tener.

Si bien la Corte Constitucional ha aceptado que prima el interés superior del menor, consideramos que no ha hecho un verdadero estudio frente al tema. Afirmamos esto porque en los diferentes argumentos que expone, aunque acepta que el menor adoptado se encuentra en mejores condiciones al interior de un hogar, sus fundamentos han ahondado alrededor del concepto de familia y moral, desechando la posibilidad de que miles de niños salgan de la pobreza, de la explotación sexual, de la instrumentalización como objetos de trabajo²¹, y/o de la mendicidad. El activismo judicial está orientado precisamente a implementar un elemento innovador, dar respuesta a un tema controversial de tal forma que proteja los derechos de los involucrados, sin importar que no corresponda a los ideales de la familia heterosexual, sino, ¿que pasaría entonces si alguno de los padres se va del hogar o si una persona decide adoptar?, ¿acaso dejarían de ser familia?

Si los jueces hubiesen realizado un verdadero trabajo de ponderación de derechos y principios, a conciencia y no guiados por corrientes políticas o estigmatizaciones sociales, lo más probable es que muchos de los niños abandonados ya estuvieran en un hogar.

Como lo dispuso la CSJN en México, ¿quién es un buen o mal padre de familia? Si dicha idoneidad fuera dada por una orientación sexual, entonces no tendríamos muchos padres en las cárceles condenados por delitos de violencia intrafamiliar o inasistencia alimentaria, ni madres o padres cabezas de hogar a quienes abandonaron sus parejas, ¿o acaso todos ellos eran homosexuales? No somos quiénes para juzgar a una persona y mucho menos para poner en duda su calidad de ser buenos padres y de poder brindarle todo el cariño y el amor a un menor.

En Brasil, por su parte, el principal argumento estuvo dirigido, además del interés superior del menor, a que la decisión de permitirle a las parejas homosexuales adoptar no estaba prohibida en ninguna disposición; de esa

²¹ Más de 100.000 niños están en riesgo de caer en el trabajo infantil. El Ministerio del Trabajo en coordinación con las entidades territoriales realizó cerca de 500 mil encuestas, que fueron aplicadas en colegios, en semáforos, calles, plazas de mercado y minas. Según este ejercicio, 34.831 niños trabajan en el país. 1620 menores de edad manifestaron realizar actividades en el propio hogar por más de 14 horas a la semana. En: <http://www.mintrabajo.gov.co/mayo-2013/1886.html>

forma, en el caso colombiano, según lo definido en el Art. 61 de la Ley 1098 de 2006, el concepto de adopción puede entenderse como “una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza”. Definido así, tenemos entonces que dentro de esta noción se puede incluir claramente lo que, para Judith Solé, Licenciada y Doctora en derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona, significa la adopción por parejas homosexuales o adopción homoparental, un término referido a individuos que por naturaleza no cuentan con la relación paterno-filial mencionada por la ley. Este término, en palabras de Solé Resina (2006), “tiene lugar entre dos personas (adoptantes) respecto de un mismo adoptado” (pág. 210). Tenemos entonces que la norma tampoco nos prohíbe aceptar que un menor tenga la posibilidad de ser adoptado por una pareja homosexual, y de acuerdo a la regla de Kelsen: lo que no está prohibido, está permitido.

A pesar de lo anterior, al respecto solo nos quedan preguntas y más preguntas en cuanto a los fallos emitidos en los últimos años por la Corte Constitucional, donde si bien no se puede negar su papel activista y garantista²², en cuanto al tema que nos ocupa ha sido muy vacilante: primero, consideró que la orientación sexual diferente no era condición per se para negar la adopción, pero que no era posible que una persona soltera homosexual adoptara porque no cumplía con las condiciones económicas adecuadas; posteriormente, estipuló a la familia monogámica heterosexual como único modelo de familia protegido constitucionalmente y correspondiente a la moral social, por lo cual debía primar el interés superior del menor denegando el acceso a la adopción a familias homoparentales; y, finalmente, incluyó a la pareja homosexual como una forma de constituir familia. Entonces, ¿qué va a suceder si se presenta de nuevo en sede de tutela un caso que involucre a un menor y una pareja homosexual?, ¿qué otra justificación va a salir a bordo?, ¿dónde quedó el tema de seguridad jurídica si no pueden mantener un argumento sólido al respecto?

²² El estudio llevado a cabo por la Corporación Latinobarómetro sobre gobernabilidad 2004 establece que más de la mitad de la ciudadanía (54,75%, como promedio, de los países para los que hay datos) estima que la calidad general de los servicios prestados por la justicia es “mala” o “muy mala”. Guatemala y Ecuador son los que, según la opinión de sus nacionales, obtienen las peores calificaciones. Por el contrario, solo en Uruguay y Colombia las opiniones favorables al servicio prestado por la justicia son superiores a las negativas.

En el presente trabajo se pretendió desvirtuar -a partir de argumentos empleados por otros países y que, como se pudo constatar líneas atrás, pueden ser empleados en el contexto colombiano- todos aquellos mitos que se manejaban en el poder judicial colombiano y que han impedido, de una u otra forma, un pronunciamiento a favor de la adopción de parejas homosexuales.

Encontramos, entonces, que se trata de tres países cuya estructura institucional y mecanismos de defensa se observan muy similares; por lo tanto, como se ilustró anteriormente, resulta totalmente válido tomar aquellos argumentos dados en México y Brasil para motivar una decisión en sede constitucional a favor de la adopción por parejas homosexuales, pero guiados principalmente en el derecho de los niños a tener una familia. Si bien es difícil cambiar un paradigma social, Colombia no es el único país que ha tenido oposición a estas ideas por diversos actores sociales, por el contrario, como se presentó, los otros Estados también se tuvieron que ver enfrentados a la dicotomía entre seguir a la mayoría o pensar en el bienestar de una minoría que traería indiscutiblemente un beneficio a los niños que son el capital humano en potencia de todo país. A lo largo de la historia, se ha demostrado que la sociedad termina por aceptar los cambios, y más si se logra demostrar mediante el poder judicial todos estos argumentos; no se debe esperar a que una parte de la sociedad cambie su actitud conservadora y discriminatoria frente al tema, por el contrario, al tiempo que se protegen los derechos de los menores adoptados, se genera un cambio social, como el logrado en Estados Unidos.

Lo que proponemos con nuestro estudio, es que los jueces sigan la corriente que ha predominado hasta ahora de “activismo judicial”, dando solución efectiva a esta problemática social, sin evasivas ni argumentos que con el devenir del tiempo resulten rebatibles como lo hemos demostrado. Tampoco consideramos que los magistrados deban tomar una decisión solo en consideración o como prerrogativa a las personas con orientación sexual diversa, pero sí creemos que es necesario realizar una verdadera ponderación como lo han hecho en casos anteriores, donde se observe si en verdad son preferibles tantos discursos en los que alardean de emplear tesis de pluralismos y del Estado Social y Democrático de Derecho, cuando al final por sus escapes a la realidad dejan sin opción a miles de niños que desearían no despertar más en las calles o pensar que tienen que ir a trabajar a los semáforos; es mitigar el riesgo de que estos menores sean en un futuro

delincuentes o indigentes. Buscamos simplemente que estos pequeños no sean solo una cifra más y que puedan tener el calor de hogar al lado de una familia, sin importar la orientación sexual de sus integrantes.

Esto sin desconocer lo dispuesto por Rodrigo Uprimny, al considerar que el problema fundamental de este trabajo no se enfoca en la posibilidad o no de utilizar el derecho comparado, sino de tener presente que la toma, así sea parcial de argumentos de otros países, responda a los “problemas fundamentales de una sociedad”, *contrario sensu* corresponderían a ideas fuera de contexto.

Referencias

- Aciprensa. (23 de Agosto de 2010). Recuperado el 30 de abril de 2012, de <http://www.aciprensa.com/noticia.php?n=30789>
- Agência Estado. (29 de abril de 2010). Recuperado el 20 de septiembre de 2011, de <http://www.estadao.com.br/noticias/geral,casal-gay-comemoracao-direito-de-registrar-filhos,544587,0.htm>
- Albarracín, M. (2011). *malbarracin*. Obtenido de <http://es.scribd.com/doc/59666050/ALBARRACIN-Mauricio-Movilizacion-legal-para-el-reconocimiento-de-la-igualdad-de-las-parejas-del-mismo-sexo>
- ANÓNIMO, “Definición de Familia”, rescatado de <http://definicion.de/familia/>, octubre 15 de 2011.
- ANSA. (21 de diciembre de 2009). *Mundo*. Recuperado el 30 de abril de 2012, de http://latercera.com/contenido/678_211188_9.shtml
- Arrieta Borja, X. (19 de agosto de 2010). *Suite 101.net*. Recuperado el 19 de enero de 2012, de <http://ximena-arrieta-borja.suite101.net/adopciones-gay-en-el-distrito-federal-a23665>
- BBC News. (22 de noviembre de 2006). Recuperado el 20 de septiembre de 2011, de http://translate.googleusercontent.com/translate_c?hl=es&prev=/search%3Fq%3DHomosexuality%2Band%2Badooption%2Bin%2BBrazil%26hl%3Des%26client%3Dfirefox-a%26hs%3DZ7G%26rls%3Dorg.mozilla:es-ES:official%26prmd%3Ddivns&rurl=translate.google.com.co&sl=en&u=http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/6174438.stm&usg=ALkJrhgpTUFxj3AoRLNhM4LAWeDogDQZ1w
- Bastos, C. R., & Martinis, I. G. (1998). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva.
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, “*La familia: Concepto*”, rescatado de <http://www.bcn.cl/ecivica/concefamil>, octubre 15 de 2011.
- Brasil, Recurso Especial No. 889.852 (Superior Tribunal de Justicia, 27 de abril de 2010). Ministro Relator Dr. Luis Felipe Salomão.
- Brasil, Acción Directa de Inconstitucionalidad No. 4277 (Supremo Tribunal Federal, 5 de mayo de 2011). Ministro Relator Dr. Ayres Britto.
- Caracol. (23 de abril de 2009). Recuperado el 30 de abril de 2012, de <http://www.caracol.com.co/noticias/actualidad/procuraduria-conceptua-que-la-adopcion-es-unicamente-para-parejas-heterosexuales/20090423/nota/799870.aspx>
- Cárdenas Miranda, E. L. (15 de junio de 2010). *La adopción en México*.

Situación actual y perspectivas. Obtenido de <http://www.letrasjuridicas.com/Volumenes/21/cardenas21.pdf>

Castro Filho, S. (s.f.). *Universidad Nacional Autónoma de México*. Recuperado el 28 de enero de 2012, de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/anjuris/cont/260/pr/pr10.pdf>

CNN. (18 de agosto de 2010). Recuperado el 30 de abril de 2012, de <http://mexico.cnn.com/nacional/2010/08/18/la-procuraduria-respetara-las-bodas-y-adopciones-de-parejas-homosexuales>

Colombia Diversa. (2005). *Voces excluidas: Legislación y derechos de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Transgeneristas en Colombia*. Bogotá.

Colombia, Sentencia C-577 de 2011 (Corte Constitucional, 26 de julio de 2011). Magistrado ponente Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Colombia, Sentencia T-290 de 1995 (Corte Constitucional, 5 de julio de 1995). Magistrado ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz.

Colombia, Sentencia C-477 de 1999 (Corte Constitucional, 28 de julio de 1999). Magistrado ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz.

Colombia, Sentencia C-814 de 2001 (Corte Constitucional, 3 de septiembre de 2001). Magistrado ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Colombia, Sentencia T-276 de 2012 (Corte Constitucional, 18 de mayo de 2012). Magistrado ponente Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Colombia, Sentencia C-710 de 2012 (Corte Constitucional, 12 de septiembre de 2012). Magistrado ponente Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Colombia, Sentencia T-408 de 1995 (Corte Constitucional, 12 de septiembre de 1995). Magistrado ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Conferencia Episcopal de Colombia. (s.f.). Recuperado el 30 de abril de 2012, de <http://www.cec.org.co/index.shtml?s=g&x=34560>

Constitución de la República Federativa de Brasil. (s.f.). (Universidad Nacional Autónoma de México, Trad.)

Constitución Política de Colombia. (1991)

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (s.f.). Obtenido de <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/9/>

Consultor Jurídico. (11 de noviembre de 2005). Recuperado el 19 de septiembre de 2011, de http://translate.googleusercontent.com/translate_c?hl=es&prev=/search%3Fq%3DHomosexuality%2Band%2Badoption%2Bin%2BBrazil%26hl%3Des%26client%3Dfirefox-a%26hs%3DZ7G%26rls%3Dorg.mozilla:es-ES:official%26prmd%3Ddivns&rurl=translate.google.com.co&sl=en&u=http://www.conjur.com

- br/2005-nov-11/juiz_permite_adocao_casal_mulheres_homossexuais&usg=ALkJrhi9L8Wz19qzLkJthnNrUWJe42p_GQ
- Corte Constitucional. (2 de abril de 2012). *Tramite de selección de fallos de tutela para revisión*. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/tramite-seleccion.php>
- Cuevas G., A. M. (13 de diciembre de 2011). *El Espectador*. Recuperado el 20 de enero de 2012, de <http://www.elespectador.com/impreso/temadeldia/articulo-316494-ha-sido-una-tortura-burr>
- Da Agência Estado. (9 de octubre de 2008). Recuperado el 20 de septiembre de 2011, de <http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL792681-5598,00-CASAL+GAY+DO+RN+ADOTA+CRIANCAS+PELO+CADASTRO+DE+A DOCAO.html>
- De Oliveira Nusdeo, A. M., & De Salles, C. A. (2009). En *SELA, Derechos y Sexualidades: Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política*. Brasil: Librería.
- Echánove Trujillo, C. (1941). *La vida pasional e inquieta de don Crescencio Rejón*. México.
- El Colombiano*. (25 de febrero de 2011). Recuperado el 30 de abril de 2012, de http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/I/iglesia_catolica_en_colombia_rechazo_adopcion_de_ninos_por_parte_de_parejas_homosexuales/iglesia_catolica_en_colombia_rechazo_adopcion_de_ninos_por_parte_de_parejas_homosexuales.asp
- El Tiempo* (2011). (s.f.). Recuperado el 30 de abril de 2012, de <http://m.eltiempo.com/vida-de-hoy/educacion/comunidad-gay-comulga-y-reclama-a-iglesia-por-no-permitirle-adoptar/9182924>
- El Tiempo*. (13 de enero de 2011). Recuperado el 19 de enero de 2012, de http://www.eltiempo.com/colombia/llano/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-8928421.html
- El Universal*. (16 de agosto de 2010). Recuperado el 20 de enero de 2012, de <http://www.informador.com.mx/mexico/2010/226330/6/iglesia-catolica-critica-aval-a-adopcion-por-matrimonios-homosexuales.htm>
- El Universal*. (17 de agosto de 2010). Recuperado el 19 de enero de 2012, de <http://www.eluniversal.com.mx/notas/702126.html>
- Estrada Vélez, S. (2011). Dos ejercicios de ponderación a propósito del matrimonio y la adopción en parejas del mismo sexo. *Opinión Jurídica*, 10(19), 21-40.
- Estrada Vélez, S. (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. *Revista de Derecho: División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte*(36), 126-159.

Ferreira Mendes, G. (2008). La Jurisdicción Constitucional en Brasil: las relaciones entre el Supremo Tribunal Federal y los demás jueces y tribunales. *Derecho del Estado*(21), 37-49.

Figueiredo, M. (2010). Una visión del control constitucional en Brasil. En V. Bazán, *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*. Buenos Aires.

Gálvez Bautista, J. A. (s.f.). Recuperado en mayo de 2012, de <http://www.paginasprodigy.com.mx/juliton/DOCUMENTOS/Activismo%20Judicial.pdf>

Garrido Gómez, M. I. (Julio de 2009). La Relación entre los Derechos Fundamentales y el Poder. *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*(10), 5-28.

Gil, I. (17 de agosto de 2012). *BBC Mundo*. Recuperado el 30 de abril de 2012, de http://www.bbc.co.uk/mundo/america_latina/2010/08/100816_2315_gay_parejas_mexico_adopciones_alf.shtml

Hernández, O. A. (1966). *Curso de amparo, instituciones fundamentales*. México: Ediciones Botas.

Human Rights Watch. (16 de agosto de 2010). Obtenido de <http://www.hrw.org/es/news/2010/08/17/m-xico-sentencia-hito-sobre-adopcion-para-parejas-del-mismo-sexo>

Instituto Amigos de Lucas. (21 de diciembre de 2011). Recuperado el 30 de abril de 2012, de <http://www.amigosdelucas.org.br/blog/?tag=adocao-homoafectiva>

La Opinión. (23 de abril de 2011). Recuperado el 30 de abril de 2012, de http://www.laopinion.com.co/noticias/index.php?option=com_content&task=view&id=371759&Itemid=94

La libertad. (10 de febrero de 2007). Recuperado el 25 de febrero de 2012, de <http://es.scribd.com/doc/41956393/10-02-07-La-Libertad-Fallo-de-Corte-Constitucional-sobre-derechos-a-parejas-del-mismo-sexo-atenta-contr-estabilidad-juridica>

Manrique Guerrero, P. (1975). *La Estructura Constitucional del Estado Mexicano*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad Universitaria.

Manrique Reyes, A. (2004). *Fundamentos de la Organización del Estado*

- Colombiano*. Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké.
- Maraniello, P. A. (2012). El activismo judicial una herramienta de protección constitucional. *Pensar en Derecho*, 344.
- México, Acción de Inconstitucionalidad 2/2010 (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 16 de agosto de 2010). Ministro ponente Dr. Sergio A. Valls Hernández.
- Ministerio del Interior y de Justicia. (s.f.). Recuperado el 19 de enero de 2012, de <http://www.mij.gov.co/econtent/newsdetailmore.asp?id=1511&idcompany=2>
- Ortega García, M. E. (2011). El interés superior del menor en la adopción por parejas del mismo sexo. *Amicus Curiae*, 1-5.
- Prono, S. (2013). Moral, Política y Derecho. La Ética del Discurso y sus aportes al Estado Democrático de Derecho. *Universitas. Revistas de Filosofía, Derecho y Política*(17), 47-69.
- Quintero Mosquera, D. P. (2002). El carácter normativo del Estado Social de Derecho en Colombia. En *Precedente* (págs. 63-91).
- R, F. (1 de noviembre de 2011). *Semana*. Recuperado el 30 de abril de 2012, de <http://www.lideranca.org/cgi-bin/index.cgi?action=forum&board=atualidades&op=printpage&num=8800>
- Rivera Sierra, J. (2003). Un debate a propósito de la familia constitucional. ¿Las parejas homosexuales estables conforman una familia? Algunas notas sobre el juicio de Salomón. En E. Montealegre Lynett, *Anuario de Derecho Constitucional: Análisis de jurisprudencia de la Corte Constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Rodríguez G., C. A. (1997). Hermenéutica Constitucional y Activismo Judicial: Comentario a *Between Facts and Norms* de Jurgen Habermas. *Revista de Derecho Público* (7).
- Rogue. (16 de agosto de 2010). Recuperado el 19 de enero de 2012, de <http://lesbianarias.es/2010/08/16/las-parejas-gay-podran-adoptar-en-mexico/>
- Rosso, P. P., “Pluralismo y Valores”, *ARS MEDICA: Revista de Estudios Médico Humanísticos*, Vol. 5, (5), Chile, rescatado de <http://escuela.med.puc.cl/publ/arsmedica/arsmedica5/PluralismoValores.html>, Octubre 15 de 2011
- Saffon, M. P., & García Villegas, M. (2011). Derechos sociales y activismo judicial. La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia. *Estudios Socio-Jurídicos*, 13(1), 75-107.
- Semana*. (17 de agosto de 2010). Recuperado el 20 de enero de 2012, de <http://www.semana.com/mundo/parejas-gay-ciudad-mexico-podran->

adoptar/143134-3.aspx

Semana. (26 de abril de 2012). Recuperado el 30 de abril de 2012, de <http://www.semana.com/nacion/iglesia-academia-chocan-sobre-adopcion-parejas-gay/176188-3.aspx>

Semana. (11 de abril de 2013). Recuperado en mayo de 2013, de <http://www.semana.com/nacion/articulo/la-iglesia-tiene-pecando-roy-barreras/339615-3>

Solé Resina, J. (2006). Adopción y parejas homosexuales. En A. Llanza I Sicart, *Matrimonio homosexual y adopción: Perspectiva Nacional e Internacional*. España: Reus

Tascón, C. O. (14 de noviembre de 2009). *El Espectador*. Recuperado el 30 de abril de 2012, de <http://www.elespectador.com/impreso/cuadernilloa/entrevista-de-cecilia-orozco/articuloimpreso172228-adopcion-de-ninos-parejas-ga>

Tron Petit, J. C. (1999). Recuperado el 19 de enero de 2012, de http://jeanclaude.tronp.com/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=210&Itemid=40

Universidad de Antioquia. (s.f.). *Formación Ciudadana y Constitucional*. Recuperado el 19 de enero de 2012, de http://huitoto.udea.edu.co/derecho/constitucion/accion_inconstitucionalidad.html

Uprimny, R. (2011). Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos. En C. R. Garavito, *El derecho en América Latina: Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores S.A.

Vanguardia Liberal. (16 de junio de 2007). *Colombia Diversa*. Recuperado el 25 de febrero de 2012, de <http://es.scribd.com/doc/44502967/16-06-07-Vanguardia-Liberal-parejas-Gay-Tienen-Derecho-a-Sociedad-Patrimonial>

Wikigay. (29 de febrero de 2012). Recuperado el 30 de abril de 2012, de <http://es.wikigay.com/web/blog/2012/02/29/primera-pareja-gay-en-adoptar-un-nino-en-mexico/>