

2014

Amicus Curiae ante la Honorable Corte Constitucional de Colombia

Macarena Saez
msaez@wcl.american.edu

Follow this and additional works at: http://digitalcommons.wcl.american.edu/pub_disc_briefs

Recommended Citation

Saez, Macarena, "Amicus Curiae ante la Honorable Corte Constitucional de Colombia" (2014). *Amicus Briefs*. Paper 10.
http://digitalcommons.wcl.american.edu/pub_disc_briefs/10

This Amicus Brief is brought to you for free and open access by the Public Discourse at Digital Commons @ American University Washington College of Law. It has been accepted for inclusion in Amicus Briefs by an authorized administrator of Digital Commons @ American University Washington College of Law. For more information, please contact fbrown@wcl.american.edu.

AMICUS CURIAE

ante la Honorable Corte Constitucional de Colombia

PREPARADO POR EL PROYECTO DE LITIGIO DE ALTO IMPACTO

FACULTAD DE DERECHO DE AMERICAN UNIVERSITY,

WASHINGTON D.C., ESTADOS UNIDOS

A solicitud del ciudadano colombiano Esteban Restrepo, el Proyecto de Litigio de Alto Impacto (ILP) de la Facultad de Derecho de American University (WCL), con domicilio en 4801 Massachusetts Ave. N.W. Washington D.C., Estados Unidos y representado por su Directora Académica, Profesora Macarena Sáez Torres, respetuosamente presenta ante la Honorable Corte Constitucional de Colombia el presente Amicus Curiae en el caso **XXXXXX**. Este informe ha sido preparado por la Profesora Macarena Sáez Torres,¹ y la abogada Nicole Duffau Valdés² con la colaboración de los alumnos del Proyecto de Litigio de Alto Impacto Anna Taylor, Clarissa Pintado, Isabel Erreguerena, Rishi Gupta y Marwa Mackie.

I. DECLARACIÓN DE INTERESES DEL PROYECTO DE LITIGIO DE ALTO IMPACTO DE WASHINGTON COLLEGE OF LAW DE AMERICAN UNIVERSITY

El Proyecto de Litigio de Alto Impacto de American University Washington College of Law busca promover el estado de derecho y la democracia en las Américas a través del litigio internacional de casos cruciales que permitan promover, mejorar y fomentar el desarrollo de la jurisprudencia y los estándares internacionales en materia de derechos humanos. Como proyecto patrocinado por una institución académica, no está comprometido con grupos de interés o causas particulares. Su interés en el caso que esta Honorable Corte tiene a la vista es entregarles información que permita un fallo ajustado a estándares amplios en materia de derechos humanos.

II. OBJETIVO

Este informe tiene por objeto dar a conocer a esta Honorable Corte el desarrollo de los estándares internacionales en materia de adopción, específicamente, la regularización, a través del reconocimiento legal de las familias formadas por parejas del mismo sexo, y en particular, el uso de la adopción como herramienta legal para la protección de los/as hijos/as de estas parejas y sus familias. Este Amicus restringe su análisis a la relación que esta situación tiene con tres temas de derecho internacional: 1. Igualdad y no discriminación; 2. Protección de la familia y, 3. Interés superior del Niño. Asimismo, el informe hace referencia a jurisprudencia comparada en aquellos casos que sirven para reforzar los estándares internacionales en análisis. Independiente del reconocimiento legal del vínculo emocional entre dos personas del mismo sexo, el interés

¹ Profesora y Directora Académica, Proyecto de Litigio de Alto Impacto, American University Washington College of Law. Se agradece la colaboración del estudiante de la Universidad de Puerto Rico Jean Carlos Rosario Mercado.

² LL.M. en Derechos Humanos y Género de American University Washington College of Law.

superior de las niñas y los niños exige que los países que han suscrito la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) tengan mecanismos legales que permitan el reconocimiento legal del vínculo familiar entre la pareja del mismo sexo de una madre o un padre, y los hijos biológicos o adoptivos de esa madre o padre.

III. ORGANIZACIÓN DEL AMICUS CURIAE

Este informe se divide en las siguientes secciones. La Introducción hace referencia a algunas consideraciones previas sobre la realidad de las familias compuestas por padres o madres del mismo sexo y sus hijos/as y al concepto de adopción co-parental. La sección 2 se refiere brevemente a los beneficios de la adopción desde el punto de vista de los/as hijos/as de parejas del mismo sexo y la aplastante evidencia que existe hoy en día sobre la ausencia de diferencias en el nivel de desarrollo educacional y psicosocial entre los niños y niñas criados/as en familias homoparentales y aquellos criados en familias heteroparentales. La Sección 3 analiza los estándares internacionales que los órganos estatales de países latinoamericanos deben considerar al momento de analizar mecanismos de reconocimiento legal para las familias formadas por parejas del mismo sexo y los hijos e hijas biológicas y adoptivas de sus integrantes. La Sección 4 concluye que el reconocimiento de la adopción co-parental es un mandato derivado de los derechos a la igualdad y no discriminación, a la protección de la familia y al interés superior del niño.

1. Realidad de las familias compuestas por padres o madres de mismo sexo y sus hijos/as.

Frecuentemente, cuando una pareja compuesta por personas del mismo sexo tiene hijos/as, ya sea biológicos o adoptivos, solo se reconoce a una/o de ellas/os la calidad legal de padre o madre de estos.³ Es por ello que en estos casos la adopción que pudiera realizar la pareja de la madre o padre biológico o adoptivo de los/as menores permitiría a los/as hijos/as de estas parejas tener

³Pediatrics, Official Journal of the American Academy of Pediatrics. “Coparent or Second-Parent Adoption by Same-Sex Parents”, Committee on Psychosocial Aspects of Child and Family Health. *Pediatric* 2002;109:339. Available at <http://pediatrics.aappublications.org/content/109/2/339.full>

dos padres o dos madres legalmente reconocidos,⁴ y consecuentemente mayor protección y derechos.

La adopción en familias compuesta por parejas del mismo sexo se entiende como el proceso por el cual una persona adopta al hijo/a de su pareja, entendiéndose por esta al padre o madre biológica o adoptiva de los/as menores y quien ejerce la patria potestad sobre ellos/as.⁵ Este tipo de adopción se conoce como la adopción de una segunda madre o co-madre, o la adopción de un segundo padre o co-padre.⁶ Para efectos de este informe, nos referiremos a este tipo de adopción como “adopción co-parental”. Frecuentemente, este tipo de adopción no requiere que el adoptante esté legalmente casado con la madre o padre legal de los/las menores.⁷ Por lo que aun en lugares donde el matrimonio entre personas del mismo sexo no es reconocido, este tipo de adopciones es posible.⁸

La regulación legal de las parejas del mismo sexo es un tema independiente del reconocimiento y protección del vínculo existente entre una niña/o y su madre o padre no biológico. El matrimonio igualitario no resuelve necesariamente el problema de la falta de vínculo legal entre la pareja del padre o madre biológico o adoptivo de un niño/a⁹ y claramente no resuelve el problema de los hijos/as de parejas que no forman un vínculo matrimonial aun en jurisdicciones donde se reconoce matrimonio igualitario.

De acuerdo a la información proporcionada por la organización Human Rights Watch, a junio del 2014 la adopción co-parental estaba a disposición de las parejas del mismo sexo en 24

⁴ *Id.*

⁵ Elizabeth Burleson, International Human Rights Law Co-Parent Adoption, and the Recognition of Gay and Lesbian Families, 55 Loy. L.Rev. 791, 796.

⁶ *Supra* Nota 3.

⁷ Human rights campaign. “*Second Parent adoption*”. Disponible en: https://www.childwelfare.gov/adoption/adoptive/second_parent.cfm.

⁸ Por ejemplo, Alemania tiene un régimen paralelo al matrimonio para parejas del mismo sexo. La Corte Constitucional alemana, sin embargo, ha establecido que las parejas del mismo sexo tienen derecho a postular a la adopción no solo de los hijos biológicos de su pareja, sino también los adoptados. Ver noticia en The Local: Germany’s news in English, *High Court Strengthens Gay Adoption Rights*, Feb 19, 2013. Disponible en <http://www.thelocal.de/20130219/48057>.

⁹ No todos los países que han aprobado el matrimonio igualitario han regulado la adopción al mismo tiempo. De hecho, el segundo país en regular el matrimonio igualitario fue Bélgica en el año 2003 pero solo aceptó la adopción conjunta por parejas del mismo sexo a partir del año 2005. La misma situación ha vivido Portugal, con la inclusión del matrimonio igualitario en el año 2010. La adopción conjunta por parejas del mismo sexo aún no está permitida, sin embargo el Congreso de Portugal reguló la adopción co-parental en el año 2013.

estados de los Estados Unidos más el Distrito de Columbia.¹⁰ Asimismo, Bélgica, Dinamarca, Holanda, España, Suecia, el Reino Unido, Finlandia, Austria, Alemania y recientemente Portugal regulan la adopción co-parental.¹¹ El Distrito Federal de México al legislar sobre matrimonio y concubinato igualitario incluyó también el derecho de las parejas del mismo sexo a postular al proceso de adopción de niños y niñas. La ley no se refiere específicamente a la adopción co-parental, pero es claro que si una pareja puede adoptar conjuntamente, se debe incluir también la posibilidad de adoptar al hijo/a de la pareja. A esta posibilidad se refiere también la Suprema Corte de Justicia de México (Suprema Corte de Justicia de la Nación o SCJN) en su fallo del año 2010 en el que confirmó la constitucionalidad del matrimonio igualitario y adopción homoparental en el Distrito Federal de México.¹²

En países donde existe el matrimonio igualitario tales como Argentina y Uruguay, las parejas pueden acceder al vínculo parental ya sea a través del proceso de adopción de los hijos biológicos o adoptivos de sus parejas sin distinción de la orientación sexual o bien se aplica la presunción de paternidad si la ley ha ordenado el reemplazo general de todas las disposiciones aplicables a las esposas y esposos por un lenguaje neutro.¹³

2. Beneficios de la institución de la adopción co-parental desde el punto de vista de los/as hijos/as de parejas del mismo sexo.

¹⁰ Human Rights Campaign, *Parenting Laws: Second Parent or Step Parent Adoption*, Disponible en <http://www.hrc.org/resources/entry/maps-of-state-laws-policies>.

¹¹ Elena Falletti, *LGBTI Discrimination and Parent-Child Relationships: Cross-Border Mobility of Rainbow Families in the European Union*, 52 Fam. Ct. Rev. 28, 29 (2014).

¹² Acción de inconstitucionalidad 2/2010, Pleno de la Suprema Corte de Justicia [SCJN] Novena Época, 10 de Agosto de 2010, Par. 275 (Mex.), Par 334.

¹³ En Argentina el Artículo 42 de la Ley 26.618 establece que “Todas las referencias a la institución del matrimonio que contiene nuestro ordenamiento jurídico se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo como al constituido por DOS (2) personas de distinto sexo.

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

Ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como al formado por DOS (2) personas de distinto sexo.” Al mismo tiempo, el artículo 243 del Código Civil argentino establece la presunción de paternidad del marido de la mujer que da a luz durante el matrimonio o dentro de los 300 días posteriores a su disolución. Es claro que a la luz del artículo 42 de la Ley 26,618, la presunción de paternidad debiera aplicarse también a las parejas el mismo sexo. Además, el artículo 36. C de la ley 26.413 argentina establece que “La inscripción [del recién nacido] deberá contener: El nombre y apellido del padre y de la madre o, en el caso de hijos de matrimonios entre personas del mismo sexo, el nombre y apellido de la madre y su cónyuge...”

La Academia Americana de Pediatría (*American Academy of Pediatrics*) ha identificado las siguientes realidades de la adopción en parejas del mismo sexo que benefician a los/as hijos/as de estas:¹⁴

1. En caso de que el padre o madre legal de los menores fallezca o sufra de una discapacidad que no le permita hacerse cargo de los menores, la adopción co-parental garantiza al segundo padre o madre la custodia y demás obligaciones que surgen al ejercer la maternidad o paternidad. Este tipo de adopción protege el derecho de los/as menores a tener una relación con ambos padres o madres. Frente a la muerte o discapacidad del padre o madre legal eventualmente cualquier miembro de la familia de la madre o padre legal podría demandar la custodia del/la menor lo que significaría para ella la pérdida de ambos padres o madres.
2. Cuando las parejas se separan, la adopción co-parental protege la relación del menor con cada uno de los padres o madres que han actuado como tales, pues otorga una herramienta adicional a los jueces para conceder custodia la conjunta, o por lo menos establecer un régimen de visitas a aquel/la que no goce de la custodia, protegiendo de esta manera la relación que el/la menor ha construido con cada uno/a de los padres o madres a lo largo de su crianza.
3. Además de proteger el derecho a visitas y custodia, este tipo de adopción asegura que ambos padres o madres se hagan responsables financieramente del/ de la o los/as menores en caso de separación.
4. La adopción co-parental también protege a los/as menores si tienen una emergencia médica. Ya que este tipo de adopción permite al menor tener acceso al seguro y los beneficios médicos de ambos padres o madres.
5. Este tipo de adopción protege a los/as menores al permitir a cualquiera de los padres o madres tomar decisiones legales sobre ellos/as. Esto quiere decir, que cualquiera de los padres o madres puede consentir respecto de tratamientos médicos para sus

¹⁴ *Supra* Nota 3.

hijos/as, tomar decisiones sobre su educación, así como otras decisiones importantes en su nombre.¹⁵

6. Finalmente, la adopción en estos casos provee seguridad financiera a los/as hijos/as en el caso de muerte de cualquiera de sus padres o madres al asegurar, entre otros, sus derechos hereditarios, beneficios previsionales de sobrevivencia.

A lo anterior se suman muchos estudios de asociaciones profesionales sobre el impacto de las relaciones homoparentales en la crianza de los hijos. Los estudios más importantes en este tema provenientes de agrupaciones de psiquiatras, psicólogos y educadores sin afiliación religiosa. Casi todas de manera unánime han concluido que no hay diferencias significativas en la educación de los hijos/as de parejas heterosexuales y parejas del mismo sexo.

El informe realizado por la Orden de Psicólogos de Portugal presentado al Parlamento portugués durante la discusión legislativa sobre la regulación de la adopción co-parental resume los estudios existentes de la siguiente manera:

“Las dudas, los miedos y preguntas que surgen sobre las habilidades de crianza y desarrollo psicológico de los niños, niñas y adolescentes que han crecido en una familia homoparental han sido respondidas por numerosas investigaciones científicas en varios países. Esta gran cantidad de evidencia científica puede ayudar a informar y aclarar el debate teórico, político y jurídico sobre la co-adopción.

Las conclusiones de estos estudios pueden resumirse fácilmente: los niños y adolescentes de familias gays no difieren significativamente de los niños y las familias de los adolescentes heteroparentales en su bienestar, así como en cualquier dimensión del desarrollo psicológico, emocional, cognitivo y social sexual. Un desarrollo sano no depende de la orientación sexual de los padres, sino de la calidad de las relaciones entre padres e hijos y los lazos de afecto establecidos entre ellos.

No hay base científica para afirmar que los padres homosexuales no son buenos padres debido a su orientación sexual. Más bien, lo que la evidencia científica acumulada sugiere es que los homosexuales, al igual que los heterosexuales, tienen las habilidades parentales necesarias para criar a un niño y pueden proporcionar un contexto familiar cariñoso, sano y potenciador de su desarrollo.

¹⁵ *Id.*

Estos resultados, repetidos consistentemente en numerosos estudios, permitieron llegar a un consenso en la comunidad científica: la orientación sexual de los padres y de la configuración de la familia homoparental no parece ser un factor determinante en el desarrollo del niño o en la competencia de los padres.”¹⁶

A una conclusión similar llega la Academia de Psicología de los Estados Unidos, que aceptando que es necesario realizar más estudios longitudinales, concluye:

“En resumen, no hay evidencia para sugerir que las mujeres lesbianas o los gays no son aptos para ser padres o que el desarrollo psicosocial de los niños de mujeres lesbianas y hombres gay se ve comprometida en relación a aquella de los hijos de padres heterosexuales. Ni un solo estudio ha encontrado que los niños de padres gays o lesbianas estén en desventaja en algún aspecto significativo en relación con los hijos de padres heterosexuales. De hecho, la evidencia hasta la fecha sugiere que el ambiente hogareño proporcionadas por padres gays y lesbianas son más propensos que los proporcionados por padres heterosexuales para apoyar y permitir el crecimiento psicosocial de los niños.”¹⁷

3. Estándares internacionales relacionados con la adopción co-parental

Esta sección del informe se enfocará en tres estándares internacionales que deben ser tomados en consideración al momento de determinar el derecho de los niños/as a que el vínculo familiar con la pareja de su padre o madre biológica o adoptiva sea reconocido legalmente, así como el derecho de los niños/as y de los adultos que forman un núcleo familiar a que el derecho reconozca y proteja dichos vínculos. Estos estándares son: El derecho a la igualdad y no discriminación; la protección de la vida familiar y privada; y el interés superior del niño. Los países que son parte de instrumentos internacionales de protección de derechos humanos que contienen dichos estándares, se encuentran obligados a aplicarlos a través de sus órganos estatales.

¹⁶ Ordem Dos Psicólogos, *Relatório de Evidência Científica Psicológica sobre Relações Familiares e Desenvolvimento Infantil nas Famílias Homoparentais*, A apresentar ao Grupo de Trabalho Co-Adopção (CACDLG) – PJI n. 278/XII/1.^a (PS), 5 (2013).

¹⁷ American Psychological Association, Charlotte J. Patterson, PhD, *Lesbian and Gay Parenting*, 15 (2005). Disponible en <http://www.apa.org/pi/lgbt/resources/parenting-full.pdf>.

a. Igualdad ante la ley y no discriminación. La orientación sexual del ser humano como elemento central de análisis.

La falta de reconocimiento del vínculo familiar entre la pareja de la madre o padre biológico o adoptivo y los hijos/as se vuelve un problema de discriminación cuando se mantiene un mecanismo de acceso a vínculo familiar para las parejas heterosexuales, pero se niega dicho vínculo a las parejas del mismo sexo. En esos casos, además de haber una violación al derecho a la vida privada y familiar, hay un problema de discriminación por orientación sexual abiertamente prohibido tanto por el sistema universal como por el sistema europeo e interamericano de derechos humanos.

El Sistema Universal de Derechos Humanos

El Comité de Derechos Humanos, órgano del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) ha señalado en diversas comunicaciones que la orientación sexual se encuentra incluida como categoría protegida bajo el artículo 2.1 (“otra condición social”) y 26 (“cualquier otra condición social”) de dicho Pacto.¹⁸ A esta tendencia se suman el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁹, el Comité de los Derechos del Niño,²⁰ el Comité contra la

¹⁸ Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, *Toonen v. Australia*, Comunicación No. 488/1992, CCPR/C/50/D/488/1992, 4 de abril de 1992, párr. 8.7 sobre la criminalización de actos sexuales entre personas adultas del mismo sexo. (“The State party has sought the Committee's guidance as to whether sexual orientation may be considered an "other status" for the purposes of article 26. The same issue could arise under article 2, paragraph 1, of the Covenant. The Committee confines itself to noting, however, that in its view, the reference to "sex" in articles 2, paragraph 1, and 26 is to be taken as including sexual orientation”), ver también Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, *X v. Colombia*, Comunicación No. 1361/2005, CCPR/C/89/D/1361/2005, 14 de mayo 2007, párr. 7.2. caso en el cual a una persona se le negó una pensión de sobrevivencia derivada del fallecimiento de su pareja debido a que eran una pareja del mismo sexo. (“El Comité recuerda su jurisprudencia anterior de que la prohibición de la discriminación, en virtud del artículo 26 del Pacto, incluye también la discriminación basada en la orientación sexual”); ver también *Edward Young v. Australia*, Comunicación No. 941/2000, CCPR/C/78/D/941/2000, 18 de septiembre de 2003, párr. 10.4. Véase también Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, *Observaciones finales, Polonia*, CCPR/C/79/Add.110, 25 de julio de 1999, párr. 23.

¹⁹ Esta categoría se encuentra incluida en el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

²⁰ Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 3. *El VIH/SIDA y los derechos del niño*, CRC/GC/2003/3, 17 de marzo de 2003, párr. 8 (“es preocupante la discriminación basada en las preferencias sexuales”); Observación General No. 4. La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, CRC/GC/2003/4, 21 de julio de 2003, párr. 6 (“Los Estados Partes tienen la obligación de garantizar a todos los seres humanos de menos de 18 años el disfrute de todos los derechos enunciados en la Convención, sin distinción alguna (art. 2), independientemente de "la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión pública o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño". Deb[e] añadirse también la orientación sexual”).

Tortura²¹, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer,²² la Asamblea General de las Naciones Unidas a través de la “Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género” donde reafirma que el principio de no discriminación, exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género;²³ también el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas también se ha pronunciado en este tema a través de la adopción de dos instrumentos, el primero: la “Declaración conjunta para poner alto a los actos de violencia, y a las violaciones de derechos humanos dirigidas contra las personas por su orientación sexual e identidad de género”²⁴ y la resolución sobre “derechos humanos, orientación sexual e identidad de género” donde expresa la “grave preocupación por los actos de violencia y discriminación, en todas las regiones del mundo, [cometidos] contra personas por su orientación sexual e identidad de género”;²⁵ por último existen diversos informes de los relatores especiales de Naciones Unidas que se refieren a la prohibición de discriminación por orientación sexual.²⁶

²¹ Naciones Unidas, Comité contra la Tortura, Observación General No. 2. Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes, CAT/C/GC/2, 24 de enero de 2008, párrs. 20 y 21 (“El principio de no discriminación es básico y general en la protección de los derechos humanos y fundamental para la interpretación y aplicación de la Convención. [...] Los Estados Partes deben velar porque, en el marco de las obligaciones que han contraído en virtud de la Convención, sus leyes se apliquen en la práctica a todas las personas, cualesquiera que se[a] su [...] orientación sexual”).

²² Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer, Recomendación General No. 27 sobre las mujeres de edad y la protección de sus derechos humanos, CEDAW/C/GC/27, 16 de diciembre de 2010, párr. 13 (“La discriminación que sufren las mujeres de edad con frecuencia es de carácter multidimensional, al sumarse la discriminación por [...] orientación sexual”) y Proyecto de Recomendación General No. 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, CEDAW/C/GC/28, 16 de diciembre de 2010, párr. 18 (“La discriminación de la mujer por motivos de sexo y género está unida de manera indivisible a otros factores que afectan a la mujer, como la raza, el origen étnico, la religión o las creencias, la salud, el estatus, la edad, la clase, la casta, la orientación sexual”).

²³ Naciones Unidas, Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, Asamblea General de Naciones Unidas, A/63/635, 22 de diciembre de 2008, párr. 3.

²⁴ Naciones Unidas, Declaración conjunta para poner alto a los actos de violencia, y a las violaciones de derechos humanos relacionadas, dirigidos contra las personas por su orientación sexual e identidad de género, presentada por Colombia en el 16º período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 22 de marzo de 2011. Disponible en: <http://www.ighrc.org/binary-data/ATTACHMENT/file/000/000/494-1.pdf>.

²⁵ Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Resolución respecto a derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, A/HRC/17/L.9/Rev.1, 15 de junio de 2011.

²⁶ Ver, entre otros informes, Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, E/CN.4/2004/49, 16 de febrero de 2004, párrs. 32 y 38 (“Las normas internacionales de los derechos humanos prohíben toda discriminación en el acceso a la atención de la salud y a sus factores determinantes básicos, así como a los medios para conseguirlos, por motivos de orientación sexual [...]. Las normas jurídicas internacionales relativas a los derechos humanos excluyen por completo la discriminación por razones de orientación sexual”). Véase también el Informe de la Relatora Especial sobre la libertad de religión o de creencias, A/HRC/6/5, 20 de julio de 2007, párr. 28; Informe del Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, Misión en Brasil, E/CN.4/2006/16/Add.3, 28 de febrero de 2006, párr. 40; Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la

El Sistema Europeo de Derechos Humanos

La Corte Europea de Derechos Humanos (Corte EDH) ha desarrollado extensamente el principio de igualdad y no discriminación en relación a las personas LGBT.²⁷ No es necesario extenderse en la jurisprudencia de esta Corte ya que es ampliamente conocida. Sin embargo, consideramos importante destacar un aspecto del derecho a la igualdad muy bien desarrollado por la jurisprudencia de la Corte EDH, y que dice relación con la obligación de los estados de aplicar con igualdad y no discriminación todos los derechos que los estados entreguen, incluidos aquellos no contenidos por la Convención Europea.

La adopción no es un derecho fundamental establecido en la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH). Sin embargo, cuando un estado ha decidido extender dicha posibilidad a ciertos grupos de personas, debe hacerlo sin que se viole el derecho a la igualdad y no discriminación:

mujer, sus causas y consecuencias, Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género: violencia contra la mujer, Interrelaciones entre la violencia contra la mujer y el VIH/SIDA, E/CN.4/2005/72, 17 de enero de 2005, párrs. 27 y 58; Informe de la Relatora Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y las ejecuciones sumarias, E/CN.4/2003/3, 13 de enero de 2003, párrs. 66 y 67; Informe provisional de la Relatora Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, A/57/138, 2 de julio de 2002, párr. 37; Informe de la Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los defensores de los derechos humanos, E/CN.4/2001/94, 26 de enero de 2001, párr. 89. g); Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con: la independencia del poder judicial, la administración de justicia, la impunidad, Misión en Brasil, E/CN.4/2005/60/Add.3, 22 de febrero de 2005, párr. 28; Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, A/56/156, 3 de julio de 2001, párrs. 17 a 25; Informe sobre los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con la tortura y la detención, E/CN.4/2002/76, 27 de diciembre de 2001, pág. 14; Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, E/CN.4/2004/56, 23 de diciembre de 2003, párr. 64; Informe del Relator Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, E/CN.4/2004/9, 5 de enero de 2004, párr. 118, y Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Opinión No. 7/2002 (Egipto), E/CN.4/2003/8/Add.1, 24 de enero de 2003, pág. 72, párr. 28. En el marco del derecho comparado algunos Estados prohíben explícitamente la discriminación por orientación sexual en sus Constituciones (por ejemplo Bolivia, Ecuador, Kosovo, Portugal, Sudáfrica, Suecia y Suiza, entre otros Estados) o a través de leyes, como por ejemplo en materia de derecho familiar, dirigidas a otorgarles a las personas homosexuales los mismos derechos que a las personas heterosexuales. Por ejemplo, en Argentina, a través de los artículos 2 y 4 de la Ley No. 26.618 del 21 de julio de 2010, se estableció que: “El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo” y que “en casos de matrimonio constituidos por ambos cónyuges del mismo sexo, a falta de acuerdo, el juez resolverá [sobre la tuición] teniendo en cuenta el interés del menor”. Uruguay aprobó la Ley No. 18.246 (Diario Oficial No. 27402, 10 enero de 2008), que reconoce las uniones civiles (“uniones concubinarias”) de parejas del mismo sexo. En 2009, mediante la Ley No. 18.590, (Diario Oficial No. 27837, 26 octubre 2009), se autorizó la adopción conjunta por parte de parejas en unión civil.

²⁷ Ver Corte Europea de Derechos Humanos, Unidad de Prensa, Fact Sheet-Sexual Orientation Issues, Julio 2014. Disponible en http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Sexual_orientation_ENG.pdf

“La Corte reitera que la prohibición de discriminación establecida en el Artículo 14 se extiende más allá del goce de derechos y libertades que la Convención y los Protocolos exigen garantizar a los estados. Se aplica también a aquellos derechos adicionales que caen bajo el alcance general de cualquier Artículo de la Convención que el estado ha decidido voluntariamente proveer. Aunque el Artículo 8 no garantiza el derecho a adoptar, la Corte ya ha señalado en relación a la adopción por parte de una persona homosexual, que un estado que crea un derecho más allá de su obligación bajo el Artículo 8 de la Convención no puede aplicar dicho derecho de manera discriminatoria dentro del significado del Artículo 14.”²⁸

En el caso de la adopción co-parental la aplicación no discriminatoria de este derecho exige que las personas, independientemente de su orientación sexual, tengan acceso al mismo derecho, y al mismo mecanismo para acceder a ese derecho. El hecho que la orientación sexual de las personas sea el motivo para abstenerse de crear procedimientos que les permitan acceder a la adopción co-parental, es discriminatorio. Asimismo, constituye una discriminación basada en la orientación sexual cuando dichos procedimiento existen, pero tratándose de parejas del mismo sexo estos son más engorrosos, más lentos y sujetos a estándares de mayor escrutinio que el establecido para las personas involucradas en una relación heterosexual.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos

La Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) establece que todos los derechos deben ser respetados sin discriminación.²⁹ La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha establecido que la cláusula de no-discriminación del artículo 24 es:

“una regla de naturaleza general, cuyo contenido se extiende a todas las provisiones del tratado y establece la obligación de los Estados Miembros a respetar y garantizar el ejercicio pleno y libre de los derechos y libertades en ella reconocidos “sin discriminación”. Quiere decir, que cualquier sea el origen o la forma que asuma, cualquier tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio con respecto al ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es per se incompatible con ella.”³⁰

²⁸ *X and others v. Austria*, Eur. Ct. H.R., App. No. 19010/07, Feb. 19, 2013. Parr. 135, citando *E.B. v. France*, Eur. Ct. H.R., App. No 43546/02, Enero. 22, 2008.

²⁹ Artículo 11.2 Convención Americana de Derechos Humanos.

³⁰ Corte IDH. Caso *Atala Riffo y Niñas v. Chile*. Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2012. Serie C No. 254. Párr. 159.

La Corte IDH se ha referido al principio de igualdad ante la ley y no discriminación, indicando que:

“la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación.”³¹

La Corte IDH en este sentido ha subrayado el deber de los estados de:

“abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto. Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias.”³²

En el caso *Atala v. Chile* la Corte IDH al analizar la cláusula de no discriminación de la Convención Americana y al interpretarla en la manera más favorable al ser humano, declaró que la prohibición de discriminación del Artículo 1 con base en “cualquier otra condición social”, incluye la orientación sexual. La Corte estableció que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención Americana de Derechos Humanos. *“En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.”³³*

La protección de la orientación sexual e identidad de género establecidas por la Corte Interamericana incluyen no solo la condición de tener una cierta orientación sexual o identidad

³¹ Corte IDH. Caso *Atala Riffo y Niñas v. Chile*, 24 de febrero de 2012, Párr. 79

³² *Id.* Párr. 80

³³ *Id.* Párr. 91

de género, sino que “*incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas.*”³⁴

Cuando un estado niega el vínculo parental que una mujer o un hombre tiene con las hijas e hijos de su pareja por estar constituidos en una relación del mismo sexo, está positivamente constituyendo una discriminación *de jure* (si por ley no pueden acceder a un mecanismo para establecer la parentalidad) o *de facto* (si a pesar de no existir regulación obstaculizando la coparentalidad sus órganos estatales se niegan a establecer dicho vínculo) basada en la orientación sexual de la pareja. Esta negación *a priori* de la posibilidad de que exista vínculo parental entre la pareja de la madre o padre biológico o adoptivo y los hijos e hijas de esta madre o padre es discriminatorio al tratar a todas las parejas el mismo sexo como inaptas para formar un núcleo familiar, situación que las parejas heterosexuales, solo por el hecho de ser de sexo diferente, sí podrían formar.

La Corte IDH estableció que:

*“no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana”*³⁵

Dada la abundante evidencia en cuanto a que las parejas del mismo sexo son tan aptas para educar niños/as como lo son las parejas heterosexuales,³⁶ ningún estado podría justificar una diferenciación entre parejas heterosexuales y del mismo sexo en la necesidad de proteger el interés superior del niño. Sin embargo, aun cuando de buena fe un estado quisiera justificar una distinción de esta naturaleza en la protección del interés superior del niño, es evidente que la medida no es proporcional al fin perseguido. Como indica este informe más adelante, la negación del vínculo parental no lleva a la protección de los niños sino que los deja en una situación de vulnerabilidad a la que no están expuestos los hijos/as de personas que tienen

³⁴ *Id.* Párr. 133.

³⁵ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 47.

³⁶ Ver *Supra* Título III.2.

parejas heterosexuales. Cuando los estados establecen diferenciaciones que afectan a “categorías sospechosas,” la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha señalado como estándar de escrutinio a invocar los, el de “razones de mucho peso” para justificar tal diferenciación.³⁷

No existe razón legítima que justifique una distinción en el tratamiento de las familias heterosexuales y las familias homoparentales, en el sentido de privar a los hijos/as de estas últimas de un núcleo familiar formado por dos figuras parentales.

Asimismo, el estándar interamericano, europeo e internacional, en materia de igualdad y no discriminación, no permite justificar la discriminación por orientación sexual en la falta de consenso social sobre la educación de los niños/as de parejas del mismo sexo. La Corte IDH ha señalado que este no puede ser considerado un argumento válido para negar o restringir derechos humanos o “*para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido.*”³⁸ Aceptar lo contrario sería poner en manos de las mayorías el destino de la protección de los derechos fundamentales, lo que haría que perdieran su calidad de tales.

Como señala una antigua decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos:

*“el propósito central de la Carta de Derechos es remover ciertos temas de las vicisitudes de la controversia política, para colocarlos fuera del alcance de las mayorías y de las autoridades y establecerlos como principios legales que las cortes deben aplicar. El derecho a la vida, a la libertad, y a la propiedad, a la libertad de expresión.... y otros derechos fundamentales no pueden ser sometidos a votación; ellos no dependen del resultado de ninguna elección.”*³⁹

b. Derecho a la vida privada y familiar

El derecho a la protección de la familia es reconocido en el Artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Este derecho está también consagrado en el Artículo 12.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Artículo V de la Declaración Americana

³⁷ Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas, Oea/Ser.L/V/Ii. Doc. 68, 20 Enero 2007, Párr. 80-83.

³⁸ *Supra* Nota 31. Párr. 92

³⁹ *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624, 638, 63 S.Ct. 1178, 87 L.Ed. 1628 (1943).

de los Derechos y Deberes del Hombre, el Artículo 17 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y el Artículo 8 de la Convención Europea de los Derechos Humanos.

Asimismo, el Artículo 11.2 de la CADH protege el derecho a la privacidad, lo que incluye el derecho a que no haya interferencias arbitrarias o abusivas en la familia. La Corte IDH ha indicado que dicho artículo incluye entre otros derechos la protección de la vida privada, y que la orientación sexual de una persona forma parte de dicho derecho⁴⁰, al definir la vida privada como:

*“un concepto amplio que no es susceptible de definiciones exhaustivas y comprende, entre otros ámbitos protegidos, la vida sexual y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos. Es decir, la vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo y cuándo decide proyectar a los demás.”*⁴¹

Aunque la CADH no define el concepto de familia, la Corte IDH tuvo la oportunidad de analizar el concepto de familia en el caso Atala⁴². La Corte fue muy cuidadosa de no establecer un concepto cerrado de familia que pudiese luego dejar fuera nuevos núcleos familiares. Lo que quedó claro de su análisis es que *“el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio”*.⁴³ La Corte luego entregó otros elementos para poder determinar los tipos de vínculos familiares protegidos por los Artículos 11 y 17 de la CADH. Especialmente relevante para el tema de la adopción co-parental es la afirmación de la Corte en cuanto a que *“la orientación sexual es parte de la intimidad de una persona y no tiene relevancia para analizar aspectos relacionados con la buena o mala paternidad o maternidad.”*⁴⁴

La imposibilidad legal de adopción co-parental implica la negación del vínculo familiar ya establecido entre los hijos y la pareja del padre o madre biológico o adoptivo.

La Corte Europea de Derechos Humanos (Corte EDH) también ha sostenido que *“pareja[s] del mismo sexo que viven juntas en relación[es] de hecho estable[s] se consideran una “familia.”*⁴⁵

⁴⁰ *Supra* Nota 31. Párr. 165

⁴¹ *Id.* Párr. 162

⁴² *Id.*

⁴³ *Id.* Párr. 142

⁴⁴ *Id.* Párr. 165 y 167

⁴⁵ *Supra* Nota 28; ver también *Schalk and Kopf v. Austria*, Eur. Ct. H.R., App. No. 30141/04, Junio 24, 2010.

Además, en *Gas and Dubois v. France*, la Corte EDH sostuvo que las uniones civiles de parejas del mismo sexo con un hijo concebido por uno de los padres, pero criado por ambos constituía “vida de familia” bajo el Artículo 8 de la Convención Europea.⁴⁶

La Corte EDH ha tenido oportunidad de revisar muchos más casos relacionados con homoparentalidad y con parejas del mismo sexo que la Corte IDH.⁴⁷ Su jurisprudencia, a pesar de entregar amplia deferencia a los estados a través de la doctrina del margen de apreciación,⁴⁸ ha establecido que la protección de la familia incluye la familia homoparental:

*“Dado que la Convención [Europea] es un instrumento vivo, que debe interpretarse de acuerdo a las condiciones actuales, el Estado, en su elección de medios diseñados para proteger a la familia y asegurar respeto a la vida familiar, como lo exige el Artículo 8, debe necesariamente tomar en cuenta los desarrollos de la sociedad y los cambios de percepción en temas sociales, de estado civil y de relaciones [humanas], incluido el hecho que no hay solo una forma o una opción en cuanto a cómo vivir la vida privada o familiar.”*⁴⁹

El caso europeo más importante en relación con la adopción co-parental es *X v. Austria*.⁵⁰ En este una pareja del mismo sexo y el hijo biológico de una de ellas reclamó que sus derechos a la igualdad y no discriminación, así como su derecho a la vida privada y familiar habían sido violados por Austria al rechazar la solicitud de la pareja de la madre biológica de adopción co-parental del hijo de su pareja por el hecho ser mujeres. Si la solicitante hubiese sido hombre, la solicitud de adopción co-parental habría sido aceptada.⁵¹ En este caso el gobierno de Austria fue incapaz de acreditar a través de evidencia científica o de otra naturaleza que la adopción co-parental era perjudicial para el adoptado.⁵² Más aún, el gobierno de Austria reconoció que las parejas del mismo sexo eran tan aptas para educar niños/as como las parejas heterosexuales.⁵³ Sin embargo, indicó que su legislación pretendía evitar una situación legal en que un niño/a

⁴⁶ *Gas and Dubois v. France*, European Ct. H.R. App. No. 25951/07, Agosto 31, 2010.

⁴⁷ Solo una sentencia relativa a la parentalidad de una persona de orientación sexual diversa a la heterosexual ha sido decidida por la Corte IDH, en el caso *Atala*, *Supra* Nota 31.

⁴⁸ Esta doctrina ha sido criticada, entre otras razones, por la falta de certeza e inconsistencia en su aplicación. Ver Kratochvíl, J. *The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Humans Rights*, NETHERLANDS QUARTERLY OF HUMAN RIGHTS, v. 29, n. 3, 2011, pp. 324-357.

⁴⁹ *Supra* Nota 28. Párr. 139.

⁵⁰ *Id.*

⁵¹ *Id.* Párr 9-20.

⁵² *Id.* Párr. 142.

⁵³ *Id.*

tuviese dos madre o dos padres.⁵⁴ La Corte Europea consideró que el trato diferenciado entre parejas heterosexuales y parejas del mismo sexo en relación a la adopción co-parental constituía una violación del artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que prohíbe la discriminación.⁵⁵

La jurisprudencia comparada latinoamericana muestra una marcada tendencia hacia el reconocimiento igualitario de las familias sin importar vínculo matrimonial ni orientación sexual. La SCJN de México ha señalado que su constitución no está llamada a proteger solo la familia derivada del matrimonio sino que la obligación constitucional de protección a la familia abarca la familia “como realidad social.”⁵⁶ “[T]al protección debe cubrir todas sus formas y manifestaciones en cuanto realidad existente, alcanzando a dar cobertura a aquellas familias que se constituyan con el matrimonio; con uniones de hecho; con un padre o una madre e hijos (familia monoparental), o bien, por cualquier otra forma que denote un vínculo similar.”⁵⁷ Este fue el fundamento utilizado por la SCJN para declarar la constitucionalidad del matrimonio igualitario en el Distrito Federal, así como la adopción de parejas del mismo sexo.

En este mismo sentido, varias de las opiniones que conforman la decisión del Supremo Tribunal Federal de Brasil de 2011 que estableció la constitucionalidad de las uniones civiles se basaron en una idea amplia de familia y en el rol del derecho como protector de las familias construidas socialmente. El Magistrado Luis Fux indicó que la Constitución de Brasil de 1988 consagra la protección de la familia como “instrumento de protección de la dignidad de sus integrantes y del libre desarrollo de sus derechos fundamentales.”⁵⁸ Asimismo, el Magistrado Britto señaló que la Constitución de Brasil se refiere a la familia no como un concepto ortodoxo, sino que en su sentido coloquial se ha referido a la familia acorde a la realidad existente.⁵⁹

Esta jurisprudencia coincide con la jurisprudencia colombiana que no es necesario citar en este informe.

⁵⁴ *Id.*

⁵⁵ *Id.* Párr. 153.

⁵⁶ Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Acción de inconstitucionalidad 2/2010*, Novena Época, 10 de Agosto de 2010, Par. 235.

⁵⁷ *Id.*

⁵⁸ Supremo Tribunal Federal, ADI4277, *Ação direta de inconstitucionalidade*, May 5, 2011 (Brasil), Opinión del Magistrado Luis Fux, pag. 12.

⁵⁹ *Id.* Opinión del Magistrado Ayres Britto, Pag. 37.

c. El Principio del Interés Superior del Niño

El principio del interés superior del niño ha pasado paulatinamente a tener reconocimiento casi universal como el pilar fundamental para la interpretación y adjudicación de derechos que afectan a los niños.

De acuerdo con la Convención de los Derechos de los Niños (CRC), en casos de adopción el “interés superior del menor debe ser de consideración primordial” y el factor determinante. Este principio, sin embargo, ha sido utilizado como escudo para discriminar a las familias que no corresponden al patrón tradicional.⁶⁰ El interés superior del niño no es una bolsa vacía cuyo contenido corresponda a quien primero decide utilizar dicho principio.

EL Comité de Derechos del Niño en su Observación General No.5 señala que *“Todos los órganos o instituciones legislativos, administrativos y judiciales han de aplicar el principio del interés superior del niño estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las medidas que adopten; por ejemplo, una ley o una política propuestas o existentes, una medida administrativa o una decisión de los tribunales, incluyendo las que no se refieren directamente a los niños pero los afectan indirectamente.”*⁶¹

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que “[t]anto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un amplio corpus juris internacional de protección de los niños que sirve a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana.”⁶² En el caso *Yean y Bosico v. República Dominicana* la Corte IDH señaló que “la prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de

⁶⁰ La Corte suprema de Chile justificó la separación de las hijas de la Jueza Karen Atala en el interés superior del niño. El estado de Chile defendió la sentencia en base al interés superior del niño. Ver *Atala e hijas v. Chile*, *Supra* Nota 31, Párr. 105.

⁶¹ Comité de Derechos del Niño. Observación General Nro. 5. Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44). Párrafo 12.

⁶² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri v. Perú*, 8 de julio de 2004, Párrafo 166.

todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad”.⁶³ Y en la Opinión Consultiva 17 (OC-17) indicó que “[l]a expresión ‘interés superior del niño’, consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.”⁶⁴ En la misma Opinión estableció además que “[e]l derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia y del niño, y además está expresamente reconocido por los artículos 12.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, V de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos.”⁶⁵

En la sentencia *Atala*, la Corte IDH tuvo oportunidad de desarrollar contenidos específicos en cuanto al interés superior del niño:

“Igualmente, la Corte constata que la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia.

En conclusión, la Corte Interamericana observa que al ser, en abstracto, el “interés superior del niño” un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual..., no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona. El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos.

⁶³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de las Niñas Yean y Bosico v. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 8 de septiembre de 2005, párrafo 134.

⁶⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva N.17, párrafo 137.1.

⁶⁵ *Id.*

Una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño. La Corte considera que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños.”⁶⁶

Una decisión que viola los derechos de los niños establecidos tanto en Convención de los Derechos del Niño como en la CADH no puede respetar el interés superior del niño, aun cuando la decisión formalmente se base en dicho estándar. En el caso de la adopción co-parental, se trata del reconocimiento legal de relaciones afectivas ya existentes. Para esos niños y niñas, su familia está formada, entre otros, por su padre o madre biológica o adoptiva y su padre o madre no biológica. El principio del interés superior del niño exige, precisamente, que los estados establezcan mecanismos legales expeditos que aseguren a esos niños/as la protección legal de su núcleo familiar. Cualquiera sea el estándar de escrutinio que el estado decida utilizar en el procedimiento de determinación de la parentalidad debe ser específico a cada situación familiar y no puede basarse en preconcepciones sobre la orientación sexual de los padres o madres.

Es evidente que la falta de procedimiento de adopción co-parental para parejas del mismo sexo constituye una violación del artículo 2.2 de la CDN puesto que los niños/as están siendo discriminados por “causa de la condición... de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.”⁶⁷

En este mismo sentido ha fallado la SCJN de México al referirse a la constitucionalidad de la legislación del Distrito Federal que aprobó el matrimonio igualitario y la adopción por parte de parejas del mismo sexo. Al igual que la sentencia de la Corte Suprema de Chile que dio origen a la decisión *Atala e hijas v. Chile*, el Procurador General de la República de México se oponía a la reforma del Distrito Federal en cuanto a la adopción por parte de parejas del mismo sexo en base a la necesidad de proteger el interés superior del niño. La SCJN señaló que el “*reconocimiento jurídico de la existencia de familias homoparentales...no desatiende el interés superior del niño; por el contrario, de dicho reconocimiento derivan una serie de derechos a favor del menor y de*

⁶⁶ *Supra* Nota 31. Párr. 109-111.

⁶⁷ Convención sobre los Derechos del Niño Artículo 2.2.

*obligaciones de quienes son sus padres, pues es una realidad que dichas familias existen y, como tales, deben ser protegidas por el legislador...”*⁶⁸

La SCJN se plantea precisamente la hipótesis que lleva a muchas parejas a buscar la adopción co-parental: *“por ejemplo, un niño o niña puede ya estar viviendo con su padre o madre biológico y su pareja homosexual. ¿Qué pasa si falta el padre biológico, si en algún momento no está físicamente o muere? ¿Quién se va a hacer cargo del niño? ¿Quién va a tomar las decisiones? Este tipo de adopción también se hace pensando en el interés superior del niño.”*⁶⁹

Finalmente, la SCJN señala: *“El cuestionamiento a priori de que las parejas homosexuales afectan el interés superior del niño y, por tanto, no debe permitírseles adoptar es, en sí mismo, discriminatorio y se apoya, más bien, en prejuicios que, lejos de convalidarse por esta Corte, deben, en todo caso, superarse.”*⁷⁰

4. Conclusiones

No hay duda que los estándares internacionales exigen que se reconozca y establezcan los mecanismos necesarios para proteger las familias formadas por las parejas del mismo sexo y sus hijos e hijas. Es perjudicial al interés superior del menor y viola el derecho del menor a una familia prevenir que los únicos adultos que realmente funcionan como padres o madres de un niño o niña puedan convertirse en sus padres legales. Ningún niño debe ser privado de la oportunidad de tener una familia legal.

La familia debe entenderse como un concepto multidimensional que se construye en torno a la realidad, no como un concepto abstracto que limita su potencial a un solo modelo de unidad familiar. Esta ha sido la línea jurisprudencial seguida por su Corte, así como por otras cortes latinoamericanas como las de México y Brasil, y ha sido el desarrollo legislativo de países como Argentina y Uruguay que han regulado las familias del mismo sexo de manera comprensiva. Las familias, especialmente en Latinoamérica son asociaciones de distinta naturaleza que se constituyen por hermanos; por una madre y sus hijos/as; por el padre y sus hijos/as, por una/o

⁶⁸ *Supra* Nota 57. Párr 333.

⁶⁹ *Id.* Párr. 334.

⁷⁰ *Id.* Párr. 335.

abuela/o y su nieto/a; por una pareja; por una parejas con hijos/as, y dentro de estas diferentes familias encontramos orientaciones sexuales, identidades de género y expresiones de género diversas sin que por ello alguien pueda desconocer su naturaleza de familia. Siguiendo el razonamiento del Supremo Tribunal Federal de Brasil, la familia es una unidad de protección de la dignidad de sus integrantes. En la medida que la familia este estructurada de una manera que pueda asegurar el libre desarrollo de sus integrantes, especialmente de los más vulnerables, es deber del estado establecer mecanismos para que dichos grupos familiares puedan cumplir sus objetivos.

El reconocimiento legal de las familias que hoy existen en nuestras sociedades es un imponderable. La falta de este trae como consecuencias la vulneración sistemática de los derechos humanos de cada uno de sus integrantes, niños y adultos, y contribuye a la perpetuación de conductas y actos discriminatorios que nos afectan a todos y todas, y que se fundamentan en estereotipos y modelos sociales imaginarios que cuartan el libre desarrollo de la personalidad individual, creando un concepto sesgado de lo que es una familia.

Es importante que la adopción co-parental sea una opción real para estas familias. La realidad es que los/as hijos/as de estas parejas seguirán existiendo con o sin ley, nadie puede impedir a un menor decirle papá o mamá a las personas que han ejercido este rol durante toda su vida. Es deber del estado regular esta situación, garantizando a los menores y adultos que forman parte de este tipo de familia el goce en igualdad de los derechos y deberes propios que emanan de su relación, previniendo situaciones de vulnerabilidad que puedan afectar a sus integrantes.



Esteban Restrepo Saldarriaga



Macarena Sáez Torres



Nicole Duffau Valdés