

**ANÁLISIS DE LOS DESAFÍOS DE LA ADOPCIÓN HOMOPARENTAL
EN COLOMBIA**

**LINA MARÍA BONILLA MEJÍA
JOHAN ELIANA CANDADO REYES**



**UNIVERSIDAD LIBRE
FACULTAD DE DERECHO
PREGRADO
CALI
2015**

**ANÁLISIS DE LOS DESAFÍOS DE LA ADOPCIÓN HOMOPARENTAL
EN COLOMBIA**

**LINA MARÍA BONILLA MEJÍA
JOHAN ELIANA CANDADO REYES**

**Proyecto de grado para optar el título de
ABOGADA**

**Asesor pedagógico:
HOLBEIN GIRALDO PAREDES
GERMÁN GARCÍA GONZÁLES**



**UNIVERSIDAD LIBRE
FACULTAD DE DERECHO
PREGRADO
CALI
2015**

TABLA DE CONTENIDO

Introducción	pág. 7
Capítulo I:	
LA ADOPCIÓN: HISTORIA, CONCEPTUALIZACIÓN Y MARCO JURÍDICO EN COLOMBIA	9
Introducción	9
1.1 La adopción y concepto	9
1.2 Historia de la adopción	11
1.2.1 La adopción en la antigüedad	11
1.2.1.1 Mesopotamia y el código de Hammurabi	11
1.2.1.2. Antiguo Egipto	16
1.2.1.3. India y las leyes de Manú	19
1.2.1.4. La sociedad hebrea y la compilación hebraica	22
1.2.2. La adopción en la antigüedad grecorromana	24
1.2.2.1. Grecia antigua	24
1.2.2.2. El imperio romano	29
1.2.3. La adopción en el islam y la edad media	32
1.2.3.1. La adopción en el islam	32
1.2.3.2. La edad media	32
1.2.4. La adopción en el contexto internacional	34
1.2.4.1. Francia	34
1.2.4.2. España	35
1.3. La adopción en América Latina	37
1.3.1. Marco jurídico en América Latina	38
1.3.2. América Latina unida para evitar el tráfico de menores	41
1.4. La adopción en Colombia	42
1.4.1. Antecedentes	43
1.4.2. La irrevocabilidad de la adopción	52
1.4.3. Marco jurídico para la adopción en Colombia	53
1.4.3.1 Requisitos para adoptar en Colombia	54
Conclusión	55

Capítulo II:

2. REVISIÓN DE LOS ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DE LA ADOPCIÓN HOMOPARENTAL EN EL MARCO INTERNACIONAL

Introducción	56
2.1. Países que han aprobado la adopción homoparental	56
2.1.1. Alemania	57
2.1.2. Argentina	58
2.1.3. Bélgica	59
2.1.4. Brasil	60
2.1.5. Croacia	60
2.1.6. España	61
2.1.7. Estados Unidos	62
2.1.8. Holanda	63
2.1.9. Inglaterra	64
2.1.10. Israel	64
2.1.11. México	65
2.1.12. Sudáfrica	66
2.1.13. Suecia	66
2.1.14. Uruguay	67
2.2. Argumentos de expertos a nivel mundial respecto de la adopción homoparental	72
2.2.1. Argumentos de expertos a nivel mundial a favor de la adopción homoparental	72
2.2.2. Argumentos de expertos a nivel mundial en contra de la adopción homoparental	82
2.3. Análisis de Jurisprudencia Internacional: Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile)	88
2.3.1. La obligación de respetar y garantizar los derechos respecto al proceso de tuición	90
2.3.1.1. Hechos probados en relación con el procedimiento de tuición	90
2.3.1.2. El derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación	92
2.3.1.3. La orientación sexual como categoría protegida por el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos	93

2.3.1.4. Diferencia de trato basada en la orientación sexual	94
2.3.1.5. El criterio amplio de familia	99
2.3.1.6. Garantías judiciales y protección judicial en el proceso de tuición	101
2.3.2. Hechos probados respecto a la investigación disciplinaria	103
2.3.3. Reparaciones	104
Conclusión	106

Capítulo III

3. REVISIÓN DE LOS ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DE LA ADOPCIÓN HOMOPARENTAL EN EL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO

Introducción	107
3.1. Posturas a favor y en contra de la adopción homoparental expuestas por reconocidas personalidades de la política y la academia colombiana	107
3.1.1 Posturas a favor de la adopción homoparental expuestas por reconocidas personalidades de la política y la academia colombiana	107
3.1.2. Posturas en contra de la adopción homoparental expuestas por reconocidas personalidades de la política y la academia colombiana	110
3.2. Análisis de sentencias dictadas por la Corte Constitucional mediante las cuales se han reconocido derechos y libertades a la comunidad LGBTI en relación con la familia y la adopción en Colombia.	114
3.2.1. Sentencia T-290 de 1995 (M.P. Carlos Gaviria Díaz)	114
3.2.2. Sentencia C-075 de 2007 (M.P. Rodrigo Escobar Gil)	117
3.2.3. Sentencia C- 577 de 2011(M.P. Gabriel Eduardo Mendoza)	118
3.2.4. Sentencia SU-617 de 2014 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez)	120
3.2.5. Sentencia C-071 de 2015 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio)	122
3.2.6. Sentencia C-683 de 2015 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio)	125
Conclusión	128
4. Postura	129
5. Conclusiones	141
6. Anexos	153
7. Bibliografía	154

ABSTRACT

En el mundo suscita una controversia que se ha mantenido en el tiempo y permea diversos Estados indistintamente de su tipo de gobierno, de la religión preponderante o del continente al que pertenezcan; tal debate se da alrededor de la adopción de menores de edad, no por su naturaleza misma sino en razón a la posibilidad de facultar a las parejas homosexuales para ostentar la calidad de adoptantes. Con esta investigación se pretende analizar la situación actual de la adopción homoparental a nivel internacional, guiada por el contexto socio-jurídico de los países que más cambios relevantes han presentado en el tema y conducida por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir de la cual se han originado vinculantes preceptos jurídicos aplicables en los países firmantes; sin perjuicio de una intelección histórica de la metamorfosis socio-jurídica del sistema de adopción en aras de obtener una perspectiva holista al respecto.

La investigación ha logrado tener un enfoque principalmente jurídico sin apartarse del aspecto sociológico, psicológico y antropológico, previendo una interdisciplinariedad a partir de la cual se desarrolla el análisis de los estudios que distinguen resultados contrastables.

A partir del ámbito internacional se prevé incluir un amplio estudio en torno al contexto nacional, circunscribiendo las aristas jurídicas, judiciales, legislativas, sociales y políticas, sin dejar de observar las estadísticas provenientes del ICBF respecto a los procesos de adopción. Resultados que en conjunto con la esfera internacional permiten el despliegue de las apreciaciones y el criterio con el que concluyen las autoras, abstraído del discernimiento crítico de los resultados obtenidos de la investigación realizada, valoraciones en las que se planteará una posición práctica respecto a los ‘miedos’ de la sociedad frente al tópico de estudio y un trazado socio-jurídico respecto a la adopción homoparental en Colombia.

INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene como objetivo analizar los obstáculos que han tenido las parejas del mismo sexo para poder adoptar niños en Colombia, se considera necesaria esta investigación porque en ella se busca dar una breve explicación de la adopción tanto a nivel nacional como internacional, mostrando las estadísticas más recientes sobre las solicitudes de adopción que ha recibido el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, como también las normas que Colombia ha creado para proteger y vigilar el trámite de adopción.

También se expondrá el análisis del contexto socio-jurídico de diferentes países que han aprobado la adopción homoparental, exponiendo los fundamentos en los que han hincado sus transformaciones tanto en la rama judicial como en la legislativa para avalar la adopción en estos términos. De igual manera se investigarán los estudios científicos que se han realizado desde las disciplinas de la psicología y la antropológica que incluyan resultados que demuestren los efectos negativos y positivos en el desarrollo integral de un menor de edad que crece en el seno de una familia homoparental, así como el conflicto social que ello le pueda generar.

Así mismo se analizará la tendencia en el ámbito jurídico internacional respecto a la adopción por parejas del mismo sexo, para lo cual se analizará una sentencia proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la que se resuelve el litigio dado entre el Estado de Chile y la madre biológica de tres menores que nacieron en una familia heterosexual, pero posteriormente por decisión de su progenitora pasaron a ser parte de un hogar homoparental, del que por disposición de los togados chilenos que conocieron el caso fueron retiradas para entregar su custodia al padre biológico, pleito que suscita un proceso resuelto por el órgano judicial internacional.

Mediante este escrito se expondrán además los diferentes escenarios en los que ha tenido trascendencia la homosexualidad en el ámbito social y familiar, citando las diferentes

posturas que tanto a favor como en contra han esgrimido reconocidas personalidades de la esfera académica y la esfera política colombiana. Adicionalmente se estudiarán los fallos judiciales de mayor preeminencia emanados por el máximo tribunal de la jurisdicción constitucional en el territorio nacional: la Corte Constitucional, mediante los cuales le se han reconocido derechos y libertades a la comunidad LGBTI en relación con la familia y la adopción.

Por último se desplegarán las apreciaciones y el criterio de las autoras de la monografía, abstraído del discernimiento crítico de los resultados obtenidos de la investigación realizada, valoraciones en las que se planteará una posición práctica respecto a los ‘miedos’ de la sociedad frente al tópico de estudio y un trazado socio-jurídico respecto a la adopción homoparental en Colombia.

Capítulo I.

LA ADOPCIÓN: HISTORIA, CONCEPTUALIZACIÓN Y MARCO JURÍDICO EN COLOMBIA

Introducción

En este capítulo se referenciará los diferentes conceptos que se han dado para definir la figura de la adopción, se hará también una contextualización histórica de la adopción, figura que data de siglos atrás, por lo que se citará y analizará su origen y concepción en las civilizaciones más representativas de la historia humana, hasta llegar a la estadio actual de la figura en el escenario mundial, incluyendo Iberoamérica y Colombia, contemplando el marco jurídico en este último Estado.

1.1. La adopción, concepto

Anticipadamente, en términos generales se debe referir que etimológicamente la palabra *adopción* proviene del latín «adoptare» formado por la raíz «ad» y el verbo «optare», la primera denota asociación y la segunda hace relación a elegir, escoger o desear; por ende «adoptare» es entendido como la idea o acción de elegir o desear a alguien o algo para asociarlo a sí mismo.¹

De la antigüedad datan algunos conceptos de adopción que difieren del concepto actual, el jurista español Castán Tobeñas (2007) se refiere a aquellos conceptos y explica que la adopción en los pueblos antiguos constituía un recurso convalidado por la religión, que para aquél tiempo contaba con una influencia notable en las personas; y por las leyes con el ánimo de que quienes no tenían herederos naturales pudiesen conservar su descendencia y de tal manera asegurar la continuidad del culto doméstico, y de la misma manera proteger la transmisión hereditaria de sus bienes.

¹ <http://www.wisis.ufg.edu.sv/www.wisis/documentos/TE/346.0178-G643a/346.0178-G643a-CAPITULO%20I.pdf>. *Nota aclaratoria:* el trabajo de grado referenciado no contiene datos para su debida citación, puede leerse en la dirección electrónica citada.

Por su parte innumerables tratadistas modernos han definido la adopción, entre tales aportes se encuentra el de los hermanos Mazeaud (1976), para quienes la adopción es *“un acto voluntario y libre que crea, fuera de los vínculos de la sangre, un vínculo de filiación entre dos personas”* (Mazeaud, 1976, pág. 553).

Antonio de Ibarrola² citando a Dusi define a la adopción como aquel suceso solemne en el cual se interpone la voluntad de los particulares, para que con la autorización de la ley y la autoridad judicial se creen, entre dos personas llanamente extrañas, relaciones análogas a la de la filiación legítima³

Así mismo el tratadista Hernán Gómez Piedrahita (1992) le definió en forma amplia 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” (Gómez, 1992, p. 288).

Concepto que además adoptó la Ley 1098 de 2006 en su artículo 61 (Código de la Infancia y la Adolescencia, Ley 1098 de 2006).

Como lo visto, son diversos los conceptos que han tratado de definir la adopción, permitiendo hacer ciertas distinciones, no obstante, se puede concluir que gran parte de los conceptos aludidos están encaminados a constituir el concepto de adopción como un acto solemne o espontáneo a través del cual se crea un vínculo filial entre personas naturalmente extrañas, del cual emanan derechos y obligaciones. Este concepto que se emite, edificado a partir de las diferentes definiciones dadas a la adopción colige los puntos sustanciales de esta figura.

² Ibarrola, A. citando a Dusi, *Derecho de Familia*, p. 352. En: <http://tesis.uson.mx/digital/tesis/docs/23107/Capitulo2.pdf>. *Nota aclaratoria*: el trabajo de grado referenciado no contiene datos para su debida citación, puede leerse en la dirección electrónica citada.

³ <http://tesis.uson.mx/digital/tesis/docs/23107/Capitulo2.pdf>. *Nota aclaratoria*: el trabajo de grado referenciado no contiene datos para su debida citación, puede leerse en la dirección electrónica citada.

1.2. Historia de la adopción

La adopción denota un trayecto historiográfico extenso, para referirse a sus orígenes es necesario remontarse a las tradiciones más antiguas, donde se tenía una concepción de la familia radicalmente diferente a la actual.

1.2.1. La adopción en la antigüedad

1.2.1.1. Mesopotamia y el código de Hammurabi

Las primeras sociedades que vislumbraron la adopción se ubican en la época precristiana, en principio en la civilización Mesopotámica de la cual desprendieron una serie de sociedades organizadas como los hurritas, sumerios y babilonios. Esta civilización ejerció una significativa influencia sobre el conjunto de países del Próximo Oriente y sobre el Mundo griego, por lo que se encuentra que finalmente contribuyó enormemente al desarrollo material y espiritual de la humanidad (Roux, 1987).

La influyente civilización, que según la ubicación geográfica se acentuó en territorios que tenían como eje los valles de los ríos Tigris y Éufrates (Roux, 1987) -de ahí que se le conociera como «el (país) entre los ríos»- constituyó un antecedente histórico marcado por el longevo reinado de Hammurabi, que va de 1792 a 1750, tiempo durante el cual la Civilización Sumerio-Acadia alcanza incluso su máximo grado de expansión, esta evolución, según expone Roux (1987) tiene lugar fundamentalmente en el terreno del arte, la lingüística, la literatura y la filosofía.

La época de Hammurabi, quien sería el sexto rey de Babilonia, es también el momento en el que la lengua Acadia alcanza su perfección clásica, tanto en su sintaxis como en su forma material, así que con su elegante escritura engendró un modelo bajo el cual se hicieron inscripciones reales, documentos administrativos y jurídicos. De tan esplendorosa época y bajo el reino babilonio que se extendió hasta las Costas del Golfo, Hammurabi promulgó su famoso «Código» de leyes:

*“Para proclamar el derecho, en el País,
Para eliminar al malo y al perverso,
Para que el fuerte no oprima al débil,
Para aparecer ante las gentes como el Sol
E iluminar el país”* (Roux, 1987, p. 222).

El cual se creyó por mucho tiempo, era el «Código» más antiguo del mundo, sin embargo en esta época ya no puede ser considerado como tal, puesto que actualmente se conocen recopilaciones de leyes firmadas por Ur-Nammu y Lippit-Istar, de las reformas de Uru-inimgina, y otras tantas provenientes del reino de Eshnunna, las cuales anteceden por supuesto al «Código» que promulgó el rey babilonio.

Sin embargo, el hecho de no ser el más antiguo compendio de leyes que se haya conocido, no excluye que sea considerado por expertos como el más completo y el más rico en informaciones de todo tipo; a ello se debe adicionar una consideración importante, en tanto que como lo afirma George Roux (1987) en su estudio sobre la historia política, económica y cultural de Mesopotamia:

“este «Código» como todos los que le precedieron, no constituye en modo alguno un corpus exhaustivo de las disposiciones legales lógicamente ordenadas, semejante al Digesto o a la Instituciones de Justiniano, o al Código Napoleónico, y este es el motivo por el que siempre hemos puesto la palabra «Código» entre comillas” (Roux, 1987, p. 222).

En últimas lo que se propuso Hammurabi en su «Código» fue grabar sobre estelas erigidas en templos y, a petición de jueces copiar en tablillas las disposiciones que en conjunto conformaron finalmente lo que se conoce como el «Código» de Hammurabi, donde se agruparon leyes provenientes de un derecho consuetudinario basado en la jurisprudencia y modificado –como todo derecho- con el transcurrir del tiempo adaptándolo a la evolución de la sociedad y por consiguiente a sus costumbres.

Este compendio adornado por un largo prólogo, en el que el monarca se permite cantar sus propias alabanzas y exponer las obras piadosas ejecutadas en las numerosas ciudades de su reino (Roux, 1987, p. 223), incluye ciento ochenta y dos párrafos⁴ y abarca todo el derecho público y privado vigente en la Babilonia de la época (Blaschk, 2001, p. 122) que se agrupan en torno a temas sublimes entre los que se encuentran leyes relativas al trabajo, a la propiedad y el comercio, al matrimonio, al divorcio, a la herencia, *a la adopción*, así como un estatuto dirigido a las mujeres dedicadas en los templos, castigos de las heridas infringidas a las personas físicas, problemas relacionados con la agricultura, tasas de salarios y alquileres, y por último a la compra de esclavos en Babilonia y en el extranjero (Roux, 1987, p. 224).

En el «Código» de Hammurabi se encuentra entonces un apreciable adelanto respecto de las primeras formas de regulación de la adopción, abarcando algunos de sus aspectos generales. De tal manera que esta figura, con cierto arraigo en los actos costumbristas de las civilizaciones, no escapó al control de las leyes de la época e hizo parte de la arcaica compilación junto con la figura de la maternidad subrogada, creada para regular aquellas situaciones en que la esposa elegida por el hombre estuviese imposibilitada para procrear.

Por consiguiente, en cuanto a la adopción se establecieron cuatro directrices que contemplan una serie de tipos comportamentales de los cuales se originan derechos, deberes y obligaciones entre los adoptantes y los adoptados.

La primera de esas directrices regula los casos en que un niño adoptado no podía ser reclamado:

§ Pauta 185: Si un señor ha tomado un niño desde su nacimiento para darle su nombre y le criado, este (hijo) adoptivo no podrá ser reclamado.

§ Pauta 187: El hijo (adoptivo), de un oficial del palacio (girseqqum) o de una mujer pública (zikrum), no puede ser reclamado.

⁴ “Una parte de la estela ha sido dañada por los elamitas y unas treinta y cinco leyes desaparecieron. Una parte del texto ha podido ser reconstruida gracias a los fragmentos del «Código» que aparecen en tablillas” (Roux, 1987, p. 223).

§ Pauta 188: Si un artesano ha tomado un muchacho como (hijo) adoptivo y le ha enseñado su oficio, no podrá ser reclamado.

(Lara, 2008, p. 36)

La segunda directriz guía los casos en que un niño adoptado podría retornar a su casa paterna:

§ Pauta 186: Si un señor ha tomado un niño para darle su nombre, (si) cuando lo ha tomado, este (adoptado) reclama a su padre y a su madre, el (hijo) adoptado volverá a su casa paterna.

§ Pauta 189: Si no le ha enseñado su oficio, ese (hijo) adoptivo volverá a su casa paterna.

§ Pauta 190: Si un señor no ha incluido entre sus propios hijos al muchacho que había tomado para darle su nombre y que había criado, ese (hijo) adoptivo volverá a su casa paterna.

(Lara, 2008, p. 36)

En tercera medida este «Código» contempla sanciones para aquellos casos en que un padre decidiera revocar la adopción, lo cual generaría la obligación de entregar parte de la herencia que le hubiese correspondido al prohijado si se hubiera quedado en casa de la familia adoptiva:

§ Pauta 191: Si un señor ha tomado un niño para darle su nombre y le ha criado, (si después) ha establecido su (propio) hogar (y) tuvo así hijos, y se propone librarse del (hijo) adoptivo, este (hijo) adoptivo no se irá con las manos vacías; el padre que le ha criado le deberá entregar de sus bienes un tercio patrimonial y (entonces) él (el hijo adoptivo) se irá; del campo, del huerto y de la casa no está obligado (el padre adoptivo) a darle (nada) (Lara, 2008, p. 36).

Finalmente una cuarta directriz está ligada a la imposición de drásticas sanciones, en vista de que el «Código» de Hammurabi utilizaba en gran medida el principio de la reciprocidad exacta producto de introducir en Mesopotamia la «Ley del Talió», que parece ser característica de los semitas occidentales y aparecería en el «Código» de Hammurabi como

una reforma jurídica capital, por tanto algunos delitos se castigaban con la pena de muerte, como aquellas situaciones en que los adoptados babilónicos repudiaban a sus padres:

§ *Pauta 192: Si el hijo (adoptivo) de un oficial del palacio (girseqqum) o de una mujer pública (zikrum) ha dicho a su padre que le ha criado o a su madre que le ha criado: «Tú no eres mi padre», «Tú no eres mi madre», se le cortará la lengua (Lara, 2008, p. 36).*

§ *Pauta 193: Si el hijo (adoptivo) de un oficial del palacio (girseqqum) o de una mujer pública (zikrum) ha identificado su casa paterna y llega a odiar al padre que le ha criado o a la madre que le ha criado y marcha a su casa paterna, le sacarán un ojo (Lara, 2008, p. 37).*

En su «Código», Hammurabi deja ver un sentido de la justicia protector con la familia, pues las normas relativas al tema representan un esfuerzo del legislador para proteger a las mujeres y a los niños del abandono, la pobreza y los agravios.

Valga resaltar que la familia babilonia “se basaba en el matrimonio monogámico, suavizado por el concubinato” (Cardascia, citado por Garelli, POA, I, p.131). El matrimonio era básicamente un contrato, de tal manera que el padre del futuro marido elegía a la esposa y daba a su familia una cantidad de dinero, la *terbatum*, que era una especie de compensación por la «pérdida de mano de obra doméstica», por lo que voluntariamente podía añadir un regalo (*biblum*), y la prometida aportaba una dote (*Sheriktum*) (Driver y Miles, citados por Baelo, 2013).

En la familia babilonia también es destacable la inalienabilidad e independencia de la propiedad de los bienes patrimoniales, el modelo de familia mixto: patriarcal o matriarcal, así como el respeto a los cultos ofrecidos a los dioses; de tal manera que de mucho tiempo atrás la civilización de la Mesopotamia dio cabida a la figura de la adopción entre sus costumbres, impulsada según Fustel De Coulanges (citado por Miranda, 1999, p. 15), porque la adopción de un hijo aseguraba la continuidad de la religión doméstica, ya que el adoptado se encargaba de las ceremonias y ofrendas sagradas, cerciorando no sólo la protección de la religión sino también la salvación del hogar.

Como se evidencia, la adopción parece haber tenido origen en la primer escala de la antigüedad con fines más bien religiosos, donde sería determinante el anhelo de los hombres por continuar el culto de los dioses domésticos aún después de su muerte, proteger y mantener el linaje, y así mismo asegurar el cuidado de su familia. A pesar de los fines que perseguían los hombres en la antigüedad con la adopción, esta contaba con ceremonias y solemnidades que recalaban la importancia de la figura en aquellas época, valor categórico que ha perdurado en el tiempo para permanecer aún en la actualidad.

Es notable que la estructura normativa de las leyes comportamentales incluidas en el «Código» de Hammurabi responde a características intrínsecas de la civilización babilónica, principalmente en lo relacionado con la organización familiar, no obstante, la adopción no fue la única figura adaptada a la compilación normativa de Hammurabi, la maternidad subrogada⁵ (Bolton, 2011) también hizo parte ello, se infiere que a causa de su reiterado uso entre dicha civilización.

1.2.1.2. Antiguo Egipto

El Imperio del Antiguo Egipto, también denominado Reino Antiguo tiene origen en el 3100 a.C. cuando Narmer unifica el alto y bajo Egipto en un mismo reino, a este nuevo Egipto se le conocía como “*kemet*” (tierra negra) para diferenciarlo de “*desheret*” (tierra roja) que ocupaba un 90% de las tierras (Artehistoria, 2008).

Los estudios sobre el Reino Antiguo de Egipto, basados en el análisis de la documentación papiroológica, normativa y literaria presente en los archivos históricos que se han obtenido de los yacimientos arqueológicos, han concluido que no está acreditada la existencia de la institución adoptiva, pues no se encuentra información alguna que haga referencia a esta figura (Baelo, 2013).

⁵ “Práctica en la cual una mujer, previo acuerdo de las partes, se compromete a llevar adelante un embarazo y entregar al niño en el momento de nacimiento a una pareja o persona, renunciando a sus propios derechos como madre” (Bolton, 2011).

“Prueba de ello, es el hallazgo de una carta de Irti dirigida a Seankh-en Ptah durante el transcurso de la VI Dinastía egipcia (2350-2190 a.C) en la que ordena taxativamente que de existir un descendiente legítimo, no se podrá adoptar “como hijo suyo” a un extraño o a un hijo natural (en este caso, sería un sobrino)” (Baelo, 2013, p. 32).

Sin embargo, otra conclusión se pudo extraer del hallazgo del arqueólogo francés Georges Legrain, quien encontró una serie de estelas adoptivas que certifican la existencia de la figura de la adopción durante la etapa última del Imperio Antiguo de Egipto con fines principalmente dinásticos, políticos y religiosos.

Entre las estelas halladas, Manuel Baelo (2013) destaca la descubierta por Legrain en 1897, se trata de la “Estela de la adopción de Nitocris” erigida en el templo egipcio de Karnak, y también se refiere a la estela conmemorativa de la adopción de Ankhnesneferibre que relata su ascenso como “Divina Adoratriz” de Amón (Caminos, 1964, p.7), para extraer una significación de la paternidad adoptiva en el contexto religioso y dinástico de la antigua civilización egipcia.

Baelo (2013) analiza las estelas de Nitocris y Ankhnesneferibre, y señala que la adopción faraónica en últimas servía para entronizar a las “Divinas Adoratrices” del Dios dinástico Amon-Ra y otras deidades; que además en el Bajo Egipto se hacía uso de la institución adoptiva con propósitos que giraban en torno a la conservación del poder, pues en Sais, su capital, a través de la adopción se aseguraba el poder político y la hegemonía que ejercía esta ciudad sobre el resto del territorio egipcio.

Asimismo, señala la época de la monarquía Ptolemaica⁶, en la etapa tardía del periodo

⁶ *“Entre 323 a.C., cuando ocurre la muerte de Alejandro Magno y antes de 305 a.C. cuando se instaura la dinastía Lágida, Egipto fue entregado a Ptolomeo, hijo de Lago. Después de que esta dinastía se implementara como monarquía, Egipto evolucionó de manera progresiva hacia concepciones más sofisticadas que acabaron por convertirle un Estado monárquico que evolucionó en todo sentido: militar y económico-financiero, burocrático-administrativo, cosmopolita, urbano, socio-demografía, político-cultural”* (Candeias, 2004).

histórico de dominación greco-romana como una fase fidedigna de gran relevancia para la institución adoptiva, pues se han encontrado manuscritos provenientes de aquel tiempo, en los que se confirma la existencia de la adopción, así como su naturaleza jurídica y su carácter contractual. Manuel Baelo (2013) examina aquellos contratos de adopción⁷ redactados en papiro, y encuentra en ellos una serie de cláusulas que hacen referencia al adoptante como un sujeto activo obligado a criar, educar, cuidar del menor que va a adoptar e instituirlo como heredero del patrimonio familiar a su muerte.

De esta manera es pertinente exponer que si bien en los tiempos iniciales del Antiguo Egipto no se conocen indicios que permitan inferir la existencia de la figura de la adopción para aquella época; si se cuenta con muestras que indican la presencia de la institución adoptiva en la última etapa del Imperio del Antiguo Egipto, pues de este tiempo datan manuscritos que acreditan la permisión de que un tercero, independientemente de que fuese hombre o mujer, o fuese un familiar o un extraño, pudiera cobijarse bajo la figura contractual de la adopción para estar bajo la potestad de quien haya decidido adoptarle.

1.2.1.3. India y las leyes de Manú

La India antigua era mucho más extensa que la actual, ocupaba la mayor parte de un subcontinente, más o menos triangular e incluía lo que hoy es Pakistán, el sur de Nepal y

⁷ Los contratos de adopción analizados son: P. Oxy. IX. 1206, P. Oxy. XVI. 1895 y P. Lips. 28. En el primero de ellos (P. Oxy. IX. 1206) «*Heracles y su esposa Isarion, entregan en adopción a su hijo de dos años de edad, Pathermouthis, a un ciudadano llamado Horion, que promete que lo instituirá como heredero, lo tomará como su hijo, lo cuidará, lo alimentará, lo vestirá, se negará a repudiarlo y no lo convertirá en su esclavo*» Volterra, E. (1937). *Diritto romano e Diritti orientali*, N. Zanichelli, Bologna. pág. 107. Citado por: Baelo, M. (2013). p. 34.

En el segundo Oxyrhynchus papyri (P. Oxy. XVI. 1895) «*Heraiis, viuda y sin los recursos económicos, personales o patrimoniales necesarios para mantener y cuidar a su hija de diez años, se la ofrece a un matrimonio (no existía parentesco alguno entre los adoptantes, la madre natural y el adoptado) que la acoge y la acepta en su familia como una hija legítima*» Xyrhynchus Papyri, Part XVI. *Alienation of a Daughter* (eds. B. P. Grenfell, A. S. Hunt, H. I. Bell), Egypt Exploration Society, London, 1924. Citado por: Baelo, M. (2013). p. 35.

Finalmente en el tercero de los contratos analizados «*Aurelius Silvanus adopta al hijo huérfano de su difunto hermano, Paesis, de diez años de edad. Se establece de forma expresa en este contrato, que ante la previsión de una nueva paternidad, se debe equiparar al adoptado con el resto de hijos del adoptante para salvaguardar sus intereses personales y patrimoniales, ratificando y sancionando tal extremo el propio Aurelius Silvanus y la abuela del menor, Aurelia Teeus*» Baelo, M. (2013). p. 35.

Bangladesh, grandes cadenas montañosas al norte y el océano al este y oeste la dividían de la masa continental asiática.

Su nombre (India) deriva de *sindhu*, palabra autóctona que significa ‘río’, en razón al río Indo⁸ cuyo afluente surca longitudinalmente a Pakistán; los persas la pronunciaron *hindu* y transmitieron el término a griegos y romanos, quienes mutaron su pronunciación a *Indus* e *India*, empleando esta última. Sin embargo, los oriundos de este territorio desconocían la denominación que foráneos habían designado a su tierra, por lo que le llamaban “País de *Bharata*” en alusión a un ancestro mítico de la estirpe de los guerreros. Finalmente, se cree que el nombre por el que hoy se conoce a este territorio se adoptó en razón a las primeras noticias difundidas en el Occidente sobre este país, aportadas por los griegos con las líneas que Heródoto le dedica en su obra “Historia de Heródoto”, escrita en el 440 a.C. tomando recopilaciones de las noticias llevadas por los persas (Gutman, 2009, p. 1 y 7).

En la cultura védica, como en la babilonia, se encuentra una compilación de normas consuetudinarias que rigen la conducta de la sociedad hindú en todas las esferas: religiosa, gubernamental, comercial, civil, privada; esta obra que incluye las costumbre de la sociedad antigua de la India es conocida como Leyes de Manú o Manu Smriti emergida en el 200 a.C y es considerada una de las principales fuentes del Derecho religioso, fue escrita originariamente en sanscrito por lo que ha sido incluida en el género Dharma-śāstra (Baelo, 2013, p. 64), razón por la cual también se le denomina Maanava-Dharma-Sāstra, cuyo significado incluye el indigenista francés Auguste-Louis-Armand Loiseleur Deslongchamps (1909)⁹ en el prefacio de su traducción de las Leyes de Manú:

“El libro de la Ley de Manú; no es, pues, un código en el sentido ordinario de esta palabra, la que se aplica generalmente a una colección que sólo contiene reglas para determinar las relaciones de los hombres entre sí y las penas que merecen los diversos delitos. Es en realidad, como lo comprendían los pueblos antiguos, el Libro

⁸ Región en la cual según descubrimientos arqueológicos realizados hacia 1922 se acentuó la civilización del Valle del Indo, también conocida como cultura Harappa, con la que se da inicio a la historia de la India.

⁹ Para esta monografía se usó la versión en castellano.

de la Ley que encierra todo lo concerniente a la conducta civil y religiosa del hombre. En efecto, además de las materias de que se ocupa ordinariamente un código, se hallan reunidos, en las Leyes de Manú, un sistema de cosmogonía, ideas de metafísica, preceptos que determinan la conducta del hombre en los diversos períodos de su existencia, numerosas reglas relativas a los deberes religiosos, a las expiaciones, reglas de purificación y de abstinencia, máximas de moral, nociones de política, de arte militar y de comercio; Una exposición de las penas y las recompensas después de la muerte, así como las diversas transmigraciones del alma y los medios de llegar a la beatitud” (García, 1924, p. 2).

Las Leyes de Manú, como instituciones religiosas y civiles de la India contemplarían las más reconocidas costumbres de una civilización altamente organizada, siendo la adopción una de ellas, como lo demuestra este paraje referido por Fustel De Coulanges (1995) en “La Ciudad Antigua”: “*Aquel a quien la naturaleza no le ha dado hijos puede adoptar uno para que no cesen las Ceremonias Fúnebres”* (p. 59).

Esta milenaria compilación de normas contempla en su Libro IX “Leyes civiles y criminales; deberes de la clase comerciante y de la clase servil”, algunas reglas alusivas a las adopción:

§ Pauta 159. El hijo engendrado por el marido mismo en legítimo matrimonio, el hijo de su mujer y de su hermano, según la manera arriba mencionada, un hijo dado, un hijo adoptado, un hijo nacido clandestinamente ó cuyo padre se ignora y un hijo rechazado por sus padres naturales, son todos seis parientes y herederos de la familia. (García, 1924, p. 24)

§ Pauta 169. Cuando un hombre toma por hijo a un muchacho de la misma clase que él, que conoce el provecho de la observancia, las ceremonias fúnebres y el mal que proviene de su omisión, y que está dotado de todas las cualidades apreciadas en un hijo, se llama a este niño adoptivo (hijo facticio, krititna). (García, 1924, p. 26)

§ Pauta 171. El hijo al que un hombre recibe como hijo propio, después de haber sido abandonado por su padre y su madre ó por uno de los dos, habiendo muerto el otro, se le llama hijo rechazado. (García, 1924, p. 26)

§ Pauta 173. *Si una mujer encinta se casa, esté ó no conocido su embarazo, el hijo carón que lleva en el seno pertenece al marido y se dice que es recibido con la esposa.* (García, 1924, p. 26)

§ Pauta 174. *Al niño que un hombre deseoso de tener un hijo que celebre en honor suyo el servicio fúnebre, compra al padre ó a la madre, se le llama, hijo comprado, le iguale ó no en buenas cualidades; exigiéndose en cuando a todos estos hijos la igualdad con respecto a la clase.* (García, 1924, p. 26)

§ Pauta 177. *El niño que ha perdido padre y madre ó que ha sido abandonado por ellos sin motivo y que se ofrece de motu proprio a alguien, está llamado dado por sí mismo.* (García, 1924, p. 27)

De esta manera, Leyes de Manú incluye en su Libro IX, 220 artículos que regulan la familia y entre tanto, la adopción. Se destacan figuras como el Levirato (término que deriva del latín *levir* y del hebreo *yábám* y cuyo significado es el de “hermano del marido”) (Baelo, 2013, p. 43), a través del cual se forzaba el matrimonio entre una viuda con el hermano de su esposo fallecido con el fin de dar continuidad a la descendencia, por ende aunque el hijo hubiese sido engendrado por el hermano del fallecido, este último será quien se repute como padre del menor; el artículo 120 regula la partición en este caso: *“Si un hermano menor, después de haber sido autorizado a ello, ha engendrado a una hijo cohabitando con la mujer de su hermano mayor fallecido, debe hacerse la partición por igual entre este hijo que representa a su padre y a su madre natural, que es al mismo tiempo su tío, sin deducción alguna: tal es la regla establecida”*.

El Levirato resalta la importancia del parentesco sanguíneo, pues su práctica se propone abrogar como legítimo a un niño que conserve la misma estirpe del padre fallecido; de igual manera era indispensable que el esposo fallecido no hubiere dejado descendencia, sólo de esta manera se justificaba el Levirato evitando así la extinción de la familia. Algunos tratadistas como Belluscio (citado por Miranda, 1999) consideran que la adopción se originó en reemplazo del Levirato cuando la evolución de las costumbres hizo mirar con repugnancia tal procedimiento.

“El hermano mayor que conoce normalmente a la mujer de su hermano menor y el menor que conoce a la de su hermano mayor serán degradados, aunque hayan sido

inducidos a ello por el marido ó los parientes, a menos que el matrimonio sea estéril” (Pauta 58).

Empero, el Manu Smriti también contempla dentro de su compendio normativo la adopción propiamente dicha, pues *‘hijo adoptivo’* le llama a aquél que sirve en la vejez a quien le tomó como hijo suyo y celebra las ceremonias fúnebres al término de su fallecimiento manteniendo intacto el culto familiar (n.159 L.IX).

Luego no solo un hijo engendrado por el marido en legítimo matrimonio era considerado heredero, también un hijo dado, un hijo adoptado, un hijo nacido clandestinamente ó cuyo padre se ignora y un hijo rechazado por sus padres naturales, tenían el status de herederos en la cultura hindú (n.169 L.IX).

Por consiguiente, la cultura védica acogió y reguló la adopción como institución jurídica con el ánimo de velar por la bonanza de la estirpe, la transmisión de la religión y la continuidad de las ofrendas fúnebres, y de esta manera proteger el honor del hogar.

1.2.1.4. La sociedad hebrea y la compilación hebraica

Los hebreos, como varias de las antiguas civilizaciones, también compilaron mandatos que gobernarían su comportamiento, así que guiados por inspiraciones morales y religiosas escribieron un sinnúmero de libros de profecía e historia (‘la palabra de Dios’) con los que posteriormente conformarían la Biblia.

En ella destacan las figura del Levirato y la Adopción como prolongadoras de descendencia:

“Cuando hermanos habitaren juntos, y muriere alguno de ellos, y no tuviere hijos, la mujer del muerto no se casará fuera con hombre extraño; su cuñado se llegará a ella, y la tomará por su mujer, y hará con ella parentesco. Y el primogénito que ella diere a luz sucederá en el nombre de su hermano muerto, para que el nombre de este no sea borrado de Israel”. (Deuteronomio 25, 5-7)

(Santa Biblia, 1960, p. 201)

“Entonces Judá dijo a Onán: Llégate a la mujer de tu hermano, y despósate con ella, y levanta descendencia a tu hermano”. (Génesis 38, 8)

(Santa Biblia, 1960, p. 42)

Como lo representan los versículos descritos, el Levirato es una figura que está contemplada en los mandatos de la Biblia y que además tuvo notable arraigo en la civilización hebrea. Su acogimiento deviene del compromiso que tenían los individuos organizados en tribus, de mantener la homogeneidad del grupo mediante los lazos de sangre, por lo que debían procurar emparentar con quienes pertenecieran a su misma tribu, como constata el libro Números capítulo 36, versículos del 6 al 9:

“Esto es lo que ha mandado Jehová a cerca de las hijas de Zelofebad, diciendo: cásense como a ellas les plazca, pero en la familia de la tribu de su padre se casarán, para que la heredad de los hijos de Israel no sea traspasada de tribu en tribu; porque cada uno de los hijos de Israel estará ligado a la heredad de la tribu de sus padres.

Y cualquier hija que tenga heredad en las tribus de los hijos de Israel, con alguno de la familia de la tribu de su padre se casará, para que los hijos de Israel posean cada uno la heredad de sus padres, y no ande la heredad rondando de una tribu a otra, sino que cada una de las tribus de los hijos de Israel estará ligada a su heredad.”

(Santa Biblia, 1960, p. 175)

Entre tanto la Adopción también aflora en los escritos bíblicos:

“(…)Entonces fue la doncella y llamó a la madre del niño, a la cual dijo la hija del Faraón: Lleva a este niño y créamelo, y yo te lo pagaré. Y la mujer tomó al niño y lo crió. Y cuando el niño creció, ella lo trajo a la hija de Faraón, la cual lo probijó, y le puso por nombre Moisés, diciendo: Porque de las aguas lo saqué”.

(Éxodo 2, 8-9)

(Santa Biblia, 1960, p. 58)

“Y había criado a Hadasa, es decir, Ester, hija de su tío, porque era huérfana; y la joven era de hermosa figura y de buen parecer. Cuando su padre y su madre murieron, Mardoqueo la adoptó como hija suya”. (Ester 2, 7)

(Santa Biblia, 1960, p. 485)

Estos parajes son prueba de la existencia de la adopción y la importancia que aquella tenía entre el pueblo hebreo. Es de resaltar que para aquella época los hebreos concibieron la adopción no solo apegados al cumplimiento de fines como mantener los cultos o cuidar los bienes como sucedió en otras culturas, sino que también adoptaron a niños huérfanos o abandonados, buscando cuidarles y no dejarlos a la desidia. No se olvide, el caso más emblemático en la historia hebrea: la adopción de Jesús por parte de José, quien le tuvo como hijo suyo sin haber sido él quien lo engendrara en María, su madre.

1.2.2. La adopción en la antigüedad grecorromana

1.2.2.1. Grecia Antigüa

Antes de abordar una análisis sobre la adopción en la Antigüa Grecia es necesario resaltar que las polis o ciudad-Estado griegas se caracterizaban por tener libertad política, autosuficiencia económica y autonomía legislativa, por consiguiente la disquisición en torno a la adopción podía variar de una Ciudad-Estado a otra, teniendo como principales Atenas, Esparta y Gortina (Baelo, 2013, p. 50).

En Esparta la adopción no estaba contemplada como una institución de filiación o parentesco dependiente de la familia, la cual tenía una función exclusivamente reproductiva y económica (Sánchez & Bowen, citados por Baelo, 2013, p. 50). Las mujeres de Esparta estaban encargadas de la reproducción, pues el régimen espartaco fomentaba la natalidad y la procreación ante la necesidad de soldados, tanto así que al padre que tuviera tres hijos le eximían del servicio militar y a quien fuera padre de cuatro hijos se le exoneraba de pagar impuestos (Aristóteles, citado por Baelo, 2013, p. 52).

Sin embargo, en razón a que el Estado era dueño de todos, cuando las mujeres espartanas dieran a luz, sus hijos debían ser llevados a la *Lesjé* ante un consejo de sabios ancianos (*gerusia*) encargados de examinarles y decidir si debían ser criados por su respectiva familia o si en cambio esta debía deshacerse del crío, lo cual dependía de qué tan bien formado y robusto fuera para iniciarse en la *agogé* (educación espartana militar), de no ser así, es decir, de

encontrarlo débil o con mal formaciones, esta comisión ordenaba que fuese abandonado en las *kaiadas* o *apothetas*, una zona barrancosa del monte Taigeto (Plutarco, 1945) donde los nacidos eran dejados a su suerte; empero esto no era habitual con las niñas, pues era tanta la necesidad de soldados que se requería de mujeres que se ocuparan de concebir y cuidar futuros *hoplitas* (ciudadano-soldado).

No obstante, algunos de los niños rechazados de manera excepcional lograban sobrevivir al abandono, para esos sobrevivientes la *gerusia* autorizaba un acogimiento temporal convirtiéndoles en esclavos si eran varones o prostitutas si eran mujeres, de esta manera se instituyó un mecanismo generalmente aceptado, con el que se permitía ayudar a un niño o niña abandonado.

En la estructura social de Esparta también se ubica un subgrupo social conformado por aquellos hijos no reconocidos producto de las relaciones adúlteras con esclavas, de matrimonios mixtos con extranjeras o de espartiatas empobrecidos, a estos hijos conocidos como “bastardos”, término acuñado incluso hasta la actualidad, se les denominaba *mothakes* (término cuya traducción literal equivaldría a “hermanastros”, “criados juntos”) (Kovalev, citado por Baelo, 2013, p. 52).

Jenofonte (citado por Baelo, 2013, p. 54) les describe como “espartitas bastardos, muy bellos y no faltos de educación estatal”, y Stephen Hodkinson (1997) afirma que entre los *mothakes* y la élite política y militar se establecían vínculos ideológicos y personales como “*homoioi* (iguales) por adopción” generando *relaciones clientelares con las familias pudientes que les amparaban y proporcionaban ayuda material* (Hodkinson citado por Baelo, 2013, p. 54).

Por ende es factible confirmar el uso de la institución adoptiva en el sistema oligarca de Esparta, aún sin que estuviese contemplada como figura jurídica enmarcada en las leyes de la polis, pues su automatismo recurrente le incluyen entre la cultura lacónica.

En Atenas la adopción estaba contemplada como una institución a partir de la cual se efectuaba la transmisión de obligaciones personales, patrimoniales, hereditarias y religiosas, para lo cual era requisito *sine qua non* que el adoptante no tuviera descendencia legítima y que el adoptado fuera varón, esto último en razón a que la mujer era considerada una propiedad “animada” que conformaría junto con los bienes, el patrimonio de la stirpe.

Se podrían enmarcar dos situaciones en las que podía darse la adopción en Atenas, la primera está relacionada con el abandono, pues si bien el sistema democrático de la polis ateniense permitía que los padres estuvieran al cuidado de sus hijos hasta que estos cumplieran dieciocho años y se iniciasen en la vida cívica y adulta; cuando recién nacieran debían ser expuestos a un minucioso examen mediante el cual el *kyros* (cabeza de familia) evaluaría la ‘viabilidad’ de su crianza detectando la presencia de patologías o malformaciones, o analizando las posibles consecuencias económicas que traería criar un nuevo hijo o por que su madre fuere una esclava o una extranjera, lo que le convertiría en un “hijo bastardo” (Demauss & Vernant, citados por Baelo, 2013, p. 56). Si el *kyros* llegara a decidir brindar al recién nacido la crianza necesaria le aceptaría públicamente como *gnesios* (hijo legítimo), pero de encontrar alguna razón para no criarlo lo dejaría en un lugar público para que allí pudiera ser recogido por otro ciudadano o lo abandonaría a su suerte, lo que implicaría su muerte por inanición u otras circunstancias (Strauss & Campoy, citados por Baelo, 2013, p. 56).

Como respuesta a la realidad de abandono de los recién nacidos rechazados por los *kyros*, la sociedad ateniense adoptó y generalizó un protocolo consistente en poner al bebé expulsado en una vasija o tinaja, para que el destino o la intervención divina decidieran el futuro de la criatura, de tal manera que podía morir a causa del abandono o ser recogido y acogido por una nueva familia, lo que significaría ‘nacer de nuevo’ (Bowen & Vernat, citados por Baelo, 2013, p. 58).

“Cuando llegó el momento, Creusa dio a luz en su palacio y llevó la criatura a la misma cueva en la que se había acostado con el dios. Y lo expuso, con la idea de

que muriera, en el bien trazado círculo de una canastilla, con lo que observaba la costumbre de sus antepasados...

Y yo por hacer un favor a mi hermano Loxias, tomé la cesta trenzada, me la traje y deposité la criatura en el umbral mismo de este templo, no sin antes descubrir la redonda canastilla para que se pudiera ver al niño (...) y se disponía a arrojarlo del recinto sagrado, y el dios fue causante de que éste no fuera arrojado del templo. Lo recogió y lo crió sin saber que Febo era su padre ni quien era su madre” (Eurípides, 1985, p.154 y 155).

Con su relato, el poeta trágico griego Eurípides (1985) transmite los sucesos de abandono a los que se exponían varias de las criaturas nacidas en Grecia, que podrían ser acogidas por otras familias diferentes a la propia, como primer forma de adopción.

La segunda forma en que podía darse la adopción en el mundo antiguo griego era la propiamente dicha, pues en la Grecia Antigua ante la carencia de descendencia un ciudadano tenía la facultad para adoptar a un tercero previendo la necesidad de transmitir sus obligaciones patrimoniales, personales, hereditarias y religiosas, esta tercera persona (el adoptado) debía ser necesariamente un varón en tanto que las mujeres no tenían potestad hereditaria.¹⁰

La adopción era entonces un acto voluntario que dependía principalmente de la pretensión del *kyros*, no sin dejar de lado la acción de aceptación que debía manifestar el adoptado, quien en palabras de Manuel Baelo (2013), “*tras constituirse la adopción ostentaría la condición jurídica y social de ciudadano libre (al integrarse en la patria y la demo de su nueva familia con el consiguiente derecho a la participación política) y de heredero (sucediendo al adoptante)*” (p. 60); además adquiriría como compromiso perpetuar el culto doméstico y familiar, cuidar en la vejez a su adoptante y conservar la stirpe familiar como lo relata Iseo (1996), uno de los principales oradores atenienses, en varios de los fragmentos de sus “Discursos”:

¹⁰ “Cuando un ciudadano romano había tenido uno o varios hijos, pero entre este o estos hijos solo habían mujeres, ellas no heredaban al *kyros*, sino que este podía adoptar a un tercero, quien debía desposarse con ella, así los hijos varones fruto de esta unión serían herederos del *kyros*” (Baelo, 2013, p. 59 y 63).

“Meneclés estudiaba la forma de no quedarse sin hijos y de tener a alguien que le cuidara en la vejez mientras viviera, lo enterrara al morir y después le tributara los ritos fúnebres acostumbrados”.

‘Sobre la herencia de Meneclés (Discurso II,10)’

(Iseo, 1996, p. 69)

“Yo, el hijo adoptivo, le cuidé mientras vivía –no solo yo sino también mi mujer, que es hija de Filónides, aquí presente-, y le puse su nombre a mi hijito para que su familia no perdiera su nombre...”

‘Sobre la herencia de Meneclés (Discurso II,36)’

(Iseo, 1996, p. 77)

“En efecto, desde el momento en que no retiró el cadáver de su padre adoptivo, ni lo incineró, ni recogió sus huesos, sino que dejó que lo hicieran todo los que no tenían ningún parentesco, ¿cómo no va a ser el más impío alguien que, pese a no haber hecho al difunto ninguno de los ritos acostumbrados, considera justo heredar sus bienes?”

‘Sobre la herencia de Nicóstrato (Discurso IV,19)’

(Iseo, 1996, p. 131)

No obstante, la adopción también podía revocarse, en razón a que se efectuaba por voluntad del adoptante, quien tenía la potestad de revocarla o anularla por diversos motivos, como las acciones de ingratitud o desprecio por parte del adoptado hacia su familia adoptiva, ante la escases económica de la familia imposibilitándola para hacerse cargo de los gastos que demandara el adoptado, por el posterior nacimiento de un descendiente legítimo, es decir, biológico o por la mera voluntad del *kyros* de extinguir el vínculo adoptivo (Baelo, 2013, p. 62).

1.2.2.2. El Imperio Romano

En Roma la adopción alcanza su máximo esplendor, a tal punto que varios de los Emperadores de este Imperio fueron hijos adoptivos, así el Primer Emperador Augusto fue adoptado por Julio César, a su vez Augusto adoptó a Tiberio, quien sería el Segundo Emperador de Roma, y el último Emperador de la dinastía Julio-Claudia, Nerón, fue adoptado por Claudio (Miranda, 1999, p. 19). Razón por la cual la concepción de esta

institución, identificada con la máxima latina “*adoptio naturam imitator*” (la adopción debe imitar a la naturaleza), es de marcada importancia para el ordenamiento jurídico nacional, el cual está fuertemente influenciado por la legislación romana, como en gran parte de los países de tradición latina.

En el Imperio Romano la familia estaba concebida como un conjunto de personas que están bajo la potestad (*potestas*) de un jefe cabeza de familia (*paterfamilias*), integrando conjuntamente la *domus* (casa) (Padilla, 2004, p.44).

El filósofo y político romano Marco Tullio Cicerón, en su nombrada obra “Sobre los deberes” se refiere a la familia entendiéndola que en ella se refleja la organización política, religiosa, económica y social de la República, a una escala menor.

“Más estrecho todavía es el vínculo que forman los miembros de una misma familia: ella reduce a un círculo limitado y pequeño la sociedad inmensa del género humano.

Como la naturaleza ha dado a todos los animales el deseo de reproducción, el fundamento de la sociedad radica en el matrimonio; siguen los hijos, después una casa común, en que todo es de todos. Éste es el núcleo de la ciudad y el semillero de la República.”

Libro I. XVII, 53-54.

Argumenta Padilla (2004) que el círculo de individuos que conformaba la familia era bastante amplio, así que se dividían en *sui iuris* y *alieni iuris*; el *sui iuris* era una persona independiente, libre de toda potestad, lo que significa la carencia de ascendiente varón en línea directa, por ende si un recién nacido varón no está bajo la potestad de alguien, adquiriría naturalmente el título de *paterfamilias*, pues un varón es llamado *paterfamilias* cuando está libre de toda potestad (*sui iuris*) aunque no tenga hijo, y puede ejercer las cuatro clases de poderes: *dominica potestas*, *patria potestas*, *manus* y *mancipium*; la mujer también podía ser *sui iuris* así fuese casada o no, en tal caso solo podía ejercer la *dominica potestas* y se le llamaba *materfamilias*. *Alieni iuris* eran entonces los que estaban sometidos a la potestad de un *sui iuris*, hablamos de los esclavos, la mujer *in manu*, las personas *in mancipio* y los *filiifamilias* (hijos de familia) (p.44).

El *paterfamilias* en ejercicio de uno de sus cuatro poderes (*patria potestas*) podía adoptar adquiriendo la *patria potestas* sobre el hijo de otro *paterfamilias*; cualquier *alieni iuris* podía ser adoptado, sin distinción de sexo ni edad, para lo cual en un principio se requería de tres ventas por *mancipatio* al adoptante, las dos primeras ventas se hacían para liberar al hijo de la *mancipium* en que lo tenía el *paterfamilias* natural, en la tercera venta ya no se libera al hijo porque de ser así quedaría emancipado y obtendría la calidad de *sui iuris*, lo que se hace en esta última venta es un juicio ficticio ante el pretor (si era en Roma, o gobernador si era en las provincias), en el que el adoptante afirma tener la *patria potestas* sobre el hijo adoptivo, el *paterfamilias* natural confirma lo dicho o simplemente guarda silencio, y el pretor atribuye el hijo al *paterfamilias* adoptante (Padilla, 2004, p.47).

Padilla (2004) comenta que más adelante Justiniano simplifica el procedimiento de las tres ventas, las suprime y basta con que ambos *paterfamilias* (natural y adoptivo) hicieran una declaración ante juez competente para transferir la *patria potestas* del hijo, para ello se requería que el adoptante fuera dieciocho años mayor que el adoptado. Justiniano permite con esta modificación que las viudas sin hijos también adopten, y contempla dos tipos de adopción: *adoptio minus plena* y *adoptio plena*. Será *adoptio minus plena* si el adoptante era un *extraneus* (no ascendiente del adoptado), por ende no adquiriría la *patria potestas* sobre el hijo adoptivo, de tal manera que si bien acaecía la relación adoptante-adoptado, el adoptado no cambiaba de familia pero si adquiriría derecho sobre la herencia *ab intestato* de su padre adoptivo, derecho que también conservaría en su familia natural. Por el contrario, si el adoptante era ascendiente del adoptado, la *patria potestas* se le atribuía al *paterfamilias* adoptante, y solo sobre ese patrimonio podría heredar el hijo adoptivo (p.47 y 48).

Hasta ahora se ha mencionado la adopción de quienes están bajo la potestad de alguien, los *alieni iuris*, pero en Roma se contemplaba una segunda forma de adopción: la *adrogatio* (arrogación), se trata de la adopción de un *sui iuris*, a través de la cual un *paterfamilias* adquiere la *patria potestas* sobre otro *paterfamilias*, lo que implica la incorporación de la familia del *paterfamilias* adoptado en la del *paterfamilias* adoptante, así por ejemplo, los hijos del arrogado quedaban en lugar de nietos del arrogante; también se transmitía su patrimonio, se extinguían

las deudas excepto las hereditarias (que ahora correspondían al arrogante); se tenían como requisitos de la *adrogatio* que el *paterfamilias* arrogante fuera mayor de 60 años y que no tuviera hijos (Padilla, 2004, p.48).

Como es evidente, es bajo el Imperio Romano que la Institución de la adopción adquiere el que sería hasta ese momento histórico, su mayor grado de desarrollo, se torna una figura de alta complejidad y evolución jurídica que es cabalmente aceptada por la sociedad romana, sus ciudadanos con el ánimo de conservar los cultos y/o la religión (a partir de Justiniano), asegurar la continuación sucesoral especialmente de los *paterfamilias* sin descendencia, e incluso motivados por hacer alianzas comerciales o designar sucesor dinástico en aras de proteger las tradiciones políticas, efectuaron innumerables adopciones, muchas de ellas de significativo reconocimiento histórico.

1.2.3. La Adopción en el islam y la edad media

1.2.3.1. La adopción en el islam

En el Islam la figura de la Adopción es objeto de una evolución perceptible contrastable con la de las demás culturas, pues los fines político-hegemónicos perseguidos en la Mesopotamia, la Antigua Grecia y otras más de las antiguas civilizaciones que acuñaron la adopción, son suprimidos en el Islam que finalmente crea la figura del *Kalafa* como forma de sustituir a la familia biológica del huérfano con el propósito de acogerlo y brindarle todo lo necesario para su bienestar, en el Islam es tanto el respeto por los menores que han perdido su hogar, que ante la situación de adoptar a un niño con riqueza heredada de su familia biológica, su familia adoptiva tenía terminantemente prohibido malversar esos recursos, por el contrario debía

salvaguardarlos para que cuando el menor creciera pudiera disponer de ellos por voluntad propia.

De tal manera que en el Islam la adopción es concebida y regulada como una Institución directamente relacionada con la caridad humana y la protección de la infancia huérfana, los valores humanos y la solidaridad guiaban las acciones de los adoptantes para con los adoptados, siendo una forma de desarrollo humanístico resaltable.

1.2.3.2. La Edad Media

Durante el Imperio Romano, el emperador Constantino, mediante el Edicto de Milán, proclama el cristianismo como religión oficial del Imperio expandiéndose a lo largo de Europa en todos los aspectos de la vida de los ciudadanos de la época. Tras la caída del Imperio Romano, Europa vislumbra grandes cambios, entre los cuales se enmarca la reorganización religiosa y la moral cristiana que indudablemente alteraría las reflexiones y acciones culturales del continente; de tal manera que la libertad crítica sobre la sexualidad recibe una pétreo contusión y todo lo que girara en torno al tema sexual era objeto de restricción e incluso se castigaba con inclementes sanciones como las enmarcadas en el Antiguo Testamento; pero también el Nuevo Testamento castigaría las prácticas sexuales, por consiguiente establece la prohibición de la fornicación, promueve la abstinencia y la monogamia matrimonial, y además proscribía las relaciones extramatrimoniales estigmatizadas por el pecado, de lo que resulta el rechazo de los hijos procedentes de las relaciones extramatrimoniales mal llamados ‘bastardos’ (Vallverdú, 2004, p. 38).

En la Edad Media el matrimonio es percibido como una Institución del Derecho Canónico, que tiene como fin primordial la concepción y crianza de los hijos legítimos, de esta intención dependen otras preocupaciones (heredadas de la historia humana) como darle continuidad a la línea familiar, asegurar la transmisión de la herencia, estabilizar los grupos políticos y mantener el equilibrio de poder; cometidos con los que se comprometía únicamente a los hijos legítimos.

Es en la Alta Edad Media que se constituyen dos modalidades de adopción, la primera denominada adopción extrafamiliar o *adfiliatio* un remedo de la *adoptio* romana que sustituye a la antigua práctica, según la cual una persona podía ser acogida por una familia diferente a la suya, fundamentalmente por razones de caridad o de interés hegemónico, como sucedió a lo largo de la historia como lo afirma Vallverdú (2004, p. 39); y la segunda, la adopción consanguínea o *profillación* que consentía la adopción entre personas del mismo linaje.

Sin embargo, Baelo (2013) reitera que no se puede hablar de adopción legal y plena durante el período de la Edad Media, pues la Institución con mayor poderío e influencia de la época: la Iglesia, se oponía inexorablemente a la adopción como una figura ‘artificial de filiación’ por las normas morales que englobaba el cristianismo, sólo propendía por proteger la identidad moral del matrimonio que podía verse lesionada por la filiación adoptiva perjudicando así los intereses patrimoniales, personales y morales de la familia natural. Por dicha resistencia de la Iglesia hacía la adopción, la ausencia de herederos o sucesores fue un escenario que permitió conceder a la Iglesia la facultad de recibir bienes por vía testamentaria dada por los causantes con el convencimiento de que se celebrasen sufragios u oraciones a favor de sus almas (p.112 a 114).

1.2.4. La adopción en el contexto internacional

La adopción en la modernidad ha trascendido adaptándose a escenarios diferentes que terminan por impregnar características persuasivas a la figura, sus fundamentos están enmarcados por los fines que persigue, no obstante a lo largo del tiempo estos fines han sufrido considerables transformaciones, la modernidad y el tiempo contemporáneo han dejado de lado la necesidad de perpetuar el culto doméstico, de darle continuidad a dinastías, de preparar hombres para engrosar ejércitos; ahora los fines que estructuran la Institución de La adopción, la cual tiene un importante respaldo jurídico, están relacionados con la integración de la familia, así como con la priorización de los derechos de la infancia, para protegerle, cuidarle y educarle, pues con ella deviene el futuro de los Estados hoy constituidos.

La figura resurge del pasado con intenciones distintas, la guerra dejaba un escenario desolador con los niños como substanciales víctimas resultando multitudes de infantes huérfanos, realidad a la que tuvieron que responder con eficiencia los gobiernos de turno mediante suficiencia legislativa.

1.2.4.1. Francia

Después de su importante aparición instituida en el antiguo Derecho Romano, la figura de la adopción desapareció durante casi trece siglos y reapareció en 1804 con el Código de Napoleón, en el que se establecían rigurosas exigencias que le limitaban en gran medida, pues los beneficios estaban direccionados principal y casi únicamente hacia los mayores ya que inclusive exigía que el adoptado fuera mayor de edad, por ende el menor seguía rezagado ante la legislación francesa, lo que implicó una débil aplicación de la figura durante todo el siglo XIX. Empero al termino de la Primera Guerra Mundial, con la sanción de la ley del 19 de junio de 1923 este contexto cambió, pues aquél resultado legislativo concibió a la adopción en la norma como una institución en beneficio de los adoptados y casi siempre de carácter caritativo (Rouast, 1953, p. 255 y 256).

La sanción de la llamada "*Ley de Adopción*" de 1923 fue sólo el inicio de venideros esfuerzos jurídicos por fortalecer la figura, que si bien había sido retomada y positivizada en pro de la infancia como una norma de 'circunstancia' se convirtió en un instrumento legislativo próspero para readaptar a la sociedad a los niños y niñas abandonados y garantizarles el derecho de contar con un hogar en el que fueran tratados y educados en las mismas condiciones de un hijo legítimo, por consiguiente, a través del decreto-ley del 19 de julio de 1939 se dicta la primera reforma a esta ley.

El decreto-ley dividió la adopción en dos formas: *la adopción ordinaria* y *la legitimación adoptiva*; la primera enfocada en el provecho que podían obtener los hombres mayores, con ciertas similitudes a la adopción acuñada en el pasado pues origina de la *adoptio minus plena* concebida en el Imperio Romano; la legitimación adoptiva, en cambio gira en torno a la infancia, siendo siempre los niños y niñas quienes obtengan los principales beneficios al ser adoptados, con

esta forma de adopción el adoptado rompe todo vínculo con su familia natural para crear lazos con la familia en la que será acogido y se consagra su irrevocabilidad.

En la actualidad, la legislación francesa (con algunas modificaciones) conserva las dos formas de adopción propuestas desde 1939, contempladas en los capítulos I (Adopción plena) y II (Adopción simple) del título VIII del Código Civil.

1.2.4.2. España

En la época de la codificación la adopción no tenía un papel importante en España, aún así fue un hecho su inclusión en el proyecto de Código Civil de 1851 con una finalidad muy explícita: que los matrimonios que estaban impedidos para concebir hijos pudieran tener descendencia a través de esta figura, a la cual se tenía acceso con marcadas restricciones y muchas exigencias. Afirma Fernández (2014), que más adelante con la ley del 4 de julio de 1970 se incluye una disminución del tiempo exigido para esperar a la aparición de los padres biológicos, que pasa de tres años a seis meses, además se estipula que la filiación se da entre el adoptado y el adoptante sin extenderse al resto de la familia, contempla que al establecerse un vínculo filial entre adoptado-adoptante los lazos con la familia biológica del adoptado no se eliminaban del todo, y permite que las personas solteras adquieran la posición de adoptantes.

Hasta este momento la adopción había sido incluida en la legislación española sin detentar mayores estimaciones al bienestar de la infancia, es con la ley 11 de mayo 13 de 1981 que esto cambia, pues se incluye en el sistema normativo español como principio orientador el *“interés superior del menor”*, que se convierte en un hito para las producciones legislativas posteriores. Con esta modificación al Código Civil el adoptado pasaba a integrarse plenamente a su familia adoptiva eliminando la limitación a la que conllevaba la creación del vínculo únicamente con el adoptante como en las leyes predecesoras, esto en razón a que la modificación articula la adopción con la patria potestad, lo que apura la ruptura de los vínculos entre el adoptado y su familia biológica.

Siete años más tarde, la ley 21 del 11 de noviembre de 1987 advierte la posición proteccionista del Estado para con la infancia desamparada, por ende pasa a manos del Estado la obligación de velar por los menores sin familia suprimiendo la competencia judicial para el proceso de adopción y poniéndola a cargo de la Entidad Pública que el Estado designe; también se equipara la filiación adoptiva con la filiación natural, por ende se eliminan las diferencias entre los hijos legítimos y los hijos adoptados.

Ya en 1996 se crea la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, mediante la cual se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, con la cual se armonizan los instrumentos internacionales de protección al menor, enfatiza las funciones de las administraciones pública para con la infancia, regula los centros de reclusión específicos de menores con problemas de conducta y crea la figura de acogimiento residencia para menores en estado de grave desprotección.

Tal vez la figura más moderna acogida y regulada por la legislación española es la adopción homoparental por parte de parejas homosexuales casadas, dada a la luz de la ley 13 del 1º de julio de 2005, reglamentación que será abordada en el siguiente capítulo de este documento.

1.3 La adopción en América Latina

Sudamérica y América Central no han sido ajenas a este fenómeno internacional, el papel que han desempeñado en las adopciones es el que sean escogidos como lugares de referencia para la adopción de niños, los niveles desigualdad que hay entre países marcados por los indicadores sanitarios que hay en Uruguay, Chile o Argentina son muy distintos de los de Bolivia, Honduras o Haití, motivo por el cual algunos países que tiene un alto nivel socioeconómico pero tiene una baja natalidad piensan en la adopción como un modo de incorporar niños que están en un estado de vulnerabilidad a sus países y brindarles una mejor calidad de vida. De ahí proceden las estadísticas de la década de 1980, cuando ocho de los 12 principales países que para aquella época se posicionaban como receptores para las adopciones fueron de América Latina (Selma, 2011).

El número de niños procedentes de América Latina que fueron adoptados por familias en España entre el años 2002 y el año 2006 fue de 2.911; los países de procedencia eran: Colombia (1.312), Bolivia (404), Perú (249), México (193), R. Dominicana (115), El Salvador (107), Brasil (92), Honduras (87), Chile (78), Panamá (55), Guatemala (45), Costa Rica (43), Ecuador (27) y Nicaragua (11). En 2008, solo tres de los mencionados países se encontraban entre los primeros 12, fueron Guatemala, Colombia y Haití; ya para los años 2009 y 2010, sólo Colombia y Haití estaban en esta lista. Brasil sigue enviando de 400 a 500 niños y niñas al año para ser adoptados. En 2010, Perú y México enviaron 169 y 119 niños respectivamente; Chile y El Salvador enviaron menos de 100 niños (Selma, 2011).

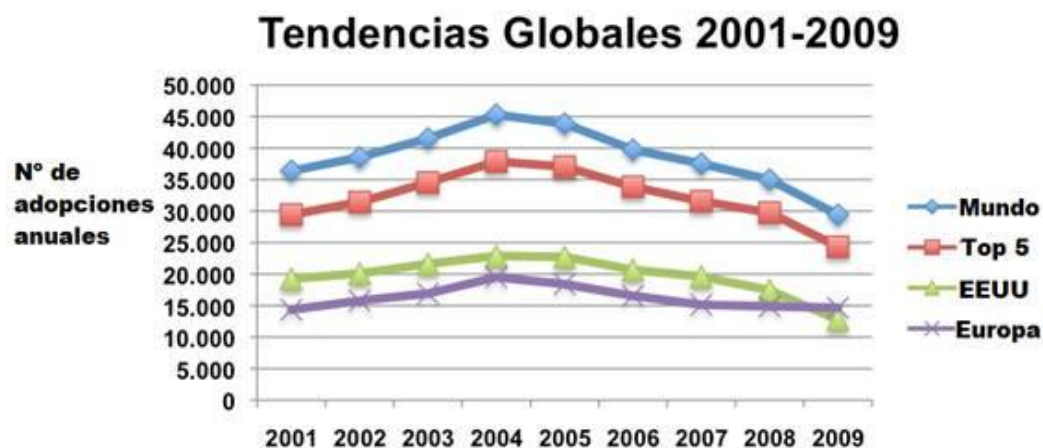


Figura 1. Tendencias Globales de Adopciones Anuales.

Fuente: Revista electrónica de geografía y ciencias sociales. (2012). Universidad de Barcelona. ISSN No. 1138-9788

Se puede observar en la figura que Haití presentó un aumento en las recepciones de adopciones debido al terremoto de Enero de 2010, lo que generó un total de 1.090 adopciones, lo que significa que duplicaron el total de las realizadas en el año 2009 (Selma, 2011).

1.3.1. Marco jurídico en América Latina

A medida que aumentan las adopciones entre los países de América Latina se hace necesario contar con un marco jurídico de orden internacional con el fin de evitar la vulneración de derechos. La suscripción de convenios realizados por Organismos Internacionales es un

instrumento legislativo que sirve como garante para que las adopciones sean legales y controladas, sirve también para obligar a cada país a tener entidades especializadas en este ámbito que no solo asuman el rol de los protectores de los derechos de los niños y niñas adoptados, sino que también asuman un control estadístico que permita realizar un seguimiento más cercano a las adopciones que se hacen en cada país. Ratificar estas normas internacionales permite que se facilite la información a personas de cualquier parte del mundo que deseen adoptar a niños o niñas en Bolivia, Haití o en cualquier otro Estado de América Latina. Es en este punto en el que se puede observar la armonización del derecho entre las normas internacionales con el sistema normativo interno de cada Estado, lo que ha generado un marco jurídico internacional con el fin de proteger a los niños y niñas que son adoptados (ICBF, n.d.).

Por las razones expuestas se han suscritos diferentes declaraciones, pactos, protocolos y convenios o tratados, que pretenden ser una garantía para los derechos de los niños y niñas que han sido acogidos por los diferentes Estados del mundo, entre tales instrumentos existen:

Declaraciones

- Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, que fue la primera que se proclamó en el planeta en el siglo XX, dada en Bogotá en abril de 1948.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948, en París.
- Declaración sobre los Derechos de los Niños y de las Niñas, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1959.

Pactos o convenciones:

- Pacto de los Derechos Civiles y Políticos.

- Convención Americana de Derechos Humanos “Pacto de San José”, suscrito en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969.
- Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.
- Convenio No.138, promulgado en 1973 por la OIT. Exige a los estados diseñar y aplicar una política nacional que asegure la abolición efectiva del trabajo infantil y fija las edades mínimas de admisión al empleo.
- Convenio de Obtención de Alimentos en el Extranjero, suscrito en Nueva York el 20 de junio de 1956.

Protocolos:

- Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía (Ley 769 de 2002).
- Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños, adoptado por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 15 de noviembre de 2000.

Convenios o tratados Internacionales

- Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, suscrito en La Haya el 29 de marzo de 1993. Tiene por objeto establecer garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto de los derechos fundamentales que le reconoce el Derecho Internacional.

- Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Niños, suscrito en La Haya el 25 de octubre de 1980 e incorporado a la legislación mediante la Ley 173 de 1994. Es un instrumento internacional que firmaron los Estados signatarios con el fin de proteger a los niños contra los efectos nocivos de un traslado o no regreso ilícitos.
- Tratado de Montevideo, de 1989 (suscrito por Colombia, Bolivia, Argentina, Paraguay y Uruguay). Sentó la base de la adopción para el establecimiento del Derecho Internacional privado en el Hemisferio.

Estados de América Latina contratantes de uno o más Convenios de La Haya sobre los niños y niñas:

Argentina	Honduras
Bolivia	México
Brasil	Panamá
Chile	Paraguay
Colombia	Perú
Ecuador	República Dominicana
El Salvador	Trinidad y Tobago
Guatemala	Uruguay
Guinea	Venezuela

1.3.2 América Latina unida para evitar el tráfico de menores

Las diferencias socioeconómicas, la falta de oportunidades laborales, la falta educación dentro de los países de latinoamericanos ha generado una situación de empobrecimiento que hace que sea mayor la vulneración de los derechos de los niños y niñas, como consecuencia de ello los Gobiernos de Latinoamérica se enfrentan a un nuevo delito “El Tráfico de Menores” (Es.wikipedia.org, 2015). Según el último informe de Unicef, cerca de 1.200.000 niños son traficados cada año en el mundo en un negocio que deja unos 10.000 millones de

dólares en ganancias (Unicef, 2015), siendo los Estados de América Central los países de la región más afectados por este negocio.

Los fines para los cuales se trafican los niños son, en el caso de los varones, el motivo su utilización como mano de obra barata; en el de las mujeres, la explotación sexual. En los países como Nicaragua y Haití, se hacen contratos con las familias de los niños y les prometen que darán a sus hijos oportunidades que en sus países no tienen. Eso ocurre, por ejemplo, con los menores paraguayos y bolivianos que trabajan en los campos de Brasil (Unicef, 2015).

Las niñas son probablemente las más afectadas, en el caso de las niñas brasileñas y colombianas, Unicef (2015) ha encontrado que son llevadas a Europa y a Japón donde las obligan a prostituirse. Dentro de la región, niñas desde los diez años son traficadas a Honduras y Costa Rica, que se han convertido en destinos populares para el turismo sexual. En el caso de los bebés, el principal motivo de su tráfico es la adopción ilegal tipificación liderada por redes de traficantes bajo el manto de ser agencias internacionales de adopción, obteniendo grandes sumas de dinero con una actividad que según las normas internacionales no debe ser lucrativa (Unicef, 2015).

Las adopción ilegal es un negocio del que obtienen cuantiosas ganancias los intermediarios: los médicos, abogados y hasta jueces ‘que hacen de mediadores’. Mientras una madre recibe alrededor de 200 dólares por entregar a su hijo, las cifras que pagan los futuros padres oscilan entre los 15 y 50 mil dólares (NACION, 2015).

Este es un problema que va en aumento y que sólo ahora los Gobiernos le están prestando la debida atención haciendo uso de estrategias de asociación de todos los Estados, los cuales han unido fuerzas para hacer frente a esta problemática y erradicar este delito de raíz. Sin embargo, la implementación de sanciones económicas impuestas a los Gobiernos que no hagan lo suficiente para combatir el tráfico de menores de edad no ha sido suficiente, para ello se han implementado otras medidas como el aumento de las penas y la persecución intensiva a estas redes delincuenciales con el ánimo de por desmantelarlas (NACION, 2015).

1.4. La adopción en Colombia

La adopción en Colombia, como en la gran mayoría de países del mundo es una institución de origen legal que ha estado presente en casi todas las civilizaciones antiguas desde la India, Egipto y Grecia, desarrollándose en los antiguos códigos como en el de Hammurabi y teniendo un desarrollo especial en el derecho romano (Alberto, n.d.).

Después de analizar la evolución historia de la adopción en el mundo y en Latinoamérica empezaremos a analizar el desarrolló que tuvo la adopción en Colombia. Para hablar de este tema en particular direccionado el territorio colombiano se debe hacer un pequeño recuento de la evolución que ha tenido desde la aplicación del Código Civil Colombiano de 1873, hasta el Código de Infancia de Adolescencia vigente actualmente.

1.4.1. Antecedentes

Una de las primeras fuentes jurídicas en la que se plasmó de manera normativa la adopción fue en el Código Civil colombiano de 1873, en este código la Adopción era tratada como un contrato solemne que debía estar contenido en una escritura pública y para que ostentara efectos debía tener previa autorización judicial, además de la autorización del notario y la firma de dos testigos. De los aspectos más importantes que se puede encontrar en este Código es que la adopción podría ser revocable pero sólo por justa causa que debía estar sujeta a los fundamentos de desheredamiento. Los efectos que otorgaba la adopción era que el hijo adoptivo pudiese heredar siempre y cuando el padre hiciera un testamento, y sólo le correspondería una décima parte de los bienes.

En el año de 1960 se expidió la ley 140 mediante la cual se exigía contar con una licencia para adoptar, luego de obtenida esta licencia se otorgaba ante notario una escritura de adopción en la que firmaban el adoptante y el adoptado o en su defecto la persona que autorizaba la adopción. Los derechos que surgían de esta adopción al igual que en el Código Civil de 1873 estaban ligados a un testamento no a un proceso de sucesión, la parte que le pertenecía a un hijo adoptivo era la mitad de lo que le correspondía a un hijo legítimo, y se mantenía la

revocabilidad de la adopción, en esta ocasión nos indican el código que por mutuo acuerdo de los interesados o por aceptación judicial siempre que se cumpliera alguna de las causales de desheredamiento y se encontrara dicha revocatoria en una escritura pública se podía hacer.

La ley 75 de 1968, por la cual se dictaron normas sobre la filiación y se creó el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), eliminó el carácter provisional de la adopción, concepto que se manejaba hasta el momento por lo contemplado en la ley 140 de 1960; además aparece la figura del hijo natural y establece que el adoptado podrá estar en la sucesión pero sólo tendrán los derechos de hijo natural; en otro punto solo el juez podrá entregar en adopción y es este el que en cualquier momento pondría fin al proceso si lo llegara a considerar inconveniente para el menor, esta terminación la podría hacer de manera oficiosa, o solicitud de un defensor de familia o a solicitud de la parte.

Después de la Ley 75 de 1968 se percibe como cada modificación que sale aporta algo nuevo a la figura de la adopción como, por ejemplo la Ley 5 de 1975 que modificó el título XIII del libro primero del Código Civil, estableció dos clases de adopciones la plena y la simple. La adopción plena era aquella por la cual el adoptado podría heredar como hijo legítimo y rompía todo vínculo con la familia sanguínea. En la adopción simple el adoptado heredaba como hijo natural y podría conservar los apellidos de su familia de origen. Posteriormente mediante el Decreto 2737 de 1989 ‘Código del Menor’ se elimina la adopción simple y se empieza hablar de la adopción como una medida de protección que estaría bajo la vigilada del Estado, desde este punto la adopción en Colombia concebiría de manera irrevocable la relación paterno filial fundamentada en el artículo 6 del Código del Menor en el cual se establece que *“todo menor tiene derecho a crecer en el seno de una familia”*.

Por último la Ley 1098 de 2006 “Código de la Infancia y la Adolescencia” actualmente vigente, indica que la adopción es *“(…)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 artículo se precisa que la adopción es una medida de protección

que intenta salvaguardar el derecho del menor a tener una familia, la finalidad de la adopción no es otra más que brindar al menor una verdadera familia, en la que el adoptante se obliga a cuidar y asistir al hijo adoptivo.

Ultimadamente se pueden identificar dos tipos de adopción en Colombia, la primera es la administrativa en la cual el ICBF declara a un niño adoptable y la segunda es la judicial, aquella mediante la cual se decreta la adopción a través de sentencia judicial y queda debidamente ejecutoriada estableciendo así la relación paterno-filial (regulación de la adopción de menores en Colombia, 2015).

De acuerdo al artículo 64 del Código de la Infancia y a la Adolescencia (2006), la adopción produce los siguientes efectos:

1. *Tanto el adoptante como el adoptivo adquieren, por la adopción, los derechos y obligaciones de padre o madre e hijo.*
2. *La adopción establece parentesco civil entre el adoptivo y el adoptante, que se extiende en todas las líneas y grados a los consanguíneos, adoptivos o afines de estos.*
3. *El adoptivo llevará como apellidos los de los adoptantes. En cuanto al nombre, sólo podrá ser modificado cuando el adoptado sea menor de tres (3) años, o consienta en ello, o el Juez encontrare justificadas las razones de su cambio.*
4. *Por la adopción, el adoptivo deja de pertenecer a su familia y se extingue todo parentesco de consanguinidad, bajo reserva del impedimento matrimonial del ordinal 9º del artículo 140 del Código Civil.*
5. *Si el adoptante es el cónyuge o compañero permanente del padre o madre de sangre del adoptivo, tales efectos no se producirán respecto de este último, con el cual conservará los vínculos en su familia.*

El ICBF se creó como una Entidad encargada de la protección y vigilancia de los niños y niñas de Colombia, por tanto le compete directamente en el manejo de las adopciones en Colombia. Al ser una autoridad central que se encarga de las adopciones también es

competente para hacer ejercer la vigilancia de las demás entidades privadas que desarrollen esta actividad tal como lo ordena el artículo 72 inciso 2º (Ley 1098 de 2006).

De acuerdo con datos suministrados por el ICBF Atlántico, Valle, Santander, Bolívar, Antioquia, Huila, Magdalena, Cesar y Bogotá son las regiones donde se generan más solicitudes de adopción. Referente a países extranjeros, Estados Unidos, Italia, Francia, España, Noruega, Suecia y Canadá son los países desde los cuales se realiza mayor número de solicitudes.

Se estima que pasan 125 días desde el momento en el que los solicitantes radican la petición, participan en talleres, atienden visitas y entrevistas, reciben la declaratoria de idoneidad para adoptar (o no), e ingresan a la lista de espera que será presentada a un comité de adopciones. Los adoptantes deben pasar por un riguroso trámite en el que también intervienen psicólogos y trabajadores sociales del ICBF. Así mismo, tienen que participar en talleres en los que se les cuenta qué es la adopción y se trabaja alrededor de construcciones e imaginarios que tienen en torno a este tema. El proceso avanza con entrevistas a los solicitantes, en relación con la construcción que tienen sobre su proyecto personal de adopción y de familia por esta vía. Luego siguen visitas domiciliarias para determinar las condiciones de vida, lo cual es útil para conocer todo el núcleo y la red de apoyo alrededor de una familia (Fuentes, 2007).

De acuerdo a datos proporcionados por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar se pueden encontrar una serie de estadísticas mediante las cuales se vislumbra la tendencia de adopción en la actualidad colombiana, como se ilustra a continuación:

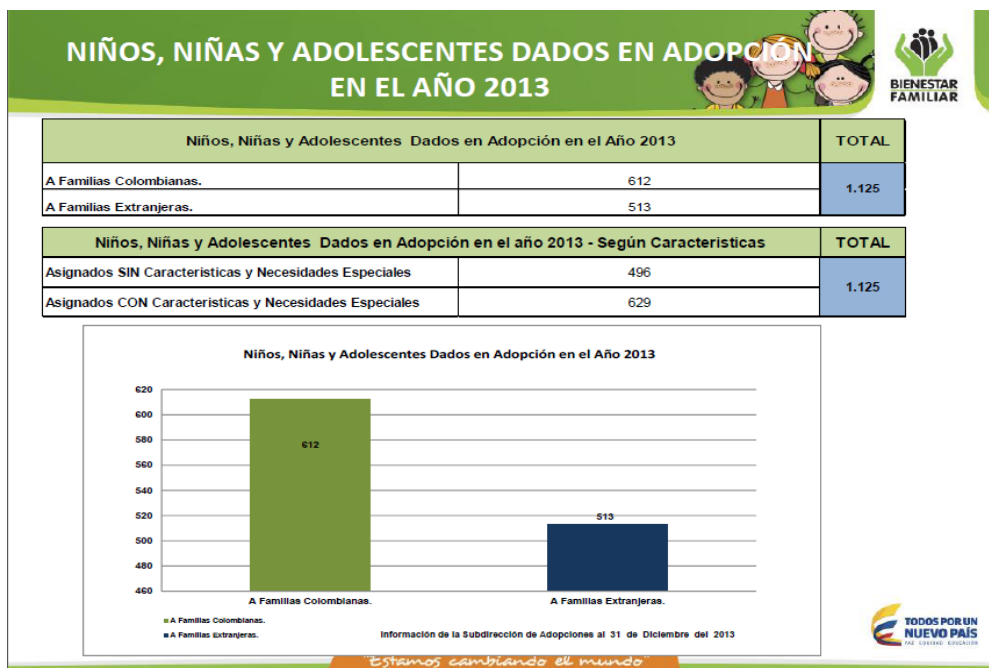


Figura 2. Estadísticas de niños, niñas y adolescentes dados en adopción en 2014.
Fuente: (2015). Instituto Colombianos de Bienestar Familiar. Bogotá.

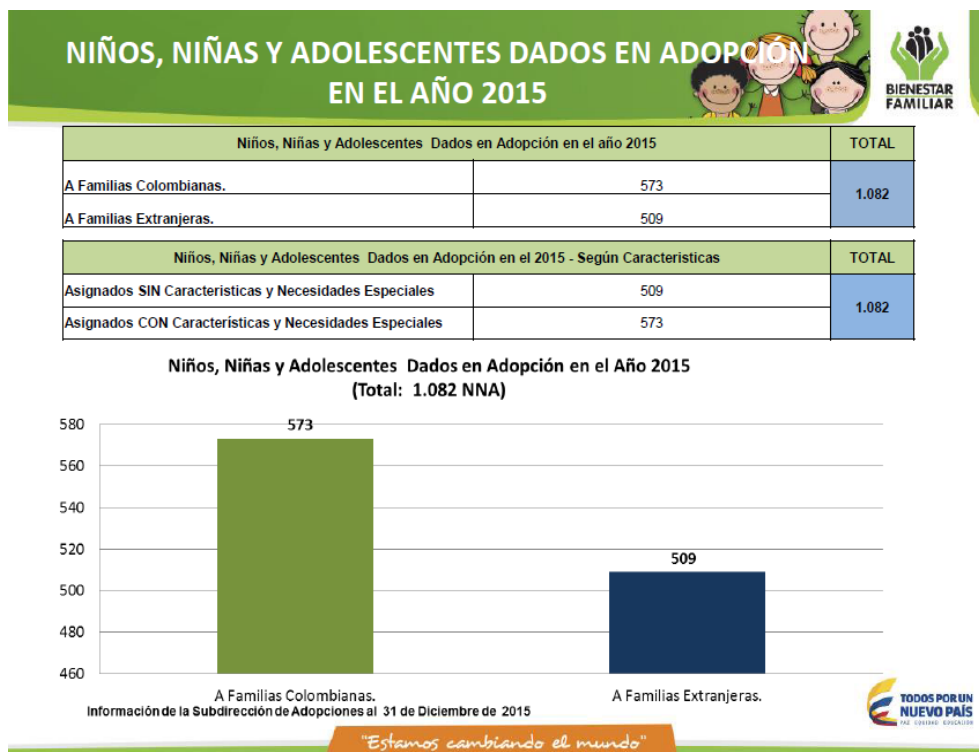


Figura 3. Estadísticas de niños, niñas y adolescentes dados en adopción en 2015.
Fuente: (2015). Instituto Colombianos de Bienestar Familiar. Bogotá.



Figura 4. Estadísticas del programa de adopciones (1997-2015).
Fuente: (2015). Instituto Colombianos de Bienestar Familiar. Bogotá.

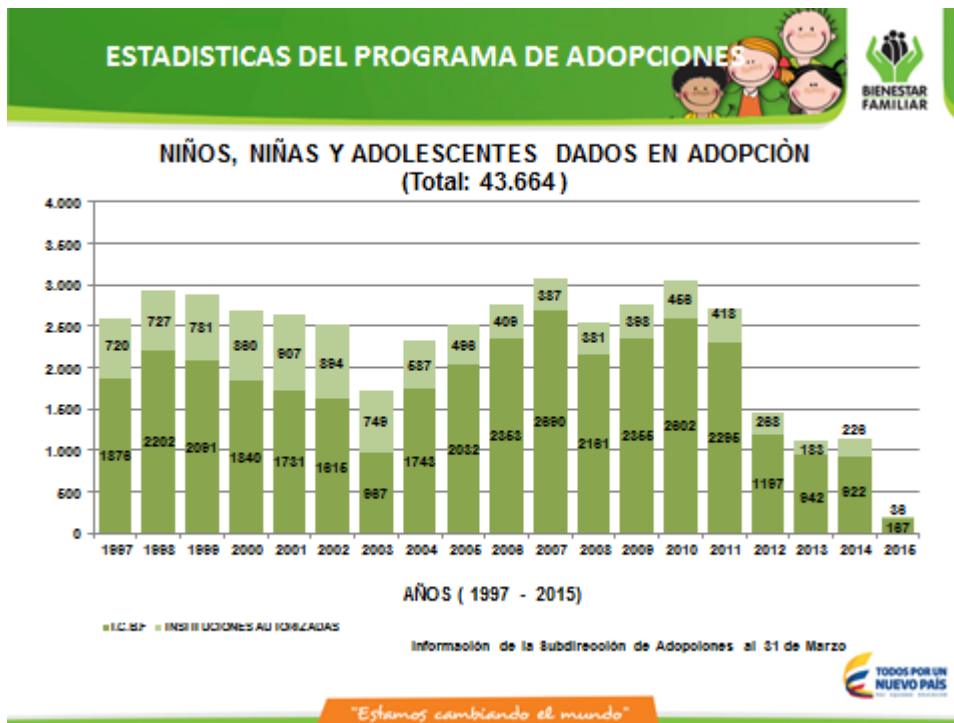


Figura 5. Estadísticas de niños, niñas y adolescentes dados en adopción.
Fuente: (2015). Instituto Colombianos de Bienestar Familiar. Bogotá.

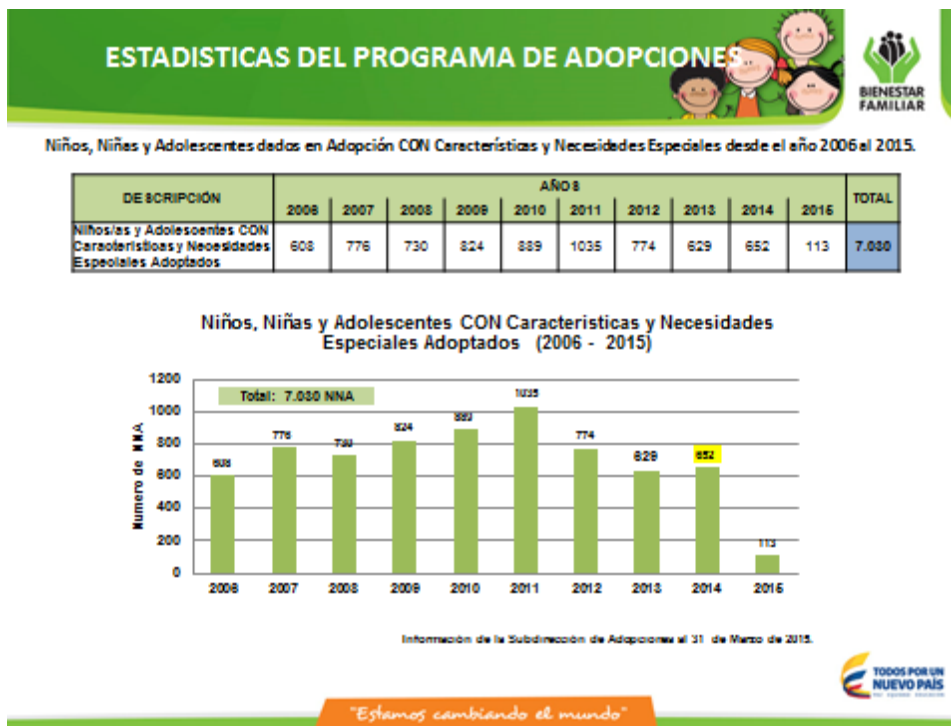


Figura 6. Niños, niñas y adolescentes con características y necesidades especiales adoptados (2006-2015). Fuente: (2015). Instituto Colombianos de Bienestar Familiar. Bogotá.

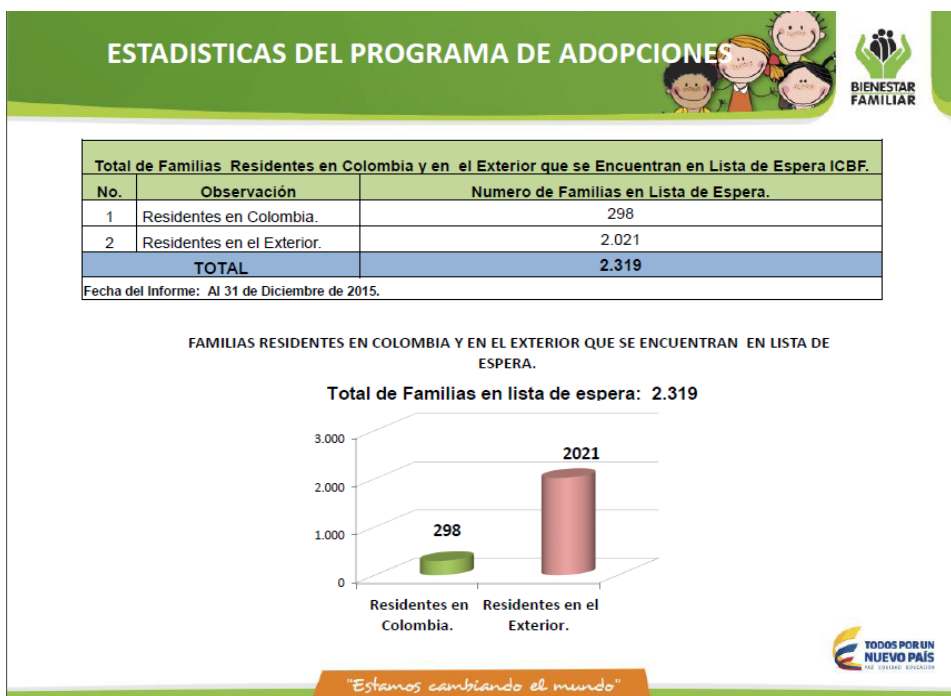


Figura 7. Estadísticas de familias residentes en Colombia y en el exterior en lista de espera del ICBF. Fuente: (2015). Instituto Colombianos de Bienestar Familiar. Bogotá.

FAMILIAS RESIDENTES EN EL EXTERIOR EN LISTA DE ESPERA DEL ICBF

Familias Colombianas y Extranjeras Residentes en el Exterior que se Encuentran en Lista de Espera ICBF.		
No.	Año	Familias Residentes en el Exterior en Lista de Espera.
1	2006	4
2	2007	23
3	2008	255
4	2009	272
5	2010	320
6	2011	419
7	2012	549
8	2013	602
9	2014	158
10	2015	18
TOTAL		2.620

Fecha del Informe: Al 31 de Marzo de 2016.

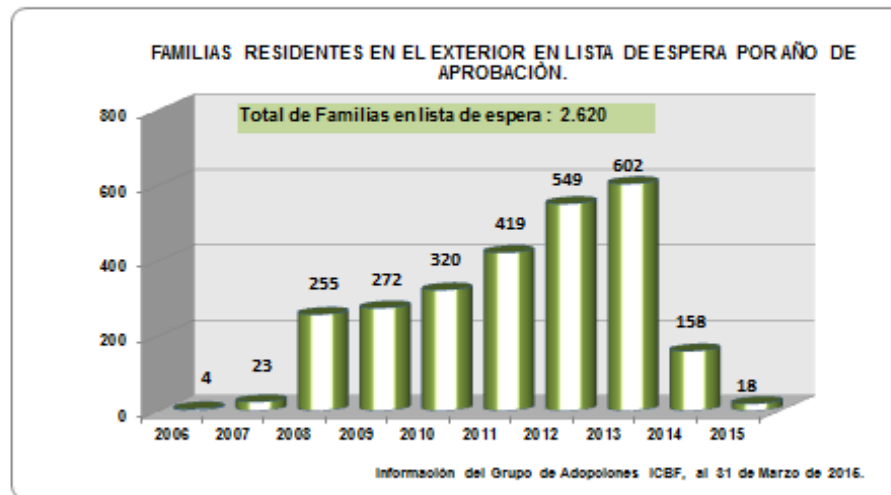
Fuente: SIM (Módulo Adopciones).
 Fecha de corte: 31 Marzo de 2015.
 Nota: El año corresponde a la fecha en la cual fueron aprobadas las solicitudes de las familias



"Estamos cambiando el mundo"

Figura 8. Estadísticas de familias residentes en el exterior en lista de espera del ICBF.
 Fuente: (2015). Instituto Colombianos de Bienestar Familiar. Bogotá.

FAMILIAS RESIDENTES EN EL EXTERIOR EN LISTA DE ESPERA DEL ICBF



Fuente: SIM (Módulo Adopciones).
 Fecha de corte: 31 Marzo de 2015.
 Nota: El año corresponde a la fecha en la cual fueron aprobadas las solicitudes de las familias



"Estamos cambiando el mundo"

Figura 9. Estadísticas de familias residentes en el exterior en lista de espera del ICBF.
 Fuente: (2015). Instituto Colombianos de Bienestar Familiar. Bogotá.



Figura 10. Estadísticas de familias residentes en el exterior en lista de espera del ICBF por rango de edad.
 Fuente: (2015). Instituto Colombianos de Bienestar Familiar. Bogotá.

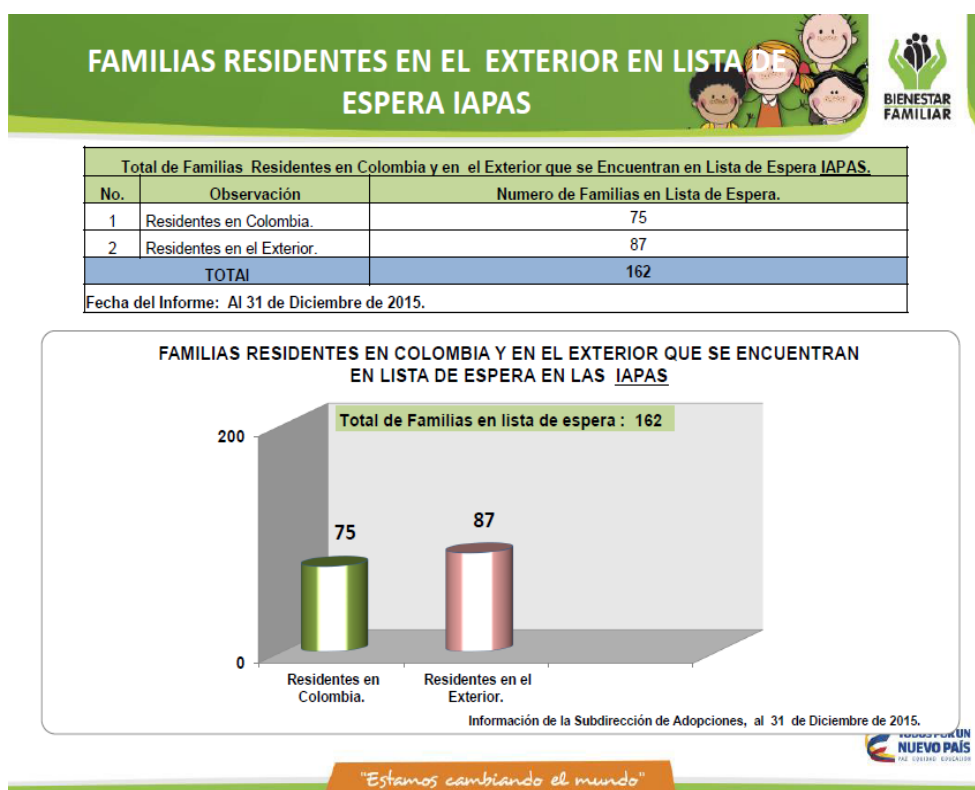


Figura 11. Estadísticas de familias residentes en el exterior en lista de espera ISPAS.
 Fuente: (2015). Instituto Colombianos de Bienestar Familiar. Bogotá.

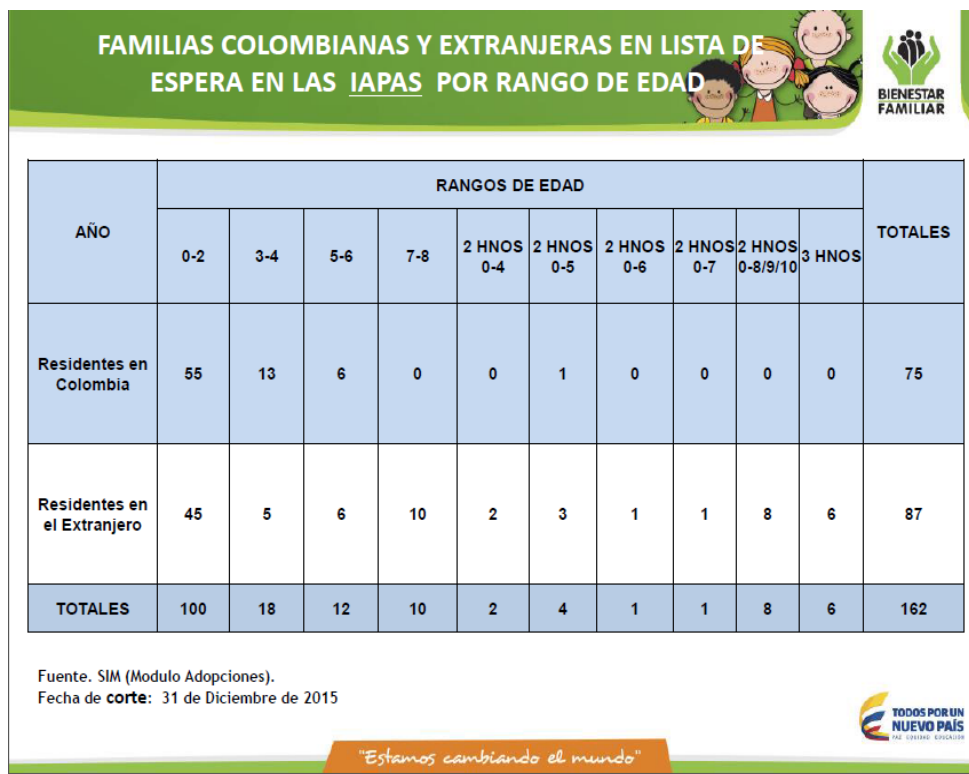


Figura 12. Estadísticas de familias colombianas y extranjeras en lista de espera en las IAPAS por rango de edad.
Fuente: (2015). Instituto Colombianos de Bienestar Familiar. Bogotá.

1.4.2. La irrevocabilidad de la adopción

Como se ha visto hasta el momento desde el antiguo Código del Menor de 1989 hasta la creación del nuevo Código de Infancia y Adolescencia la irrevocabilidad de la adopción subsiste al crearse la adopción como una medida de protección ya que teniendo en cuenta que si su finalidad es brindar al niño, niña y adolescente una familia, es inadmisibles que una vez se han agotado todos los requisitos para que ésta sea procedente, se pueda volver sobre ella. Ahora bien, gracias a la sentencia T-844 de 2011 se puede hablar de la revocabilidad de la adopción solo siempre y cuando dentro del proceso de la adopción se presenten vicios de fondo o de forma. Para ello será necesario demostrar defectos de tal naturaleza que, al igual que sucede con las providencias judiciales, permitan afirmar sin lugar a hesitación que el procedimiento tanto administrativo como judicial resulta abiertamente contrario a su objeto: el restablecimiento de los derechos del niño, niña y adolescente.

1.4.3. Marco jurídico para la adopción en Colombia

Así como lo indicado en su artículo 6, el Código de Infancia y Adolescencia sugiere que *las reglas de interpretación y aplicación* son las normas contenidas en la Constitución Política y en los Tratados o Convenios Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño; que harán parte integral y servirán de guía para su interpretación y aplicación. En todo caso, se aplicará siempre la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente.

Estos instrumentos jurídicos son:

Tratados o Convenios Internacionales

- Declaración Universal de los Derechos Humanos: La infancia tiene derecho a cuidados especiales.
- Declaración de Ginebra de 1924 sobre Derechos del Niño.
- Declaración sobre los Derechos del Niño de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1959.
- Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966, artículos 24 y 232.
- Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 10.
- Convención sobre los Derechos del Niño. Asamblea General de Naciones Unidas de 1989.
- Convenio sobre aspectos civiles del secuestro internacional de niños, suscrito en La Haya en 1980.
- Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional de 1993.
- Convenios de la OIT 132 de 1998 sobre la edad mínima para el trabajo, y 182 de 1999 sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación.

- Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía ratificado por Colombia mediante la Ley 765 de 2002.
- Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados.
- Estatuto de la Corte Penal Internacional, Crimen de Guerra y de Lesa Humanidad: Reclutar menores de 15 años para participar en el conflicto armado.
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”.

Jurisprudencia

- Sentencia C-240 de abril 1º de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo.
- Sentencia C-355 de mayo 10 de 2006, M.P. Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández.
- Sentencia C-118 de febrero 22 de 2006, M.P. Jaime Araújo Rentería.
- Sentencia C-997 de octubre 12 de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- Sentencia C-170 de marzo 2 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil
- Sentencia C-1068 de diciembre 3 de 2002, M.P. Jaime Araújo Rentería.
- Sentencia C-774 de julio 26 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- Sentencia T-1319 de febrero de 2001, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.
- Sentencia T-256 de marzo 6 de 2000, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

1.4.3.1. Requisitos para adoptar en Colombia

El Código de Infancia y Adolescencia indica en su artículo 68 contempla:

“Podrá adoptar quien siendo capaz, haya cumplido 25 años de edad, tenga al menos 15 años más que el adoptable, y garantice la 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...”

Según Fuentes (2007) este resultado legislativo plasma el objetivo de garantizar la efectividad del principio del interés superior del menor, *por ello el legislador estableció el requisito de idoneidad física mental, moral y social de quienes pretenden convertirse en adoptantes, el cual debe ser verificado por el Estado a través del ICBF y el Juez de Familia que profiera la sentencia de adopción* (Fuentes, 2007).

Esta verificación debe ser estricta, pues de sus resultados depende la autorización de la adopción y de asegurarle a los niños, niñas y adolescentes que están en éste proceso a tener una familia en la que se les garantice la integridad física, la salud, el cuidado y el amor, la educación, el desarrollo armónico e integral, la recreación, así como el correcto desempeño del ejercicio de la patria potestad y autoridad paterna (Fuentes, 2007).

Adicionalmente, el artículo 61 del Código de Infancia y Adolescencia, establece que quienes pueden adoptar son:

- Las personas solteras.
- Los cónyuges conjuntamente.
- Conjuntamente los compañeros permanentes, que demuestren una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años. Este término se contará a partir de la sentencia de divorcio, si con respecto a quienes conforman la pareja o a uno de ellos, hubiera estado vigente un vínculo matrimonial anterior.
- El guardador al pupilo o ex pupilo una vez aprobadas las cuentas de su administración.
- El cónyuge o compañero permanente, al hijo del cónyuge o compañero, que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años.

Conclusión

La adopción data de siglos atrás cuando se concibe por las civilizaciones antiguas con el objetivo de que el hijo adoptado, a quien se le encargaba de las ceremonias y ofrendas sagradas, asegurara la continuidad de la religión doméstica cerciorando no sólo la protección de la religión sino también la salvación del hogar y el patrimonio. El Imperio Romano es tal

vez la civilización que desarrolla la adopción como una figura esencialmente jurídica, tomando por supuesto legados de las civilizaciones antecesoras. Posteriormente se encuentra que la historia mundial revela un escenario de cambio, pues los objetivos de la adopción se han transformado con el pasar del tiempo hasta llegar a lo que hoy en día estiman los países para la figura, que prioriza el bienestar del menor de edad. A dichas transformaciones se ha adherido también América Latina ratificando una significativa cantidad de Convenios Internacionales, que ultimadamente direccionan el tratamiento de la adopción internamente e internacionalmente, como ocurre también en Colombia.

Finalmente, este capítulo deja claro que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) es la entidad encargada en Colombia de los procesos de adopción, sobre la cual se ha regulado legalmente la irrevocabilidad.

Capítulo II.

REVISIÓN DE LOS ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DE LA ADOPCIÓN HOMOPARENTAL EN EL MARCO INTERNACIONAL

Introducción

En este capítulo se abordará la aceptación de la adopción por parte de parejas del mismo sexo en el panorama mundial, se expondrá la realidad de catorce de los más de diecinueve países del mundo que han reformado su sistema legislativo o han incluido decisiones judiciales reconociendo derechos y libertades sexuales que garantizan la inclusión a la comunidad LGBTI principalmente en materia de familia y permisión de la adopción. Así mismo, se referenciarán algunos estudios interdisciplinarios que han obtenido resultados opuestos, es decir, que dan cuenta del riesgo que podrían afrontar los menores dispuestos en una familia homoparental y otros análisis interdisciplinarios que por lo contrario demuestran que la permisión a que un menor adoptado crezca en una familia homosexual no le afecta en ningún sentido. En este capítulo se incluirá además el análisis de un fallo relacionado con la convivencia de menores de edad en una familia homoparental, dictado por el órgano principal y autónomo de la Organización de los Estados Americanos (OEA) encargado de la promoción y protección de los derechos humanos en el continente americano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

2.2. Países que han aprobado La Adopción Homoparental

Alrededor del mundo diecinueve países han incluido reformas legislativas y de origen judicial, a través de las cuales se ha aceptado y regulado la adopción por parte de parejas del mismo sexo. El primero de ellos fue Holanda que, con su aprobación en el año 2000 del matrimonio homosexual y la posterior admisión de la adopción por parte de estas parejas legalmente constituidas, ha sido reconocido como el país abanderado en el reconocimiento legal de este asunto. Y en América Latina, Argentina es reconocido por sus avances legislativos respecto de la inclusión de la adopción homoparental de manera expresa en sus textos normativos.

2.2.1. Alemania

En el país miembro de la Unión Europea la comunidad LGBT, representada por la Asociación Alemana de Homosexuales (LSVD), aún no ha adquirido la facultad legal para la adopción conjunta pero ello no significa que las parejas homosexuales alemanas estén vedadas para adoptar, pues la justicia de este país ha dictado fallos que dan carta abierta a esta posibilidad bajo precisas condiciones.

En Alemania ya desde hace mucho se ha permitido la adopción individual, pero sólo hasta el año 2005 por estipulación de *Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft* "Ley de asociación civil registrada"¹¹ una pareja puede adoptar al hijo biológico de su compañero o compañera, incluso tratándose de parejas del mismo sexo, para lo cual sólo necesitan acreditar que el otro padre del menor ha fallecido o no se ha hecho cargo de él.

En 2013 el Tribunal Constitucional con sede en Karlsruhe declaró inconstitucional la disposición que prohibía la adopción sucesiva, mediante la cual una persona puede adoptar al hijo adoptado de su pareja. Esta decisión facultó al segundo miembro de la pareja para que pueda ser legalmente reconocido como padre o madre del menor, lo cual según los magistrados del Tribunal Constitucional contribuye al bienestar del niño, incluyendo lo dispuesto en materia de alimentos y derecho sucesorio, además le permite "*desarrollar efectos estabilizadores a nivel evolutivo*" y soslaya la desprotección que afrontaría el menor en caso de fallecimiento del padre o la madre titular, caso en el cual la Ley le permite dejar un testamento¹² entregando la paternidad del menor a su compañero o compañera, quien asume como tutor legítimo (*Vormund*) siempre que se pruebe su compromiso con el bienestar del menor (Lesben- und Schwulenverband, n.d).

¹¹ Traducción no oficial.

¹² El testamento debe estar escrito a mano e incluir lugar, fecha y firma.

En Alemania sigue vigente la prohibición de adopción conjunta, pero ante la permisión de adopción sucesiva esta proscripción parece ser ineficaz, en razón a que la adopción sucesiva no exige término, pudiéndose efectuar de manera casi inmediata.

2.2.2. Argentina

El primer antecedente legislativo que reconoce la igualdad de derechos de la Comunidad Homosexual Argentina (CHA) es la Ley 1004, sancionada en Buenos Aires el 12 de diciembre de 2002, reglamentada por el Decreto 556 de 2003, mediante la cual se establece el estatuto de la Unión Civil; el texto normativo contempla en su artículo 1º numeral 'a', que “*se entiende por Unión Civil a la unión conformada libremente por dos personas con independencia de su sexo u orientación sexual*” (Ley 1004 de 2002, Artículo 1).

Ocho años más tarde se expide la Ley 26.618 de 2010, por la cual se modifica el Código Civil y se aprueba tanto el matrimonio civil entre personas del mismo sexo, como la adopción homoparental en el territorio argentino.

Artículo 2º, inciso 2: “El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”. (Sustituye el artículo 172 del Código Civil)

Artículo 16: El hijo adoptivo llevará el primer apellido del adoptante, o su apellido compuesto si éste solicita su agregación. (...) En caso que los cónyuges sean de un mismo sexo, a pedido de éstos podrá el adoptado llevar el apellido compuesto del cónyuge del cual tuviera el primer apellido o agregar al primero de éste, el primero del otro (...)” (Sustituye el artículo 326 del Código Civil).

El precepto legal, incluye al término del texto una cláusula complementaria en la cual se dispone la aplicación de las referencias legales incluidas en la ley:

“Cláusula complementaria:

Artículo 42. Aplicación. 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.” (Ley 26.618 de 2010).

Como se evidencia, el sistema legislativo argentino es explícito en la paridad de derechos entre parejas heterosexuales y homosexuales, incorporando además la adopción homoparental, razón por la cual Argentina es considerada como una República que adopta la mutación innovadora originaria de Europa, no bajo la ‘diplomacia’ de lo tácito, sino bajo la expresa regulación de la transformación material.

2.2.3. Bélgica

Partiendo que la homosexualidad en este país es legal desde 1795; para el año 2006 el senado de Bélgica aprobó el proyecto de ley que autoriza la adopción de niños y niñas de forma conjunta por parte de parejas homosexuales con el fin de garantizar a los niños y niñas que viven en el seno de parejas homosexuales los mismos derechos de los que conviven con parejas heterosexuales. La aprobación de la adopción se debe hacer a través de una Agencia Estatal, para garantizar su legalidad (Diario El País, 2015).

La ley nace como necesidad de otorgarle a los niños que ya nacieron en el seno de una familia homosexual todos los derecho civiles que ostenta un niño que pertenece a una familia

heterosexual, de igual manera con la aprobación de esta ley se eliminó el vacío jurídico de lo que pasaría si muere el padre o madre biológico del niño (20minutos.es, 2015).

2.2.4. Brasil

Sólo la adopción a título individual está permitida y regulada en la República Federativa de Brasil. El país suramericano se ha caracterizado por carecer de avances legislativos en el reconocimiento de derechos a personas homosexuales, los avances que se han dado alrededor de este tema han sido impulsados por el Poder Judicial.

El 27 abril de 2010 el Superior Tribunal de Justicia (STJ), órgano judicial al que según Filho Castro (2012) *le incumbe cuidar la autoridad y la uniformidad interpretativa del Derecho Federal común infraconstitucional* (p. 4), concedió a una mujer la adopción de las hijas de su compañera del mismo sexo en sentencia que resolvió el Recurso Especial No. 889.852 – RS (2006//0209137-4) interpuesto por el Ministerio Público del Estado de Rio Grande Del Sur, respecto a un fallo emitido por el Tribunal de dicho Estado.

El STJ resaltó en su fallo 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, éste debe garantizar la protección a todo tipo de familia que cumpla con los elementos básicos de publicidad, duración e intención de continuar en filial (Ordóñez & Valencia, 2013); con dicha decisión la justicia brasileña sentó un importante precedente a favor de la adopción homoparental.

2.2.5. Croacia

En este país exyugoslavo de 4,2 millones de habitantes, entre los cuales predomina notablemente el catolicismo (Ragap, 2013), se reconoció en 2014 una ley reguladora de uniones civiles que permite a parejas del mismo sexo ser concebidas como uniones legales para conformar vida familiar, equiparando sus derechos con los de las parejas casadas¹³. A

¹³ Croacia no denominó a las uniones civiles entre parejas del mismo sexo como un matrimonio, pero si reconoce los derechos sobrevivientes de la unión solemne.

estos derechos se exceptúa la adopción, la cual no está estipulada legislativamente para familias homoparentales.

Sin embargo, el sistema legal de Croacia admite que la pareja homosexual del padre biológico del menor consiga todos los derechos como tutor legal del niño o niña, siempre que el menor de edad no cuente con un segundo padre reconocido o este haya fallecido. Si en caso contrario, si se conoce el segundo padre biológico del menor, a lo único a lo que puede aspirar la pareja homosexual de la madre o padre biológico del menor es ha ostentar los derechos propios de madrastra o padrastro (Ansamed, 2014).

2.2.6. España

La Ley 13 de 2005, por medio de la cual se modificó el Código Civil español plasma en el segundo párrafo del artículo 44 que *“El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”* (subrayado fuera de texto), entendiéndose esto como la igualdad en la otorgación de derechos en los matrimonios heterosexual y en los matrimonios homosexuales.

A su vez el artículo 175 del Código Civil en su aparte cuarto explica qué tipo de adopciones pueden darse en el marco legal español:

“Nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges. El matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permite al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte.” (subrayado fuera de texto) (Ley 13, 2005).

El citado texto normativo ratifica la aprobación de las adopciones por parejas homosexuales de manera conjunta, permitiendo así la adopción homoparental por vía legal totalmente legitimada por el Estado (Utilidad.com, 2015).

2.2.7. Estados Unidos

La adopción homoparental está reconocida a través de la jurisprudencia en veintidos de los cincuenta Estados Norteamericanos. Estos Estados son: Rhode Island, Washington, D.C., Nueva Jersey, Vermont, Nueva York, Oregón, California, Massachusetts, Colorado, Indiana, Connecticut, Nuevo Hampshire, Washington, Iowa, Nevada, Illinois, Maine, Maryland, Delaware, Minnesota, Hawái, Nuevo México, Pennsylvania, así como en el territorio no incorporado de Guam (El Tiempo, 2015).

Al ser un país con gobierno federal las leyes pueden variar entre un Estado y otro, lo que da como resultado que no haya una misma ley que estipule la adopción entre parejas del mismo sexo entre los Estados y por tanto el papel de los jueces es sumamente importante a través de sus sentencias en fallar a favor o en contra sobre este tema, como por ejemplo en tres de los seis Estados donde se denegó la adopción no lo hicieron porque consideraran que las parejas del mismo sexo no eran aptas para educar niños, sino porque los jueces consideraron que esto ya no es una cuestión judicial, sino legislativa y por lo tanto se declararon incompetentes para resolver la cuestión y emplazaron en sus sentencias a los legisladores de sus Estados a ocuparse de ello, y estos a su vez a través de los votos denegaron la adopción; de esos tres Estados, en dos de ellos se presentaron mociones legislativas al respecto (Web.psoe.es, 2004).

Los argumentos para admitir dichas solicitudes se pueden encontrar entre dos ideas principales: la primera que *“la adopción por parte de un copadre/comadre del mismo sexo que el padre/madre es una situación análoga a la que los códigos legislativos describen como adopción por parte de la pareja del padre/madre de distinto sexo”*, este argumento es manejado también por la National Conference of Commissioners on Uniform State Law. El segundo argumento utilizado es *“la petición de coadopción por parte de una pareja como la adopción de dos adultos solteros. En este caso, el padre/madre legal y el aspirante a copadre/comadre, entregan una petición conjunta en la cual el padre/madre legal consiente la adopción de su hijo o hija por parte de otro adulto soltero”* (Web.psoe.es, 2004, p. 2).

Ya en las sentencias se puede observar como los legisladores han dejado claro sus argumentos con los cuales determinan:

“(…)que se debe velar tanto por proteger la unidad familiar y las responsabilidades de los niños que están en circunstancias donde su padre/madre biológico no se encuentre y sea necesario que el compañero permanente de esa persona pueda tener el cuidado de este menor...”, y “...Facilitar las adopciones en esas circunstancias para que derechos legales y responsabilidades puedan ser determinadas ahora, y cualquier problema que surja después pueda ser resuelto en el marco de las leyes de familia(…)” (Web.psoe.es, 2004, p. 2).

2.2.8. Holanda

Holanda fue el país pionero en la regulación de la adopción gay en todo su territorio constituyéndola legalmente en el año 2000, para este año a través de su parlamento se aprobó la propuesta del Gobierno que permitía el matrimonio para parejas del mismo sexo, así como el derecho de tener hijos bajo su cuidado, se indicó además que solamente podrían adoptar menores de nacionalidad holandesa, esto con el fin de evitar rechazos en países que no reconocieran las uniones gay y su derecho a adoptar, además de evitarse generar problemas en las relaciones bilaterales con estos países.

Empero para el año 2005 el Gobierno holandés hizo una modificación a la ley por medio de la cual autorizaba la adopción únicamente de niños y niñas nacionales y la amplió para los niños y niñas extranjeros, al igual que reconoció que los niños y niñas nacidos en una relación lesbiana también podrían ser adoptados desde el primer momento por la pareja de la madre biológica. Eliminando además la condición de tres años de convivencia que hasta antes del 2005 tenía vigencia y eran necesarios para que el niño o niña fruto de otra relación pudiese ser adoptado por el compañero(a) del padre o de la madre del menor (El Tiempo, 2015).

2.2.9. Inglaterra

Reino Unido avaló la adopción de niños y niñas tanto por personas solteras como por matrimonios homosexuales, es decir que la adopción puede ser conjunta o directa. De igual manera en 2009 Escocia y en 2013 Irlanda del Norte aprobaron la adopción bajo estos mismos términos (El Tiempo, 2015).

No obstante, se han presentado relevantes contratiempo con las Agencia de Adopciones Católicas concluyendo en el cierre de algunas de estas, que en concordancia con sus ideologías consideraban que la homosexualidad va en contra de los preceptos que la Biblia indica, lo que conlleva a abstenerse de entregar a un niño en adopción para ser educado por un matrimonio homosexual. En consideración no se puede desconocer que el trabajo que estas agencias han realizado ha sido efectivo pero la incompatibilidad entre sus preceptos religiosos y la ley he generado un conflicto entre la Iglesia Católica y el Gobierno Inglés (Wooding, 2015).

2.2.10. Israel

El Estado de Israel es un territorio influenciado reciamente por la religión, lo que explica por qué el país de Oriente Próximo carece de matrimonio civil¹⁴, siendo entonces el matrimonio religioso la única figura soberana de vida familiar, que además ha sido concedida a la Rabanut¹⁵ (Muñoz, 2008).

A pesar de ello, el abogado y analista político Eli Cohen (2015) asegura que quienes ostentan el poder judicial y político israelí, amparados por la colectividad social, han creado un entorno que permite ubicar a Israel en la lista de países abanderados en derechos LGBT, a tal

¹⁴ A pesar de que el Estado de Israel no permite el matrimonio civil, si existe la posibilidad de reconocimiento de uniones celebradas en países extranjeros, incluidas –desde 2006- las materializadas entre personas de igual sexo. Adicionalmente aquellas parejas homosexuales que no han contraído matrimonio en el extranjero cuentan con el amparo de la unión de hecho y los derechos y obligaciones que de ella desprenden, como exenciones de impuestos y derechos hereditarios (Cohen, 2015).

¹⁵ Órgano del Estado controlado por ultraortodoxos que tiene importantes competencias y regula el matrimonio (Cohen, 2015).

punto que la capital económica y cultural del país: Tel Aviv, fue designada como la ciudad más *gay-friendly* del mundo (Cohen, 2015¹⁶).

En Israel hasta hace algún tiempo la única opción de adoptar que tenían las personas con orientación homosexual, era hacerlo a título individual tal como ocurre en la mayoría de Estados del mundo, pues la Ley de Adopciones no les faculta para adoptar en conjunto. Sin embargo, los Tribunales partiendo de la reinterpretación de la Ley hicieron posible la adopción homoparental y el primer fallo transformador se conoció en 2005, cuando el Tribunal Supremo se acogió al artículo 25 de la mencionada Ley de Adopciones, y en aras de velar por el bienestar del menor permitió que dos lesbianas adoptaran a un niño reconociendo el caso como de ‘tipo restringido’, por existir un vínculo de sangre con el adoptado (Cohen, 2015).

La última decisión de envergadura que reconoció la adopción a una pareja del mismo sexo en territorio israelí fue la dictada por el fiscal general Menahem Mazuz, quien suprimió la necesidad del vínculo familiar y entregó la paternidad de un joven a dos hombres que formalizaron su unión en Canadá, reconocida posteriormente en Israel. Sin embargo, y muy a pesar de los reconocimientos jurisprudenciales, sigue sin concederse formalmente el derecho de las parejas homosexuales a adoptar (Diario El País Global, 2008).

2.2.11. México

México da un primer paso hacia el reconocimiento de derechos a parejas homosexuales en el año 2006 con la expedición de la Ley de Sociedad de Convivencia, reconociéndoles la facultad de formar un hogar común con voluntad de permanencia y de ayuda mutua como resultado de un acto jurídico bilateral dado entre dos personas de diferente o del mismo sexo, mayores de edad y con capacidad jurídica plena.

Tres años más tarde, el Distrito Federal aprueba el matrimonio homosexual, así como su unión en concubinato. Este reconocimiento germina en la reforma al Código Civil publicada

¹⁶ Artículo sin paginación.

el 29 de diciembre de 2009 en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, mediante la cual se modificaron los artículos 146, 237, 291 bis, 294, 391 y 724 del código y se reconocieron derechos a las parejas homosexuales, posibilitando tácitamente la adopción por parte de estas parejas, correspondiéndole al Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF) realizar los estudios necesarios para certificar la idoneidad de los adoptantes (Tenorio, 2012). Esta reforma legislativa se acogió también en los Estados de Quintana Roo y Coahuila de Zaragoza.

2.2.12. Sudáfrica

Sudáfrica es el único país africano que consagra en su Constitución la igualdad sexual y permite la adopción conjunta a las parejas del mismo sexo, ello fue resultado de una decisión de la Corte Constitucional de Durban en el caso de *Du Toit vs Ministerio de Bienestar Social y Desarrollo de la Población* con cual se enmendó la Ley de Cuidado Infantil de 1983 y se permitió la adopción de dos niñas que eran hijas biológicas de una de las actrices, este fallo data del 9 de septiembre de 2002 (Cimacnoticias.com.mx, n.d.).

Después de este precedente jurídico, en el año 2006 se permite el matrimonio entre personas del mismo sexo y se equiparan los derechos a los que tienen acceso los matrimonios heterosexuales para todos los efectos, incluyendo la adopción de forma biológica o conjunta (Teletrece, 2015).

2.2.13. Suecia

Suecia fue el segundo país europeo, después de Holanda, en aprobar que las parejas homosexuales que estuvieran legalmente constituidas a través de una ceremonia Civil pudieran adoptar niños y/o niñas. Para llegar a esta instancia fue necesario un debate parlamentario que duró seis horas del cual resultaron 198 votos a favor reunidos por los ex comunistas, ecologistas, socialdemócratas, centristas y liberales, contra los 39 votos en contra de los parlamentarios conservadores para la adopción de niños y niñas nacionales.

De igual manera se votó para la adopción de niños extranjeros dejando como resultado 183 votos a favor y 115 en contra, para ello existen seis organizaciones acreditadas por el Estado Sueco que se encargan de gestionar directamente las adopciones internacionales con unos veinte o treinta países diferentes (Benito, 2015).

2.2.14. Uruguay

En Uruguay la primera creación legislativa que equipara la igualdad de parejas de mismo sexo es la Ley 18.246 de enero 10 de 2008, conocida como la Ley de Unión Concubinaria, la cual fue pionera en América Latina al reconocer los derechos y obligaciones de los concubinos de cualquier sexo (Ausserbauer, 2008).

En 2009 el legislativo aprobó reformar el Código de la Niñez y Adolescencia en las disposiciones que regulan la adopción, de tal manera que a través de la Ley 18.590 de septiembre 16 de 2009 el parlamento se planteó cumplir con el objetivo de garantizar de manera plena el derecho de los niños y niñas a tener una familia, y aunque el texto no autoriza de manera expresa la adopción por parte de las parejas homosexuales, tácitamente dio apertura a la posibilidad de que las familias homoparentales sean una opción para los menores susceptibles de adopción. A ello se refirió la senadora del Frente Amplio, Margarita Percovich, principal redactora y promotora de la ley:

"La novedad es que los niños pueden ser adoptados por parejas en unión concubinaria y tienen los mismos derechos que los hijos de los casados ante el registro civil. Lo que hacemos es equiparar los derechos de los niños, no estamos pensando en las opciones sexuales de los que adoptan" (Perasso, 2009¹⁷)

El Instituto del Niño y el Adolescente del Uruguay (INAU), es la entidad encargada de hacer un estudio exhaustivo a las familias y determinar, mediante criterios técnicos y científicos claramente objetivos, su aptitud para adoptar, finalmente un juez o jueza se encarga de dar la aprobación final a la selección del INAU.

¹⁷ Artículo sin paginación.

Hasta la fecha de publicación de la citada ley las adopciones por parejas del mismo sexo eran una realidad práctica en el país charrúa puesto que uno de los integrantes de la unión podía efectuar el proceso de adopción como individuo soltero, sin embargo, esto acarrea posibles situaciones perjudiciales para el menor, quien por ejemplo, en caso de muerte del padre o madre legal *“no tenía derecho a quedar bajo la tutela del otro miembro de la pareja”* (Perasso, 2009), pero esto cambia con las sustituciones dadas a partir de la Ley 18.590, que además regula los derechos de visitas y pago de pensión alimenticia en caso de una separación (Perasso, 2009).

Valga resaltar que el avance legislativo en cuanto a la adopción se da en vigencia de la Ley de Unión Concubinaria, cuando aún no se había legislado sobre el matrimonio igualitario, lo cual sólo ocurrió hasta el 3 de mayo de 2013 con la ratificación de la Ley 19.075.

Mediante el siguiente cuadro se resume el estado jurídico de los quince países analizados respecto a la adopción homoparental:

PAÍS	TIPO DE ADOPCIÓN			BREVE DESCRIPCIÓN
	<i>Sucesiva</i>	<i>Biológica</i>	<i>Conjunta</i>	
Alemania	2013	2005		En 2005 se aprueba la adopción por parte de la pareja homosexual del padre o madre biológico del menor. En 2013 el Tribunal Constitucional aprueba la adopción sucesiva, facultando al segundo miembro de la pareja para figurar como padre o madre del hijo adoptado por su pareja.
Argentina			2010	La ley 26.618 de 2010, por la cual se modifica el Código Civil contempla en su artículo 16 la adopción homoparental de manera expresa.
Bélgica			2006	El senado de Bélgica aprobó el proyecto de ley que autoriza la adopción de niños de forma conjunta por parte de parejas homosexuales, esto con el fin de garantizar a los niños que viven en

Brasil	2010	<p>el seno de parejas homosexuales los mismos derechos de los que conviven con parejas heterosexuales. La aprobación de la adopción se debe hacer a través de una Agencia Estatal, para garantizar su legalidad.</p>
		<p>El Superior Tribunal de Justicia reconoció en 2010 la adopción gay mediante un fallo judicial que permitió a la pareja de una mujer que había adoptado a dos niñas, figurar como madre de las menores hijas de su pareja. En consonancia con el STJ, el Superior Tribunal Federal ha dispuesto un tratamiento jurídico igualitario entre parejas heterosexuales y homosexuales.</p>
Croacia	2014	<p>La ley que regula las uniones civiles de parejas del mismo, aprobada por el parlamento en 2014 no admite la adopción homoparental. No obstante, la adopción por parte de la pareja homosexual del padre biológico del menor sí es admitida en el país exyugoslavo, siempre que el niño o niña no tenga un segundo padre biológico.</p>
España	2005	<p>El Artículo 175, aparte 4, del Código Civil español, estipula expresamente el derecho de un matrimonio homosexual para adoptar a un niño en forma conjunta. A su vez, la Ley 13 de 1 de julio de 2005, equiparó el matrimonio homosexual con el heterosexual.</p>
Estados Unidos	2000	<p>Al ser este país un Estado Federal no hay una legislación que determine los parámetros de la adopción de parejas del mismo sexo para todo el territorio, es por esto que ha sido la jurisprudencia la que ha determinado las directrices de la adopción</p>

			homoparental, teniendo como eje central el interés superior del menor por encima de los prejuicios. El más caso visible es el que podemos observar en California para el año de 1989 por sentencia judicial una pareja de lesbianas obtienen la custodia de un menor.
Holanda	2000	2005	El parlamento holandés aprobó la propuesta del gobierno que permitía el matrimonio para parejas del mismo sexo. Desde el mismo año les otorgó el derecho a tener hijos bajo la especificación de que solamente podrían adoptar menores de nacionalidad holandesa, con el fin de evitar rechazos de expedientes en países que no reconocieran las uniones gay.
Inglaterra		2005	Reino Unido avaló que los niños podían ser adoptados tanto por personas solteras como por matrimonios homosexuales, lo cual quiere decir que puede ser conjunta o directa la adopción de menores de edad. De igual manera para Escocia en 2009 e Irlanda del Norte en el 2013 se aprueba la adopción bajo los mismos términos, pero han tenido su contratiempo con las agencia de adopciones católicas, lo que ha dado como resultado el cierre de algunas de estas agencias por considerar la homosexualidad incompatible con la biblia.
Israel		2005	El país no reconoce formalmente el derecho de las parejas homosexuales a adoptar, pero decisiones judiciales lo han hecho posible desde 2005, cuando el Tribunal Supremo falló a favor de una pareja de lesbianas por existir vínculo sanguíneo con el menor. Ya en 2008 el fiscal general Mazuz accedió a que un matrimonio homosexual adoptara, sin exigir

			vínculo sanguíneo alguno.
México		2009	La reforma al Código Civil dada en 2009 modificó algunos artículos que posibilitan tácitamente la adopción por parte de parejas homosexuales.
Sudáfrica	2002	2004	Es el único país africano que consagra en su Constitución la igualdad sexual y permite la adopción conjunta a las parejas del mismo sexo. Todo fue resultado de una decisión de la Corte Constitucional de Durban en el caso de <i>Du Toit vs Ministerio de Bienestar Social y Desarrollo de la Población</i> , que enmendó la Ley de Cuidado Infantil de 1983 mediante la cual se permitió la adopción de dos niñas que eran hijas biológicas de una de las actrices, esto sucedió el 09 de septiembre de 2002. Después de este precedente jurídico, en el año 2004 se aprobó el matrimonio entre personas del mismo sexo y es equivalente al matrimonio entre parejas de sexo opuesto para todos los efectos, incluida la adopción de forma biológica o conjunta.
Suecia		2003	Para poder adoptar, las parejas homosexuales deben estar legalmente constituidas bajo una ceremonia civil y la solicitud debe ser presentada ante una de las 6 organizaciones acreditadas por el Estado para gestionar dicha adopción tanto a nivel internacional como a nivel nacional.
Uruguay		2009	Con la reforma al Código de la Niñez y Adolescencia no se autorizó expresamente la adopción homoparental, pero tácitamente la posibilita a parejas de igual sexo en unión concubinaria.

Figura 13. Cuadro resumen internacional de adopción homoparental. Elaboración propia.

2.2. Argumentos de expertos a nivel mundial respecto de la adopción homoparental.

La familia se configura como una célula natural y social de la que los niños y niñas reciben estímulos afectivos, cognoscitivos, morales y sociales para realizarse como adultos “normales”; pero con el pasar del tiempo la familia, como la sociedad, se ha diversificado alejándose del modelo patriarcal tradicional.

Las tendencias sociales corrientes han producido cambios representativos en el sistema de la familia, han aparecido en escena diferentes formas de familia, catalogadas por muchos como ‘nuevas familias’, entre las cuales se ajustan las familias homoparentales, compuestas por parejas homosexuales y sus hijos. Estas ‘nuevas’ formas de familia han despertado desde ya hace varias décadas el interés de profesionales por conocer las connotaciones que trae consigo la ausencia del padre o de la madre, y aún en la actualidad los papeles convergentes de padre y madre se examinan.

Los estudios longitudinales sobre los niños y niñas, y su rol en estas ‘nuevas’ formas de familia son indiscutiblemente necesarios para definir las implicaciones de estos cambios socio-familiares en el desarrollo de la personalidad y en la salud mental de estos menores de edad. Por estas razones, en este aparte se hace una revisión de diferentes trabajos o estudios de índole internacional, sobre los distintos aspectos sociales, legales y psicológicos que están relacionados con la adopción de menores por parte de parejas homosexuales.

2.2.1. Argumentos de expertos a nivel mundial a favor de la adopción homoparental.

Buil (et al., 2004) resalta el desajuste que se está produciendo entre la realidad social y la legislación vigente, pues ya son muchas las familias que se han conformado por parejas homosexuales e hijos que incluso vienen de relaciones heterosexuales pasadas o que han sido procreados a partir de alternativas médicas. Al respecto plantea la necesidad de establecer un debate riguroso a cerca de las implicaciones que tiene este asunto.

En armonía, López Gaviño (2014) señala que las familias homoparentales siempre han sido una realidad que sólo hasta el momento sale a la luz pública gracias a las diferentes leyes que les protege actualmente, tener una estimación de cuantas madres lesbianas y padres homosexuales hay por ejemplo en España es un poco ambiguo ya que el temor a los prejuicios y al rechazo social es el principal motivo por el cual no se conocen cifras concretas sobre cuántas familias se han conformado, el señalamiento social sobre el desarrollo sexual de los niños, el tipo de inclinación y la discriminación desde temprana edad son algunas de las ideas más persistente cuando se habla de niños que crecen en familias homoparentales, ideas que son consecuencia de los pocos datos que se habían generado tanto científicos, como psicológicos y jurídicos, lo que hizo que no existiera mucha claridad sobre este tema.

En 1977 Santrok (citado por Buil et al., 2004) publica en el *Journal of Genetic Psychology* un estudio referente a los “Efectos de la ausencia del padre en las conductas de género de los chicos: razones de la ausencia y edad en la que comienza la ausencia”, en el que plantea dos variables, la primera es el motivo de la ausencia del padre, es decir, si fue por fallecimiento o por divorcio, y la segunda, es la edad que tenía el niño cuando se produjo la ausencia. La muestra que se tomó fue de 30 menores de 10 y 11 años provenientes de familias trabajadoras. La mitad de ellos perdió al padre a causa de muerte y la otra mitad en razón al divorcio (en todos los casos ocurrió antes de los 9 años). El estudio también tomó un grupo de control conformado por 15 niños que vivían con familias intactas, similares en coeficiente intelectual, edad y educación. Las mediciones se realizaron en base a tres características a detectar en los menores (i) masculinidad-feminidad, (ii) agresividad, y (iii) dependencia. Del análisis, Santrok (1977) obtuvo como resultado que la presencia del padre no se confirma como necesaria para que el menor desarrolle una conducta de rol sexual masculina, y que no se encontraron indicios de que en ausencia del padre se hubieran desarrollado características más femeninas (Schaffer citado por Buil et al., 2004, p. 87).

En sentido similar, Hetherington (citado por Buil et al., 2004) estudió en 1972¹⁸ los “Efectos de la ausencia del padre en el desarrollo de la personalidad de hijas adolescentes”, tomando una muestra femenina de adolescentes entre los 13 y los 17 años que sumaban un total de 24 personas. Las adolescentes provenientes de familias intactas, compuestas por madres divorciadas y por madres viudas reflejaron no encontrarse afectadas en su conducta de género ni en su rol femenino. Adicionalmente los resultados dieron muestras de que no hubo manifestación de alguna desviación de la conducta asociada a su sexo ni en la interacción con el sexo femenino, no obstante, se encontró una cierta reducción a la habilidad de las adolescentes para relacionarse con el sexo masculino (Schaffer citado por Buil et al., 2004, p. 87).

En concordancia, Buil (et al., 2004) afirma que si bien las figuras materna y paterna pueden jugar un rol importante en el proceso de identidad que desarrolla a lo largo del tiempo el menor adoptado, también es cierto atender como real la posibilidad de que existan vías diferentes de desarrollo de la identidad sexual, un ejemplo de ello se da ante la realidad de un niño que crece con su madre, quien puede desarrollar su masculinidad simplemente porque ella le trata como a un hombre (p. 88).

La realidad social es ineludible, la diversidad de familias no está dada únicamente por la existencia de familias donde padre y madre son de igual sexo, sino también por familias compuestas por tíos y sobrinos, nietos y abuelos; por ende afirma Buil (et al., 2004) que el menor “en la mayoría de los casos puede disponer de otras figuras de apego importantes en su desarrollo evolutivo (abuelo/a, tío/a, amigo/a...) con las que establecer una identificación sexual” (p. 88). A ello Buil (et al., 2004) le suma que en la actualidad hay un mayor grado de flexibilidad social que influye en la tendencia a disminuir la diferenciación tajante de los roles femenino y masculino; y se educa a los menores en una línea integradora de roles, encaminándolos a una sociedad más incluyente y tolerante.

¹⁸ Fecha de publicación del artículo en el *Developmental Psychology*, 7, 313- 26.

Áurea López (citada por Buil, et al., 2004), hace mención de la conclusión a la que han llegado los autores Golombok (1983) y Kirkpatrick (1981) respecto de los hijos que crecen en familias homoparentales:

“no se ha podido demostrar que el estigma social asociado a la homosexualidad perjudique de forma especial la adaptación social de los hijos de los homosexuales. Si bien los niños pueden tener problemas con cómo son percibidos debido a la homosexualidad de sus padres, también desarrollan estrategias para evitar y protegerse de tal problemática” (Buil et al., 2004, p. 89).

Por su parte, desde hace muchos años la Asociación Americana de Psiquiatría eliminó la homosexualidad de la lista de desordenes mentales (American Psychiatric Association, 2005, p. 7), y a la fecha los profesionales en psicología, psiquiatría y trabajo social consideran que la orientación homosexual no puede catalogarse como un desorden mental, lo cual ha servido de fundamento a los investigadores que no han encontrado diferencias entre las personas homosexuales y las heterosexuales en lo que respecta a su salud mental y a la forma de crianza de los niños. En cambio los resultados de las investigaciones han dejado en evidencia que tanto los padres/madres homosexuales como los padres/madres heterosexuales están en capacidad de proporcionar a sus hijos hogares con ambientes sanos para su formación (APA, 2005).

Las preocupaciones de las autoridades judiciales en el mundo han girado en torno a tres miedos fundamentales por la influencia que pueden ejercer padres gays y madres lesbianas en los menores: el desarrollo de la identidad sexual, que podría verse turbado en la mente del niño o niña alterando su percepción sobre la identidad de género y el comportamiento sexual; el desarrollo de la personalidad del niño o niña, quien podría ser más vulnerable a la depresión nerviosa, presentar problemas de comportamiento o ser psicológicamente menos sano que otros niños (Falk, 1989, 1994; Patterson & Redding, 1996; Patterson et al., 2002 citados por APA, 2005); y la dificultad con las relaciones sociales, pues pueden ser estigmatizados o victimizados por parte de la sociedad circundando su espontaneidad interpersonal.

Green (et al., 1978), Smith (1986), Kirkpatrick, Smith & Roy (1981) (citados por American Psychological Association, 2005) en un estudio realizado con niños entre los 5 y 14 años en el que se practicaron pruebas descriptivas y entrevistas, encontraron que el desarrollo de la identidad de género entre hijos de madres lesbianas sigue el modelo esperado (APA, 2005). En similar contexto, Golombok, Spencer & Rutter (1983) (citados por American Psychological Association, 2005) concluyeron en estudios que los niños participantes manifestaron estar satisfechos con su género y que no tenían aspiraciones de ser un miembro del sexo opuesto, de tal manera que no se hallaron pruebas en ninguno de los estudios de identidad de género de cualquier dificultad entre hijos de madres lesbianas (APA, 2005, p. 9).

El comportamiento sexual fue evaluado por Brewaeys et al. (1997, citado por APA, 2005) mediante un estudio en el que se usaron treinta niños/niñas de entre 4 y ocho años de edad que habían sido concebidos por inseminación artificial con semen de donante para parejas lesbianas, otros treinta niños/niñas concebidos vía inseminación de donante para parejas heterosexuales, y otros treinta niños/niñas entre las mismas edades que habían sido concebidos naturalmente por parejas heterosexuales. Usaron un cuestionario de informe maternal diseñado para identificar el comportamiento femenino y masculino, y del análisis de respuestas no resultaron diferencias significativas entre hijos de madres lesbianas e hijos de padres heterosexuales en lo que se refiere a preferencias de juguetes, juego y actividades.

La American Psychiatric Association (2005) concluye que los resultados de ninguna de las investigaciones conocidas hasta 2005 mostraron evidencias que sugieran incapacidad en las mujeres lesbianas o en los hombres homosexuales para ser padres, tampoco que el desarrollo psicosocial de hijos de homosexuales se ponga en peligro (comparado con los hijos de heterosexuales). Ultimadamente tanto los padres/madres homosexuales como los padres/madres heterosexuales pueden proporcionar un ambiente idóneo a sus hijos que les permita un crecimiento psicosocial apto.

Para la American Psychiatric Association (2005) eran relativamente pocos los estudios que se habían concentrado en el análisis comportamental de los descendientes de lesbianas u homosexuales, durante la etapa de la adolescencia y la adultez, pues a pesar de que estudiosos como Golombok (et al. 2003) o Wainright (et al. 2004) incluyeron muestras muy diversas en sus estudios, faltaba por investigar sistemáticamente muchas fuentes de heterogeneidad así como realizar estudios longitudinales que evalúen la conducta de familias homoparentales y la evolución de sus miembros a través del tiempo.

Es por eso que gracias al trabajo que presenta López Gaviño (2014) en el que sitúa un punto de vista psicológico en el desarrollo de las familias homoparentales, el tipo de orientación sexual de los hijos o hijas que crecen en este tipo de familias, el proceso para definir su orientación sexual y la toma de conciencia sobre tener un padre homosexual o madre lesbiana, se perciben señales para entender este tipo de familias.

Al principio de su estudio López Gaviño (2014) explica el origen de las familias homoparentales e indica que esto fue motivado después de 1978 cuando se empezó hablar de la homosexualidad ya no como una enfermedad mental sino como una inclinación sexual, motivo por el cual sujetos que se sentían homosexuales pero tenían miedo de exteriorizarlo tuvieron el valor de salir a la luz pública o como se conoce coloquialmente “salieron del closet”; lo mismo sucedió con las mujeres lesbianas que después de haber conformado un hogar con una persona heterosexual por presiones sociales, decidieron terminar con sus matrimonios y vivir su libertad sexual, factor que trajo con ello niños y niñas que dejaron de vivir en familias heterosexuales para pertenecer a familias homoparentales, como sucedió en España y en otras partes del mundo. Pero los pocos estudios que se tenían hasta esa fecha no eran los más asertivos, lo que trajo como consecuencia que las decisiones judiciales para la obtención de la custodia de un menor fuera dada a favor del padre o madre heterosexual todo fundamentado en ideas prejuiciosas a nivel religioso y social. No obstante, a medida que el debate crecía de igual manera lo hicieron los estudios científicos tanto a favor como en contra, originando una nueva ola de ideas respecto a este tema.

Para responder a la carencia de estudios empíricos que siguieran la evolución longitudinal de las familias homoparentales López (2014) intentar desarrollar en su estudio tres grandes objetivos: i) profundizar en la experiencia de vida que han tenido jóvenes mayores de dieciocho años al crecer con madres lesbianas y padres gays en España, ii) conocer la orientación sexual de estos jóvenes y el proceso por el que la han desarrollado, iii) conocer el perfil psicológico de estos jóvenes adultos, profundizando en su ajuste y bienestar psicológico, mediante el análisis de su autoestima, satisfacción vital, salud mental y apoyo social (p. 12). Es por esto que en el desarrollo de esta investigación se toma como muestra a jóvenes adultos que han crecido con madres lesbianas o padres homosexuales haciendo que el trabajo desarrollado por la autora tuviera un enfoque más específico, utilizando como principal fuente de información los testimonios de jóvenes que han vivido este tipo de familias.

¿Desde qué momento se produce la toma de conciencia de vivir en una familia homoparental?, este fue uno de los interrogantes que utilizó López (2014) para entender en que momento exacto los jóvenes que crecen en una familia homoparental toman conciencia de la homosexualidad de sus padres, se ha de indicar que de acuerdo con los resultados que se obtuvieron en esta investigación la autora encuentra un panorama positivo respecto a los jóvenes que se entrevistaron resaltando que *“han evolucionado hasta vivir con bienestar y normalidad su situación familiar”* (López Gaviño, 2014, p. 247).

López (2014) también indica que hay tres circunstancias en las que se produce la toma de conciencia por parte de los jóvenes adultos, la primera es una conciencia gradual que se generó por llevar más tiempo en una familia homoparental, es decir, que fueron entendiendo gradualmente el tipo de familia en el que estaban; la segunda se da a través de una conversación con su padre o madre que puede llegar en gran medida cuando el joven recolecta cierta evidencia y decide confrontar a su madre o padre y este a su vez confirma la situación; y la tercera circunstancia es aquella en que ellos mismos tomaron conciencia a través de la recopilación de evidencia o por parte de un acontecimiento inesperado. De este primer interrogante y de acuerdo a los resultados obtenidos, López Gaviño (2014, p. 253)

indica... *“que es necesario que los niños y niñas que van a llegar a un núcleo familiar homoparental conozcan de manera previa esta circunstancia”* (p. 253).

Otro de los interrogantes planteados dentro de esta investigación es el proceso de definición de la orientación sexual de los jóvenes adultos entrevistados, que no solo se basa en la autodefinition respecto a su orientación sexual si no en las concepciones que tienen sobre ella y si esta noción es resultado de vivir en una familia homoparental, como indica López Gaviño (2014, p. 274): el porcentaje de los jóvenes adultos entrevistados reveló que el 87% son heterosexuales y un 13% no lo son, esto también sucede con la atracción que sienten por personas del sexo opuesto, lo que establece que la hipótesis de que los jóvenes que crecen en familias homoparentales tienen más susceptibilidad a ser homosexuales queda en entre dicho. Las conversaciones abiertas respecto a la sexualidad y la falta de rechazo por una inclinación sexual diferente generan en estos jóvenes mayor confianza para poder decidir sobre su orientación sexual. La construcción de la inclinación sexual de estos jóvenes surgió de tener una mirada más progresista al respecto y no basarse en la posibilidad de la heterosexualidad como única opción si no en considerar otras posibilidades (López, 2014).

Los porcentajes encontrados por López (2014) guardan una seria similitud con resultados obtenidos hace veinte años, cuando Bailey (et al. 1995) estudió a los hijos adultos de padres homosexuales y halló que más del 90% de ellos son heterosexuales, lo cual indica que ni antes ni ahora los hogares homoparentales han influido en la orientación sexual de sus hijos.

En efecto, según señala Buil (et al., 2004) las estadísticas dan muestra de que el porcentaje de personas homosexuales no es más alto en lo hijos de padres de igual sexo que en los hijos de padres heterosexuales; pero si se ha encontrado una disparidad entre ellos, la cual radica en que los hijos de los primeros esbozan con más frecuencia la posibilidad de una relación homosexual a pesar de que no lleguen a ponerla en práctica (p. 95).

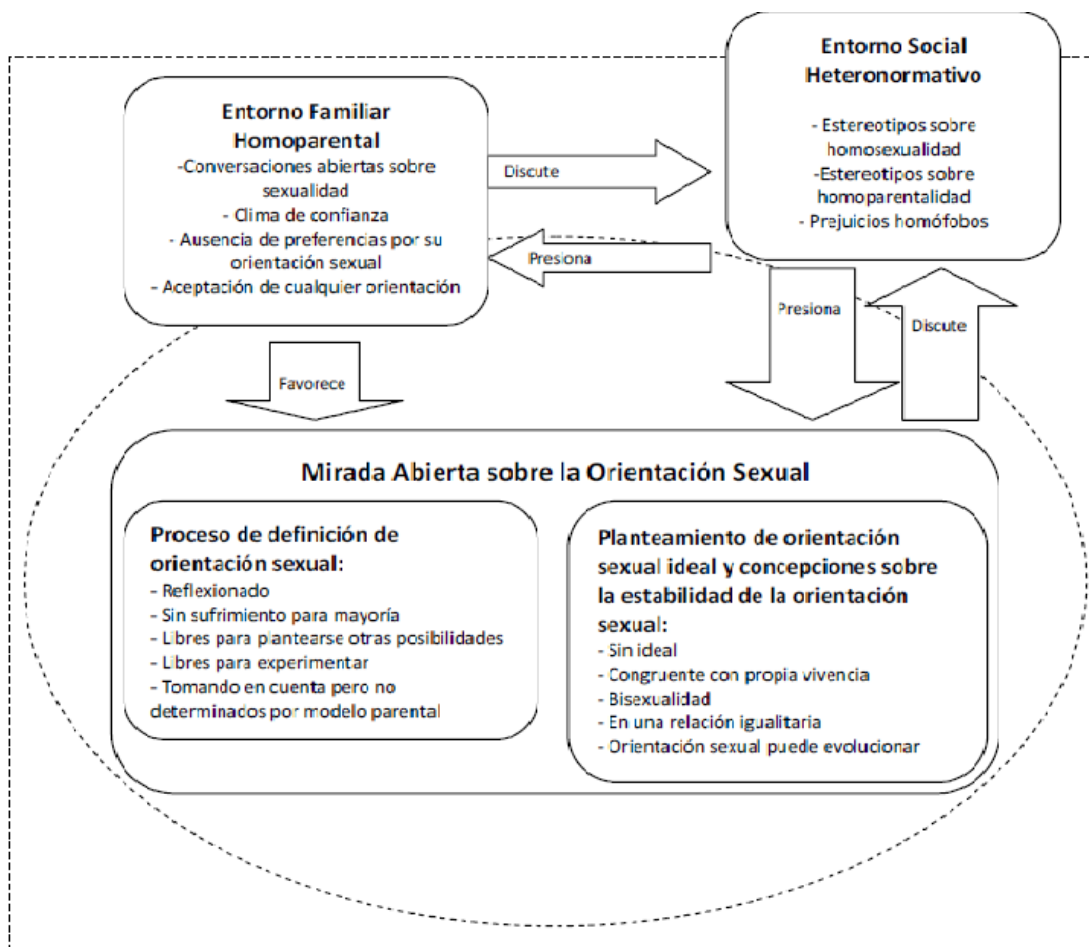


Figura 14. Modelo de construcción y vivencia de la orientación sexual.

Fuente: (López Gaviño, 2014, p. 278).

En conclusión López Gaviño (2014) afirma que las familias homoparentales “deben librarse de la exigencia de ser excelentes”(p. 300), que las familias homoparentales pueden experimentar las mismas dificultades y cometer los mismo errores que se perciben en la familias heterosexuales, y que los jóvenes que crecen en este tipo de familias desde una perspectiva psicológica cuentan con niveles medio-altos de autoestima y satisfacción vital.

Vicent R. (citado por Buil et al., 2004) sustenta que lo determinante en la educación y en el desarrollo psicosocial de un niño o niña que ha sido adoptado no es la orientación sexual de los padres, sino que más bien el éxito está relacionado con el estilo educativo y el talante de éstos, es decir, que para que una familia pueda considerarse idónea para un menor debe

brindarle apoyo emocional, mantener una actitud positiva frente al hijo o hija, evitar los conflictos familiares, conservar en el tiempo la motivación por la adopción y poseer un ajuste tanto social como personal; pero ante todo, es fundamental que en el seno de la familia adoptiva haya entera disposición para satisfacer las necesidades del niño o niña, lo que debe estar muy por encima del deseo de cubrir carencias personales.

Buil (et al., 2004) afirma que uno de los factores que más obstruye la aceptación de la adopción por parte de parejas de igual sexo es la resistencia al cambio que padece un amplio segmento de la sociedad lo cual genera temor, presupone alteración psíquica en el niño o niña y le estigmatiza anticipadamente ante su ‘diferente situación familiar’. Presupuestos que se conservan en casi todos de los sectores sociales y que además permean las aristas del poder encargado de decidir en la regulación de este tema. Sin embargo, la falta de legitimidad de la adopción por parte de parejas homosexuales entre la comunidad internacional no ha impedido que sea una realidad que hoy muchos menores hagan parte de familias homoparentales, y que por el debate teórico y la falta de leyes que regulen la situación permanecen legalmente desprotegidos.

Ante la posibilidad de legalización de la adopción por homosexuales, Buil (et al., 2004) considera que se daría apertura al diálogo honesto entre los solicitantes y los profesionales en psicología, permitiendo a estos últimos analizar la madurez e introyección de la identificación sexual de los primeros mediante la evaluación del aspecto cognoscitivo, evaluando “cómo es la coherencia con uno mismo para integrar comportamientos, sentimientos, fantasías y autoimagen” (p.96 y 97); del emocional, examinando el “reconocimiento de sentimientos como placer y excitación con personas del mismo sexo” (p.97); y del comportamental, analizando su capacidad de “llevar a cabo conductas sexuales con personas del mismo sexo” (p.97). De tal manera que si una persona homosexual ha sido capaz de afrontar estos tres niveles (cognoscitivo, emocional y comportamental) en su identificación sexual, a pesar de los rechazos y demás dificultades sociales y culturales, será mucho más factible que pueda ejercer de forma responsable y madura la paternidad.

Con la legalización, la evaluación de idoneidad en las personas que aspiran a adoptar sería mucho más transparente y completa que como ocurre hoy en día, cuando los encargados de valorar a una persona soltera, por ser inconstitucional no pueden indagar sobre su orientación sexual asumiendo el riesgo de que dicha persona oculte que tiene una pareja con quien conviviría junto al menor en caso de adoptarle, lo que imposibilita hacer la exploración de ambas personas, quienes finalmente serán las que asuman la educación y crianza del niño o niña. En este sentido sostiene Buil (et al., 2004), que si se pudiera valorar a ambos miembros de la pareja y decidir si aprobar o no la adopción en función del estado psicológicos de los dos se podría descartar un engaño presentado a través de la adopción individual, lo que resultaría significativamente beneficioso para el menor.

2.2.2. Argumentos de expertos a nivel mundial en contra de la adopción homoparental.

Como se ha observado en el anterior título, en el que explica los diversos estudios en las áreas de la sociológica y la psicológica sobre la adopción de menores de edad por parejas homosexuales, dichos estudios arrojaron como resultado que en ninguna de sus pruebas se logró demostrar que a raíz de una familia homoparental se generaran daños para el desarrollo tanto emocional, como psicológico y sexual de los menores que habitan en estos hogares. Es por este motivo que se hace necesario analizar los diversos estudios en contra que puede reflejar un panorama distinto al propuesto por los diferentes autores que apoyan la adopción de menores por parejas homosexuales.

Es importante resaltar que dichos estudios cuentan con ciertas deficiencias lo que puede dar resultados pocos certeros, es así como en su informe HazteOir.org (2005) indica que algunos de estos estudios son desarrollados por activistas para el otorgamiento de derechos a la comunidad LGBT, en otros casos el número de muestras utilizados es muy limitado lo que genera que los resultados no tengan un amplio rango y si a esto se le suma que además de utilizar un limitado número de muestras se selecciona de manera consciente a los sujetos de prueba generan un resultado ya direccionado, muestra de esto fue lo acontecido por la investigadora Charlotte Patterson a la cual le solicitaron copia de los documentos y datos de

sus estudios, datos que ella se negó a suministrar; todo esto sucedió al tener sospecha de que ella había utilizado amigos en la elaboración de sus investigaciones para tener resultados positivos en sus estudios (HazteOir.org, 2005).

HazteOir.org (2005) considera que por este motivo los estudios que se han realizado no son suficientemente amplios y no cuentan con todo lo necesario para sacar conclusiones certeras, sin ser ajeno que por ser un tema en el que todavía prevalecen concepciones prejuiciosas hace que el análisis sea un poco más complicado; sin embargo, esto no puede dar como excusa a la manipulación de datos o a la necesidad de disfrazar ciertos resultados con el fin de aprobar un tópico. Según HazteOir.org (2005) incluso las declaraciones que hacen APA (American Psychological Association) y la AAP (American Academy of Pediatrics) en las que sustentan que no hay prueba que fundamente el daño al desarrollo de los niños de parejas del mismo sexo, se pueden considerar un poco ambiguas cuando dichas entidades no tienen ningún estudio que demuestre una hipótesis diferente (p. 4).

Es por esto que algunos autores han intentado sacar a la luz pública los verdaderos resultados de dichas investigaciones, como lo ha hecho Navarro (2013) quien con su artículo rescata tanto las posiciones en contra como las a favor entorno a la sociología y la psicología de la adopción homoparental, indicando que hay muchas posturas en contra que son basadas más que todo en argumentos tradicionales como por ejemplo el que da la catedrática de la Universidad Pontificia Bolivariana, María Eugenia Agudelo Bedoya, quien afirma que *“la institución de la familia está conformada por personas con roles tradicionales, padres con funciones económicas y autoridad, y madres con funciones protectoras y reproductivas”* (Navarro, 2013, p. 6).

En este punto puede percibirse un direccionamiento similar con Tony Anatrella (2011), quien indica que los estudios realizados sobre los niños y niñas que han crecido en familias homoparentales, según los cuales no se ha detectado alteraciones psíquicas ni sociales en los menores como posible causa de vivir con padres de igual sexo, no evidencian la realidad, sino que intentan legitimar un cambio social a base de artificios.

Tony Anatrella (2011), en su estudio “la adopción de niños por personas homosexuales” analiza los pormenores de las familias con ‘dos padres’ o ‘dos madres’, y sin apartarse de los relevantes influjos psicológicos se centra en el atisbo antropológico examinado por pocos en este asunto.

Anatrella (2011) considera que aceptar que personas de igual sexo conformen una familia que incluya hijos, ya sea adoptados o concebidos a través de la utilización de medios de asistencia médica, es una amenaza al derecho que tienen los niños a nacer y vivir en una familia constituida por una mujer y un hombre (p. 81); pues a estas criaturas nadie les preguntará si desean o no pertenecer a una familia de situación particular (por ser contrario al concepto tradicional de familia), sobreponiendo entonces las aspiraciones afectivas de los adultos ante las necesidades y derechos de los niños a partir de los cuales debería definirse la filiación.

La aprobación de estas formas de familia, incluyendo la aceptación legal, social, educativa e histórica, no es más que una reivindicación política que elude las respuestas a serios interrogantes a partir de una respuesta única: *la igualdad de derechos*, designio universal que debe ser garantizado a todos los ciudadanos y que ha abierto la puerta de aprobación en varios países al matrimonio gay, a los métodos progresistas de procreación y a la adopción homoparental. Por consiguiente, Anatrella (2011), considera que los Estados se han reivindicado con sus ciudadanos bajo aprobaciones compasivas, más que racionales que reduce, lo que reduce a esta expresión:

“Por cuanto personas del mismo sexo se aman, casémoslas y facilitemosles el acceso a la filiación” (Anatrella, 2011, p. 81).

La igualdad de derechos, está intrínsecamente relacionada con las minorías lo cual hace necesario resaltar que las homosexuales tienen pleno derecho a ser respetadas y reconocidas por la sociedad y la ley. Sin embargo, ello no indica que todas las situaciones particulares deban ser institucionalizadas y menos aún cuando se trata de situaciones que alteran la naturaleza de la procreación que marca el porvenir de la humanidad, dada sólo mediante la unión de un hombre y una mujer, y que contradecirlo afectaría el interés del niño (Anatrella, 2011, p. 82). En suma el problema planteado por el autor en cuanto a la pertinencia del

matrimonio y de la adopción por parejas de igual sexo no está relacionado con la persona homosexual, que no debe ser puesta en tela de juicio, sino con *el hecho de querer redefinir la pareja, la relación conyugal y la familia a partir de la homosexualidad e imponer esto en la ley* (Anatrella, 2011, p. 84).

La diferencia sexual es el punto clave para establecer la problemática antropológica de este asunto, para lo que requiere resaltar que *una preferencia sexual no constituye una identidad* (Anatrella, 2011, p. 81), lo cual puede converger en profundas confusiones para el niño/niña quien en el hogar es donde inicia la búsqueda de identidad conociéndose físicamente y obteniendo conclusiones de sí es niño o niña mediante comparaciones con su padre y su madre, que deberán ser un hombre y una mujer. Tony expresa en términos muy sencillos el proceso de identificación que retrae un niño de su entorno familiar heterosexual, el que difícilmente puede darse en un ambiente monosexual:

"Soy una niña, soy un niño, y más tarde seré un hombre como mi papá y una mujer como mi mamá" (Anatrella, 2011, p. 90).

Así mismo, desde la psicología Navarro (2013) enuncia que al encontrarse un menor en un ambiente que tiene una diferente realidad social puede sufrir alteraciones en su personalidad pues al observar las costumbres o hábitos que sus padres o madres tenga puede influenciar en dicho desarrollo antropológico, es así como lo indica la psicóloga, psicoanalista y directora del Instituto de Infancia y Adolescencia en Barcelona, Verónica Bronstein, que los seres humanos aprenden de sus cuidadores desde muy temprana edad a través de la imitación, por ende el menor que crece en un hogar homoparental podría realizar las mismas conductas de sus padres o madres.

HazteOir.org (2005) también trae a colación el estudio realizado por Stacey y Biblarz (2001) en el que se reconoce que las madres lesbianas *"provocan "feminizante" en niños y "masculinizante" en las niñas"*, lo que puede explicar que los menores que crecen en hogares de lesbianas parecen no adaptarse a su propio rol sexual (HazteOir.org, 2005, p. 7). Esto fue

demostrado en el estudio planteado por Asch (1997) quien después de recopilar diversa vivencias de madres lesbianas describió los síntomas de trastorno de identidad sexual de los menores que convivían en estos hogares.

En “*La adopción de niños por personas homosexuales*” Tony Anatrella (2011) hace una abstracción importante respecto de la ley, arguyendo que este instrumento social al buscar constantemente equiparar los derechos de todos los ciudadanos persiguiendo como fin último la igualdad, termina haciendo trampas a las realidades humanas, pues a pesar de que el lenguaje jurídico se transforma al son de los comportamientos sociales incluso minoritarios, ello no modifica las condiciones humanas permanentes. Es decir, que a pesar de que parece ser que el principal objetivo que se trazan los legisladores al crear o reformar las leyes es positivo, estos cambios legislativos terminan contrariando el bienestar común porque debilitan el marco social, desestabilizan el matrimonio y también a la familia; al disponer de estas figuras sólo valiéndose de contar con el poder político, el legislador resulta desnaturalizando la esencia de estas importantes figuras sociales que en nombre de la paridad y la igualdad parecen ser susceptibles de todo tipo de transformaciones inusuales.

Para Anatrella (2011) el hecho de que el legislador legitime las familias homoparentales otorgándoles incluso el derecho de criar hijos en el seno familiar, acentúa la violencia en las relaciones humanas y suscita la inseguridad. Un ejemplo de ello son los países desarrollados, los cuales suelen encabezar listas de países liberales a causa del reconocimiento que hacen de derechos y libertades, pero a ello llegan mediante *políticas que pasan por alto la condición humana permanente* (p. 86) y terminan afectando la moral nacional.

En ningún caso, la no diferenciación sexual y la homosexualidad pueden inspirar leyes en materia conyugal y familiar sin que a largo plazo veamos desarrollarse confusiones de identidad y personalidades de carácter psicótico, es decir, que carecen de sentido de la realidad y se mantienen en posturas imaginarias. Una sociedad sin sentido de la diferencia sexual pierde el sentido de la alteridad, la verdad y la realidad de las cosas (Anatrella, 2011, p. 88 y 89).

De manera que aunque la homoparentalidad sea una noción con sentido, es una mentira social legitimada a partir de las leyes, que implica un desbarajuste psicológico en el niño, quien no se concibe ni se educa a partir de un solo sexo (Anatrella, 2011, p. 88). De manera que es el niño o niña, tal vez el sujeto que más atención merece en este discurso, en razón a que sus derechos son preocupantemente amenazados. Primero, se les cohibe del derecho a tener un padre hombre y una madre mujer; segundo, se les crean una filiación forzada para que pertenezca a una familia que él o ella no ha elegido; tercero, son usados como instrumentos de validación, útiles para el reconocimientos de la normalidad dentro de la anormalidad.

La primera amenaza a la que se refiere Anatrella (2011) tiene efectos inicuos en el menor, quien a falta de una figura materna y de una paterna termina por ser expulsado de la sucesión de generaciones y de la historia, además de que no logra captar los *materiales psíquicos y simbólicos que necesita para desarrollarse* y que sólo pueden ser proporcionados por la mujer y el hombre, concluyendo todo esto en una posible carencia de coherencia psicológica (p. 88). Los niños expuestos a un ambiente de filiación homoparental, según observa el autor, experimentan los efectos de inseguridad que proyecta una pareja sin armonía, a lo que se suman los efectos de una crisis que origina en conocer que la adopción fue el medio por el cual llegó a aquél hogar.

El parentesco autoproclamado es otra conminación en contra de los niños y niñas adoptados por parejas homosexuales, pues lo importante no es saber que tan leales o generosas pueden ser estas personas con el menor, sino saber cuál será la estructura familiar que le pueden brindar, interrogante que generalmente se oculta detrás de una visión sentimental que ofrece la idea de que el niño *será más “amado” por personas homosexuales que lo “desean” que con una pareja que se desgarran en su relación* (Anatrella, 2011, p. 89), pero en ese ideal se ignora que *dos hombre o dos mujeres junto a un niño lo privan de los datos estructurales de lo real*, es decir que lo llevan a vivir en un mundo imaginario, lo cual tendrá un costo psíquico y social (Anatrella, 2011, p. 88) que repercutirá en la personalidad del menor y se manifestará incluso muchos años después de la infancia, siendo esto determinante en la vida del niño/niña.

En tercera medida, sostiene Anatrella (2011) que el niño/niña es más bien el referente social que sirve para validar el reconocimiento de la homosexualidad (p. 90). Pues bien, ya se conocen los antecedentes de discriminación que a lo largo de la historia han tenido que afrontar y enfrentar las personas con orientaciones sexuales distintas a la heterosexual, se sabe además que ha sido ardúa la contienda que han tenido que liderar para ser objeto de inclusión social y del real reconocimiento de sus derechos. Pero todos esos logros han estado ligados a la persona como tal, nada deberían tener que ver con los derechos de otras personas, menos aún con los de los niños; pero una intromisión se está dando, los derechos y las necesidades de los niños se estarían viendo amenazados por el narcisismo invasor de los adultos (Anatrella, 2011, p. 83) que aspiran a darle el toque final de ‘legitimidad’ y ‘naturalidad’ a una situación que está bastante alejada de la realidad humana, o ¿acaso no es ya lo bastante complejo explicarle a un niño cómo lo concibieron papá y mamá, como para permitirle escuchar que habría diversas formas de concebirlo fuera de una relación constituida por un hombre y una mujer?.

Por las razones esgrimidas, HazteOir.org (2005) insiste en que no se puede olvidar que la adopción no es un derecho de las parejas homosexuales para adoptar si no más una medida de protección hacia el menor y al no tener una certeza sobre los efectos que se puede producir a un menor que crece en un hogar homoparental, es necesario no concederle en adopción a parejas del mismo sexo (pg.11).

2.3. Análisis de jurisprudencia internacional: Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile)¹⁹

Después de hacer un análisis geográfico teniendo en cuenta aquellos países en los que sus fallos han sido trascendentales para la aplicación de preceptos jurídicos que dan carta abierta a la adopción por parejas del mismo sexo, y de referenciar los estudios científico más sobresalientes sobre el tema de la adopción homoparental en el mundo; es necesario analizar

¹⁹ Fallo con fecha de 24 de febrero de 2012 (fondo, reparaciones y costas).

lo que sucede en los órganos internacionales y si han utilizado como guía dichos fallos para dirimir conflictos entre los Estados con casos particulares, evaluando la importancia han tenido estas instancias internacionales generadoras de precedentes y jurisprudencia. En razón a ello se realizará un análisis desde la perspectiva jurídica, a uno de los fallos más actuales que ha emitido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante CIDH, sobre la vulneración a los derechos a una familia homoparental por su condición sexual.

El 24 de noviembre de 2004 la señora Karen Atala Riffio mediante representante, radicó ante la Comisión Interamericana una demanda de conformidad al artículo 51 y 61 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos contra el Estado de Chile, en la que alega responsabilidad internacional del Estado chileno por el trato discriminatorio y la violación del derecho de la vida privada y familiar que sufrió ella por su orientación sexual, producto de lo cual perdió la custodia de sus tres hijas, producto del finiquitado matrimonio homosexual. El Estado chileno a través de sus representantes presentó la contestación de la demanda en la que además de rechazar la competencia internacional, manifiesta que la reparación de la solicitada debe ser desestimada (CIDH, 2012).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos no se enfoca en determinar si la madre o el padre de las tres niñas ofrecían un mejor hogar para las mismas (p. 13). La controversia a dirimir en este caso se centra en dos aspectos:

- a) El juicio de tuición iniciado por el padre de las niñas.
- b) Un proceso disciplinario llevado a cabo en contra de la señora Atala.

Asuntos sobre los cuales la CIDH evaluará la vulneración de derechos de acuerdo a lo establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La CIDH recibió los documentos y testimonios que las partes pretendían hacer valer dentro del proceso como pruebas, estos fueron documentos presentados por personas u organizaciones competentes sobre el tema y testimonios de personas, en estos testimonios se

tuvieron en cuenta las declaraciones realizadas por las hijas de la señora Atala. Después de valorado todo los elementos probatorios tanto por la parte demandante como la parte demandada, la Corte examinó y valoró estos elementos admitiendo todos aquellos que fueron presentados dentro del término y que no fueron objetados ni controvertidos, y que además de tuvieran un peso para determinar los hechos expuestos en el caso (CIDH, 2012).

2.3.1 La obligación de respetar y garantizar los derechos respecto al proceso de tuición.

En lo concerniente al juicio de tuición (a), la Corte examina cómo se respetaron y garantizaron los derechos a la igualdad y la prohibición de discriminación, el derecho a la vida privada, el derecho a la vida familiar, los derechos del niño, los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial.

2.3.1.1 Hechos probados en relación con el procedimiento de tuición.

La CIDH (2012) deja claro que dentro del proceso de tuición en primera instancia la juez titular consideró que las pruebas que se suministraron dejaron al descubierto que la orientación sexual de la demandada no generó ningún impedimento para el “*desarrollo de una maternidad responsable, que no presentaba ninguna patología psiquiátrica que le impidiera ejercer su rol de madre*” (p. 18). Tampoco se puede acreditar que se vieran perjudicados el bienestar de las menores por estar con la compañera sentimental de la señora Atala. Este fallo fue apelado y conocido por la Corte de Apelación de Temuco la cual concedió la orden de no innovar y mantenerle al padre la custodia de las menores mientras que realizaban la evaluación del caso y decidían de fondo sobre la sentencia de primera instancia, sentencia que fue confirmada por la Corte de Apelación ratificando las consideración que realizó la jueza de primera instancia y dejando “*sin efecto la orden de no innovación*” (CIDH, 2012, p. 21).

El padre de las menores interpuso recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia y después de una votación, la Corte Suprema concedió la tuición definitiva al padre, en sus consideraciones concluyó que: “*Se había prescindido de las pruebas testimonial, producida tanto en el*

expediente de tuición definitiva [...] respecto al deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenvuelven las menores de edad desde que la madre empezó a convivir en el hogar con su pareja homosexual y que las niñas podrían ser objeto de discriminación social derivada de este hecho, pues las visitas de sus amigas al hogar han disminuido y casi han cesado, que el testimonio de las personas cercanas a las menores se refieren a los juegos y actitudes de las niñas demostrativas de confusión ante la sexualidad materna(...)”(p. 22). La CIDH (2012) también concluyó que las menores se encontraban en situación de riesgo en su medio social ya que su familia era diferente, lo que significaba que las niñas podrían ser objeto de aislamiento y discriminación que afectaría su desarrollo personal.

En palabras de la Comisión Interamericana el presente caso *“se relaciona con la discriminación e injerencia arbitraria en la vida privada de [la señora] Atala, ocurridas en el contexto de un proceso judicial sobre la custodia y cuidado de sus tres hijas”*. Lo anterior, debido a que presuntamente la *“orientación sexual [de la señora] Atala y, principalmente la expresión de dicha orientación en su proyecto de vida, fueron la base principal de las decisiones mediante las cuales se resolvió retirarle la custodia de las niñas”* (CIDH, 2012, p. 23).

Previo abordaje del caso concreto, la CIDH (2012) aclara que las hijas de la señora Atala iban a ser consideradas presuntas víctimas en el proceso, en concordancia con las expectativas e intereses en la resolución del caso. Y reitera además, que la jurisdicción internacional, tal como lo contempla el Preámbulo de la Convención Americana, es de carácter coadyuvante, subsidiario y complementario, por lo cual no debe entenderse que sus funciones correspondan a la de tribunal de “cuarta instancia” (p. 24); sólo a los tribunales de cada Estado parte corresponde realizar juiciosamente el análisis de los hechos y las pruebas que se aporten en cada caso particular. Por consiguiente la CIDH (2012) se reitera no competente para resolver el proceso de custodia de las tres niñas, pero si para definir si las autoridades judiciales chilenas afectaron o no obligaciones contenidas en la Convención, lo que enmarca uno de los objetos del fallo en estudio.

2.3.1.2. El derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación.

El artículo 24 de la Convención (Igualdad ante la Ley) estipula que:

“Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.”

El artículo 1.1 de la Convención Americana (Obligación de Respetar los Derechos) dispone que:

“Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

Por su parte el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o “Comité de Derechos Humanos” ha concebido una amplia definición de la discriminación, como:

“Toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.” (CIDH, 2012, p. 29).

En concordancia la CIDH (2012) resaltó que con la evolución del derecho internacional, el principio de igualdad y no discriminación ahora hace parte del *jus cogens*, de tal manera que permea todo el ordenamiento jurídico del orden público nacional e internacional. Así mismo, señaló que la igualdad *“desprende de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona”*, razón por la cual ninguna persona debe ser tratada con privilegio por considerarle superior a un determinado grupo social, o con hostilidad por considerarle inferior, por lo que los Estados están en el deber de abstenerse de realizar o permitir acciones que inequívocamente creen situaciones de discriminación *de jure*.

2.3.1.3. La orientación sexual como categoría protegida por el artículo 1.1 de la Convención Americana.

El Tribunal Interamericano esclarece que la orientación sexual es una categoría plenamente protegida por el citado artículo 1.1. de la Convención, pues a pesar de no estar literalmente incluida en la norma, la redacción de esta deja abierta la posibilidad de incorporar otras categorías que no hayan sido indicadas de manera explícita con la inclusión del término “otra condición social”, que de acuerdo con la CIDH (2012) debe ser interpretado siguiendo los lineamientos del principio de favorabilidad. Consecuentemente la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos “OEA”, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales han aprobado la inclusión de normas en sus resoluciones²⁰, convenio²¹ y pactos²², que protegen a las personas contra el trato discriminatorio en razón a su orientación sexual e identidad de género. En consecuencia, la CIDH (2012) advierte que *“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.”* (p. 34)

²⁰ El 22 de diciembre de 2008 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la “Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”, reafirmando el “principio de no discriminación, que exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género”. El 22 de marzo de 2011 fue presentada, ante el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, 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”. El 15 de junio de 2011 este mismo Consejo aprobó una resolución sobre “derechos humanos, orientación sexual e identidad de género” en la que se expresó 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” (CIDH, 2012, p. 33).

²¹ El Convenio Europeo de Derechos Humanos en su artículo 14 reza: “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación” (CIDH, 2012, p. 31).

²² El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos contempla en su artículo 2.1: Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos estipula en su artículo 2.2: Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (CIDH, 2012, p. 31).

La CIDH (2012) también señala que el argumento del Estado chileno, en cuanto a que en el momento en que la Corte Suprema emitió sentencia no existía “*un consenso respecto a la orientación sexual como categoría prohibida de discriminación*” (p. 34), no puede ser considerado como un argumento legítimo para restringir de sus derechos humanos a estas minorías, y menos aún para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que han tenido que afrontar. Por consiguiente, la presunta falta de un consenso al interior del país debió conducir a la Corte Suprema a remitirse exclusivamente a los contenidos normativos del Sistema Interamericano y fallar en derecho ciñéndose a las obligaciones contraídas a través de la Convención Americana.

2.3.1.4. Diferencia de trato basada en la orientación sexual.

En el contexto del proceso de tuición, tanto la Corte Suprema de Justicia de Chile²³ como el Juzgado de Menores de Villarrica²⁴ invocaron en sus decisiones argumentos fundados en la orientación sexual de la señora Atala, lo cual es evidente para la CIDH (2012) al percatarse del vínculo entre la sentencia y el hecho que la señora Atala vivía con una pareja del mismo sexo, lo cual indica que la Corte Suprema otorgó marcada relevancia a su orientación sexual habiendo incurrido en una diferencia de trato (p. 36), respecto de lo cual la Corte (2012) resalta:

²³ Usó las siguientes razones para fundamentar su sentencia: **i)** el presunto “deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenv[olvía] la existencia de las menores [de edad], desde que la madre empezó a convivir en el hogar con su pareja homosexual” y los “efectos que esa convivencia p[odía] causar en el bienestar y desarrollo psíquico y emocional de las hijas”; **ii)** la alegada existencia de una “situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores [de edad] respecto de la cual deb[ían] ser protegidas” por “la eventual confusión de roles sexuales que p[odía] producirseles por la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género femenino”; **iii)** la supuesta existencia de “un estado de vulnerabilidad en su medio social” por el presunto riesgo de una estigmatización social, y **iv)** la priorización de los intereses de la señora Atala a los de las menores de edad “al tomar la decisión de explicitar su condición homosexual”. (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 31 de mayo de 2004 [expediente de anexos a la demanda, tomo V, folios 2669 a 2677] CIDH, 2012, p. 36)

²⁴ Utilizó como fundamentos para su fallo de tuición provisoria: **i)** que supuestamente la señora Atala había privilegiado sus intereses sobre el bienestar de sus hijas (supra párr. 41), y **ii)** que en “el contexto de una sociedad heterosexuada y tradicional” el padre ofrecía una mejor garantía del interés superior de las niñas (supra párr. 41). (CIDH, 2012, p. 36)

“que para comprobar que una diferenciación de trato ha sido utilizada en una decisión particular, no es necesario que la totalidad de dicha decisión esté basada “fundamental y únicamente” en la orientación sexual de la persona, pues basta con constatar que de manera explícita o implícita se tuvo en cuenta hasta cierto grado la orientación sexual de la persona para adoptar una determinada decisión.” (CIDH, 2012, p. 35).

Para determinar si dicha diferenciación de trato constituyó discriminación contra la señora Atala, la CIDH (2012) encuentra imprescindible hacer un análisis de la justificación presentada por el Estado de Chile en alegada protección del interés superior del niño y de los presuntos daños ocasionados a las niñas como consecuencia de la orientación sexual de la madre.

Al respecto, los representantes de la señora Atala afirmaron que la decisión de la Corte Suprema tuvo sustento en concepciones estereotipadas y prejuiciosas sobre la naturaleza y los efectos de las relaciones entre personas de igual sexo, y que además asumió que por el solo hecho de que la señora Atala tuviera una relación lésbica le hacía egoísta y descuidada en el cumplimiento en su deber de madre²⁵. Por su parte el Estado chileno alegó la existencia de abundante prueba que acredita los efectos adversos que la orientación sexual de la madre provocó en las niñas y las mejores condiciones que el padre ofrecía para su bienestar, cuestión que dice el Estado nada tiene que ver con la orientación sexual de la demandada.

En ulteriores, las instancias judiciales chilenas que conocieron del proceso de tuición de las niñas Atala López resaltaron en sus fallos la supuesta predilección de asegurar el interés

²⁵ La CIDH constata que la Corte Suprema de Justicia mencionó cuatro fundamentos directamente relacionados con la orientación sexual de la señora Atala: **i)** la presunta discriminación social que habrían sufrido las tres niñas por el ejercicio de la orientación sexual de la señora Atala¹²⁸; **ii)** la alegada confusión de roles que habrían presentando las tres niñas como consecuencia de la convivencia de su madre con una pareja del mismo sexo¹²⁹; **iii)** la supuesta prevalencia que la señora Atala le habría dado a su vida personal sobre los intereses de sus tres hijas¹³⁰, y **iv)** el derecho de las niñas a vivir en el seno de una familia con un padre y una madre. (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 31 de mayo de 2004 [expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2672] CIDH, 2012, p. 40).

superior del niño, categoría respaldada por el artículo 19²⁶ de la Convención que finalmente marca la estructura vertebral del fallo internacional en el que la CIDH señala:

“El objetivo general de proteger el principio del interés superior del niño es, en sí mismo, un fin legítimo y es, además, imperioso. Este principio regulador de la normativa de los derechos de las niñas y los niños se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades.” (CIDH, 2012, p. 38)

En concordancia, el Organismo Interamericano de Justicia destaca que las autoridades judiciales al dirimir los casos de cuidado y custodia de menores de edad no pueden justificarse en el principio del interés superior del niño para ejercer discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos, sino que deben evaluar específicamente los comportamientos parentales y el impacto negativo que estos puedan provocar en el desarrollo y bienestar del menor, siempre con fundamento en los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. El juzgador debe cohibirse de tener en cuenta especulaciones, estereotipos o de valorar las preferencias culturales de padre o madre respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia para decidir sobre la custodia.

La CIDH (2012) aborda tres puntos álgidos y relevantes en lo que respecta al interés superior del niño con relación a los demás derechos humanos citados, afirma:

- i) A pesar de que aún existen sociedades intolerantes a diferentes condiciones del ser humano, los Estados no pueden utilizar esta caracterización social como justificación para perpetuar tratos discriminatorios.

²⁶ Artículo 19. *Derechos del Niño*. Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

- ii) Los Estados y el Derecho deben aportar al avance social para moldear sociedades cada vez más incluyentes y evitar la legitimación y consolidación de las diversas maneras de discriminación que vulneran los derechos humanos.
- iii) En cuanto al argumento de que el principio del interés superior del niño puede resultar afectado en razón al riesgo de ser rechazado por la sociedad, la CIDH (2012) considera que un estigma social por estos motivos no puede valorarse como un ‘daño’ admisible a los efectos del principio, pues no son más que especulaciones que pueden ayudar a legitimar la discriminación, incumpliendo con el objetivo de romper con estos actos vulnerarios de derechos.

En concreto, la CIDH (2012) advierte que si bien en el expediente se encontraron testimonios de personas que manifestaban que las niñas podrían estar siendo objeto de discriminación por la convivencia de su madre con una pareja del mismo sexo, también se hallaron pruebas que evidenciaban lo contrario. No obstante, la CIDH (2012) encuentra que la manera en que la Corte Suprema planteó una posible discriminación hacía las niñas fue de tipo *abstracto y condicional*; además de ello la CIDH (2012) constata que la decisión de los juzgadores da muestra de que se incurrió en un error al legitimar la discriminación social por la orientación sexual de la señora Atala con el argumento de hacer valer el interés superior del niño. Así, la CIDH (2012) hace una especie de llamado a los jueces y magistrados para que no legitimen la discriminación y en cambio enfrenten las manifestaciones intolerantes, pues aunque en un pueblo o una sociedad se den rechazos y discriminaciones, las decisiones de los jueces no pueden ‘comulgar’ con ello y usar esta realidad como razonamiento para argumentar sus fallos, por lo contrario los juzgadores deben plasmar en sus decisiones el objetivo de perseguir como fin último el interés superior del niño. Como afirma el perito Wintemute:

“la discriminación basada en [...] la orientación sexual de los padres del niño nunca protege el interés superior del niño” (Declaración escrita rendida por el perito Robert Wintemute el 16 de septiembre de 2011 (expediente de fondo, tomo XI, folio 5355) Citado por CIDH, 2012, p. 51).

La CIDH (2012) advierte que en el caso *Atala vs. Chile* la carga de la prueba se invierte, correspondiéndole al Estado demostrar que la Corte Suprema no tuvo un propósito ni un efecto discriminatorio en su decisión, lo cual no fue posible comprobar por el Estado chileno ya que la Corte Suprema incumplió en su obligación de fallar con fundamento en la prueba de daños concretos, específicos y reales en el desarrollo de las niñas. Según el diagnóstico de la CIDH (2012), el Organismo judicial chileno afirmó la existencia de un deterioro experimentado por las niñas en su entorno social, educacional y familiar, pero no especificó en qué consistía la relación de causalidad entre la convivencia y el supuesto deterioro; tampoco expuso argumentos que desvirtuaran la posibilidad de que el supuesto deterioro no se hubiera producido con ocasión de la nueva convivencia, sino como consecuencia de la separación anterior de la madre y el padre. La Corte Suprema de Justicia tampoco se ocupó de demostrar juicios específicos para sustentar la situación familiar del padre como más favorable (p. 46).

En consecuencia, asegura la CIDH (2012) que en estos casos es necesario que las autoridades judiciales hagan uso de evidencia técnica y de dictámenes de expertos e investigadores “en aras de establecer conclusiones que no resulten en decisiones discriminatorias.” Y que es sumamente importante que en *“las decisiones judiciales sobre casos como este se definan de manera específica y concreta los elementos de conexidad y causalidad entre la conducta de la madre o el padre y el supuesto impacto en el desarrollo del niño. De lo contrario, se corre el riesgo de fundamentar la decisión en un estereotipo vinculado exclusivamente a la pre-concepción, no sustentada, de que los niños criados por parejas homosexuales necesariamente tendrían dificultades para definir roles de género o sexuales.”* (p. 43).

En el caso de análisis la CIDH (2012) halló que tanto la Corte Suprema como el Juzgado de Menores de Villarrica indicaron en sus fallos que la señora Atala privilegió sus intereses sobre los de sus hijas desde el momento en que decidió ejercer su homosexualidad y convivir con una pareja del mismo sexo. Sobre esta premisa la CIDH (2012) resaltó que el hecho de que la señora Atala tomase la decisión de rehacer su vida no podía ser calificado como “reprochable o reprobable jurídicamente”, más aún cuando los juzgadores no encontraron probado daño

alguno que hubiese perjudicado a las niñas. Por lo tanto los jueces reiteraron un trato discriminatorio que terminó afectado el derecho de las niñas a ser cuidadas por su madre. A ello se refirió el perito Cillero Bruñol:

“una decisión justificada en el interés superior del niño, entendido como la protección de sus derechos, no puede al mismo tiempo pretender legitimar una decisión prima facie, o en abstracto, discriminatoria, que afecta el derecho del niño a ser cuidado por su madre” (Declaración escrita rendida por el perito Miguel Cillero Bruñol el 4 de agosto de 2011 (expediente de fondo, tomo II, folio 929) Citado por CIDH, 2012, p. 51).

2.3.1.5. El criterio amplio de familia.

En lo que concierne al derecho preferente de las menores de edad a vivir y desarrollarse en el seno de una familia normalmente estructurada y apreciada como ‘tradicional’ por el medio social, según señalaron la Corte Suprema y el Juzgado de Villarrica en sus decisiones. La CIDH (2012) advierte que esta apreciación refleja una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia, el cual la Corte y el Juzgado conciben como un modelo tradicional conformado por padre y madre, a la luz del matrimonio. Pero lo cierto, indica CIDH (2012), es que el concepto de familia no debe reducirse únicamente al matrimonio entre un hombre y una mujer, sino que “debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio” y que “además en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo ‘tradicional’ de la misma” (p. 50).

En un caso similar que dirimió el Tribunal Europeo, se hizo referencia al criterio amplio de familia:

Al aplicar un criterio amplio de familia, el Tribunal Europeo estableció que “la noción de ‘vida familiar’ abarca a una pareja del mismo sexo que convive en una relación estable de facto, tal como abarcaría a una pareja de diferente sexo en la misma situación”, pues consideró “artificial mantener una posición que sostenga que, a diferencia de una pareja heterosexual, una pareja del mismo sexo no puede disfrutar de la ‘vida familiar’ en los términos del artículo 8” del Convenio Europeo.

(T.E.D.H., Caso Schalk y Kopf, supra nota 158, párr. 94 y Caso P.B. y J.S., supra nota 196, párr. 30. Citado por CIDH, 2012, p. 57)

En concordancia con todo lo anterior, la CIDH (2012) concluye que si bien la sentencia de la Corte Suprema y la decisión de tuición provisoria pretendían la protección del interés superior de las tres niñas Atala López, no se probó que la motivación esgrimida en las decisiones fuera adecuada para alcanzar dicho fin, pues se valieron de argumentos abstractos e imprecisos. Así mismo, el argumento de la Corte de separar a las niñas de su madre asumiendo que esta privilegió sus intereses personales sin haberlo probado tampoco estuvo en directa concordancia con el propósito de proteger el interés superior de las niñas. Adicionalmente, la CIDH (2012) estimó que la Corte Suprema de Justicia no consumó un análisis estricto que le permitiera sustentar la existencia de un daño concreto y específico sufrido por las niñas a causa de su convivencia con su madre y de aquella con una pareja del mismo sexo, coexistencia que en lo absoluto privaba a las niñas del rol paterno pues el objeto del proceso de custodia no implicaba que el padre perdiera el contacto ellas.

En cuanto a la vulneración de los derechos de la señora Karen Atala Riffo, la CIDH (2012) concluye que los razonamientos estereotipados con base en los cuales la Corte Suprema motivó su fallo constituyeron un trato discriminatorio en contra de la demandante, trato que finalmente repercutió en las niñas al decidir que no seguirían viviendo con su madre. Por consiguiente, la CIDH (2012) declaró que “el Estado vulneró el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 24 en relación con el artículo 1.1. de la Convención Americana, en perjuicio de la señora Atala”, y que igualmente fueron vulnerados los derechos contenidos en “el artículo 24, en relación con los artículos 19 y 1.1. de la Convención, en perjuicio de las niñas” (p. 54 y 57).

El *derecho a la vida privada y derecho a la vida familiar*, también fueron abordados por la CIDH (2012) en la sentencia de análisis, al respecto el Organismo Judicial de Derecho Internacional señaló que “los tribunales chilenos tendrían que haberse limitado a estudiar conductas parentales -que podían ser parte de la vida privada- pero sin efectuar una

exposición y escrutinio de la orientación sexual de la señora Atala”, y que además la orientación es un aspecto perteneciente a la intimidad de una persona que “no tiene relevancia para analizar aspectos relacionados con la buena o mala paternidad o maternidad” (p.54). Así mismo la separación legal de las niñas que la CIDH (2012) encuentra injustificada transgredió el derecho a la vida familiar constituyéndose en una medida inidónea para proteger el interés superior de las menores de edad. Por ende, la CIDH (2012) concluyó que el Estado vulneró el artículo 11.2²⁷, en relación con el artículo 1.1. de la Convención Americana, en perjuicio de la señora Atala Riffo; y que las violaciones a la vida familiar se dieron ante el quebranto de los artículos 11.2 y 17.1, en relación con el ya mencionado artículo 1.1 de la Convención en perjuicio de Karen Atala Riffo y de sus hijas, menores a las cuales también se les vulneró el artículo 19 de la Convención, “dado que fueron separadas de manera no justificada de uno de sus entornos familiares”.

2.3.1.6. Garantías judiciales y protección judicial en el proceso de tuición.

El último tópico jurídico abordado por la CIDH (2012) en lo que concierne al juicio de tuición se refiere a las garantías judiciales y protección judicial, en relación al discurso de “una presunta violación de la garantía judicial de imparcialidad por la aproximación estereotipada de los jueces al caso y de la falta de consideración de las preferencias y las necesidades de las niñas por parte de la Corte Suprema de Justicia en el proceso de custodia”, presentado por la Comisión y los representantes alegando la violación de los artículos 8.1²⁸ y 25²⁹ de la Convención Americana. Sobre lo cual la CIDH (2012) concluyó que “la presunta

²⁷ El artículo 11 de la Convención Americana establece que:

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. (Subrayado fuera de texto)

²⁸ El artículo 8.1 de la Convención Americana (Garantías Judiciales) establece que:

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

²⁹ El artículo 25.1 de la Convención Americana (Protección Judicial) establece que:

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la

falta de imparcialidad judicial de los jueces debe establecerse a partir de elementos probatorios específicos y concretos” que ni la Comisión ni los representantes lograron aportar. En consecuencia, “el Estado no violó las garantías judiciales reconocidas en el artículo 8.1 de la Convención en relación con la decisión de la Corte Suprema de Justicia en el presente caso” (p.62).

Pero en relación con el derecho de las niñas a ser oídas y ser tomadas en cuenta, la CIDH (2012) encontró que el Estado si vulneró el artículo 8.1, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la Convención, bajo el argumento de que si bien en instancias inferiores las niñas ya habían ofrecido su testimonio, es decir, que ya se contaba con la opinión de cada una de ellas sobre el proceso en litigio, lo cual liberaba a la autoridad judicial de tener que recabar nuevamente el testimonio, esto no le eximia de la obligación de tener presente y valorar, en un sentido u otro, las opiniones expresadas por las niñas en las instancias inferiores, en función de su edad y capacidad³⁰.

En relación el perito Cillero Bruñol manifestó que:

“si las opiniones de los niños aparecen fundadas, precisas, con suficiente conocimiento de los hechos y consecuencias que implican, deben prima facie prevalecer sobre otras argumentaciones para determinar la decisión que afectará al niño en cuanto a los hechos y estados que se refieran a él mismo” (Declaración escrita rendida por el perito Cillero Bruñol el 4 de agosto de 2011 (expediente de fondo, tomo II, folios 935, 939, 940) citado por CIDH, 2012, p. 66).

Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

³⁰ El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño señala:

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional. (Subrayado fuera del texto)

2.3.2. Hechos probados respecto a la investigación disciplinaria contra la señora Atala Riffo.

Durante todo el análisis realizado a los hechos que rodeaban el caso de la señora Atala, la CIDH (2012) vio necesario analizar con mayor detenimiento el proceso en el que el Estado chileno instauró el proceso disciplinario contra la señora Atala. La Corte consideró necesario establecer los hechos que se tuvieron en cuenta dentro de este proceso para luego establecer si hubo vulneración de los derechos a la igualdad, derecho a la vida privada y si la señora Atala contó con las garantías judiciales necesarias para su defensa.

La CIDH (2012) contó con las entrevistas realizadas a los subalternos que tenía a su cargo la señora Atala como jueza, se hizo una visita al juzgado del que ella era responsable, que esta detallado en el informe del ministro Lillo, el objetivo de aquella visita era establecer si hubo algunos hechos irregulares dentro de la administración que la señora Atala ejercía en aquel despacho queriendo descubrir como por ejemplo, el uso indebido del sello del tribunal y el mal uso tanto de elementos como del servicio prestado por el personal para realizar diligencias con el fin de favorecer a personas que pertenecían a su círculo de amistades, en el informe del ministro Lillo se hace referencia a las publicaciones que se hicieron en los Diarios Nacionales sobre la demanda de tuición que la señora Atala afrontaba en ese momento y su relación lésbica.

Es necesario indicar que el representante de la señora Atala dejó claro que la investigación que realizó el ministro Lillo solo tenía como fin determinar la orientación sexual de ella, esto también lo observó la Corte en el informe dado por el Ministro ya que aunque se expresan otras ideas para la visita al sitio del trabajo de la señora Riffo, su real motivo para la visita era constatar lo manifestado en los diarios sobre la orientación sexual de la señora Atala. Hecho por el cual la Corte considera que hubo un trato diferenciado con el fin de perjudicar a la señora Atala Riffo, poner en tela de juicio su dignidad y direccionar el proceso de tuición a un rumbo diferente, ya que aunque el motivo de la visita era constatar la supuesta mala administración que la señora Atala realizaba en su lugar de trabajo, nunca se expresó en el reporte sobre este hecho y solo se resaltó la inclinación sexual de la jueza y su actual(para el

momento) relación lésbica. Es por este hecho que la Corte considera que si hubo vulneración de derechos hacia la señora Atala por parte del Estado Chileno, ya que la orientación sexual de la señora Riffo no se puede considerar como fundamento para llevar un proceso disciplinario (CIDH, 2012).

Es importante indicar que la investigación disciplinaria que se llevó a cabo vulneró el derecho a la vida privada de la señora Atala Riffo, por cuanto no solo se entrevistó al personal que estaba a su cargo y se le preguntó sobre la orientación sexual de ella sino que también se revisó el computador privado con el fin de saber sobre su vida íntima y la relación que sostenía con su pareja, lo que generó en la señora Atala una situación de vulnerabilidad. Sobre ello, la Corte consideró que la visita realizada no tenía la imparcialidad necesaria para procesos de este alcance y que durante todo el proceso disciplinario la señora Atala no contaba con las suficientes garantías judiciales, y que además esto tuvo un impacto en el juicio de tuición (CIDH, 2012).

La Corte determinó que este procedimiento afectó no solo el derecho de igualdad si no también el derecho a la vida privada por cuanto el desempeño profesional de la señora Atala no estaba sujeto a su orientación sexual y que el mal procedimiento que realizó por el ministro Lillo en su informe dio como resultado que a la señora Atala se le imputara cargos disciplinarios por solo su orientación sexual, lo que considera la Corte que fue un desbarajuste del procedimiento por fundamentarlo en prejuicios y estereotipos (CIDH, 2012).

2.3.3. Reparaciones

Por los argumentos descritos la CIDH (2012) consideró que el Estado de Chile si tuvo responsabilidad en la violación de los derechos a la igualdad, a la vida privada y de la garantía de imparcialidad de la señora Atala y por lo tanto que se debía reparar de manera integral el daño tanto material como inmaterial causado e imponer consecuencias legales para los funcionarios que de manera arbitraria y discriminatoria interfirieron sobre la vida privada y familiar de la señora Atala.

Respecto a la reparación del daño inmaterial padecido por la afectada el Estado chileno debió acatar la orden de publicar tanto en medios oficiales como en el Diario Oficial de esta nación, lo referente a la sentencia emitida por la CIDH, además de brindar a sus funcionarios capacitaciones de derechos humanos con énfasis en el tema de la orientación sexual esto con el fin de general tolerancia y evitar nuevos eventos basados en los prejuicios y estereotipos que den como resultado la discriminación.

Respecto a los daños materiales causados por el Estado chileno , este debió pagar a la señora Atala Riffo y a sus hijas la suma de US \$ 10.000 para pagar la atención médica y psicológica a la que tanto la señora Atala como su hijas han tenido que acudir. De igual manera la CIDH (2012) consideró que para resarcir de manera íntegra el daños in materiales ocasionados a la afectada y las víctimas, el Estado chileno tenía que pagar a la señora Atala la suma de US \$20.000 y la suma de US \$10.000 a cada una de sus tres hijas. Y finalmente, el Organismo Judicial Internacional exhortó al Estado chileno a pagar la suma de US \$12.000 por concepto de costas y gastos procesales.

Es necesario indicar que durante la votación en el caso de la señora Riffo, el juez Alberto Pérez Pérez manifestó su voto disidente de manera parcial no sobre la responsabilidad del Estado chileno por la vulneración de derechos, sino por no concordar con los fundamentos jurídicos que los demás miembros de la Corte tuvieron en cuenta para dictar el fallo. Entre tanto, el juez Pérez indicó:

“ estoy de acuerdo con el criterio de interpretación evolutiva que considera a la Convención Americana como un instrumento viviente que ha de entenderse de acuerdo con las circunstancias actuales, pero en el entendido de que para avanzar en ese terreno es necesario que exista un consenso, un espacio de coincidencia o una convergencia de estándares entre los Estados partes (ver supra, párr. 9). Tal es lo que ocurre en el caso del reconocimiento de que la discriminación fundada en la orientación sexual debe entenderse prohibida (párrs. 83 a 93 de la Sentencia), pues existe no sólo entre los Estados partes de la Convención Americana, sino entre todos los Estados miembros de la OEA” (CIDH, 2012, p. 102)

Y destacó además que:

“cuando la legislación y la práctica de un Estado consideren a un grupo de personas como una familia, éste debe ser objeto de la protección prevista en el artículo 23. Por consiguiente, en sus informes, los Estados Partes deberían exponer la interpretación o la definición que se da del concepto de familia y de su alcance en sus sociedades y en sus ordenamientos jurídicos. Cuando existieran diversos conceptos de familia dentro de un Estado, "nuclear" y "extendida", debería precisarse la existencia de esos diversos conceptos de familia, con indicación del grado de protección de una y otra. En vista de la existencia de diversos tipos de familia, como las de parejas que no han contraído matrimonio y sus hijos y las familias monoparentales, los Estados Partes deberían también indicar en qué medida la legislación y las prácticas nacionales reconocen y protegen a esos tipos de familia y a sus miembros” (CIDH, 2012, p. 103).

Conclusión

Con el desarrollado de este capítulo se termina de hacer un análisis del panorama internacional respecto a la adopción homoparental y se determina que si bien es cierto que la dinamización del derecho parte de los países internamente, se puede observar que en gran parte del mundo existe ya un consenso sobre la otorgación de menores de edad a familias homosexuales, colofón al que los diferentes Estados del mundo han llegado mediante la modificación de sus antiguos conceptos de la familia y la reforma del sistema legal o la evolución jurisprudencial, adecuándose a los nuevos acontecimientos sociales que con el paso del tiempo se han convertido en una realidad.

Capítulo III.

REVISIÓN DE LOS ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DE LA ADOPCIÓN HOMOPARENTAL EN EL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO

Introducción

En este capítulo se examinará el tratamiento dado a la adopción por parte de parejas homosexuales en el ámbito colombiano. Se desplegarán las posturas a favor y en contra expuestas por reconocidas personalidades de la política y la academia colombiana. Se hará un análisis exhaustivo de las decisiones judiciales emanadas por las Altas Cortes mediante las cuales se han reconocido derechos y libertades a la comunidad LGBTI en relación con la familia y la adopción. Finalmente, en este capítulo se propende aportar apreciaciones ligadas a concepciones abstraídas durante la investigación exteriorizando el criterio de las autoras con relación al tópico desarrollado.

3.1. Posturas a favor y en contra de la adopción homoparental expuestas por reconocidas personalidades de la política y la academia colombiana.

La adopción de niños y niñas por parte de parejas del mismo sexo ha originado una serie de discusiones en las que personalidades importantes de la vida jurídica colombiana han esbozado sus argumentos de los cuales se han percibido posturas tanto a favor como en contra.

3.1.1. Posturas a favor de la adopción homoparental expuestas por reconocidas personalidades de la política y la academia colombiana.

Al respecto, el reconocido jurista colombiano Jaime Arrubla Paucar ha sido enfático en resaltar que “la adopción no es un derecho, es un privilegio, así se concibe hoy en la teoría jurídica contemporánea”, privilegio al cual sólo acceden aquellas personas o parejas que en estricto cumplimiento de los requisitos exigidos son consideradas como idóneas por el ICBF,

de tal manera que independientemente de si se trata de parejas homosexuales o heterosexuales estarán obligadas a cumplir con los requisitos instados para adoptar a un menor; argumentos con los que también coincide el rector de la Universidad Externado de Colombia, Juan Carlos Henao (NoticiasRCN.com, 2015). Adicionalmente, expone el jurista que “la Corte ha venido construyendo toda una teoría para darle garantía a las parejas homosexuales para que tengan seguridad social, para que se puedan heredar, para que tengan porción conyugal, para que se deban alimentos, el hecho de negarles la adopción es discriminarlas”.

Adicionalmente, el jurista sostiene que los miedos en los que se fundamenta parte de la sociedad para rechazar la adopción por parejas homosexuales no tienen soporte, pues bien está visto que muchas de las personas que hoy se autodefinen como homosexuales han nacido y crecido en el seno de familias heterosexuales, entre tanto el niño o la niña “será lo que le corresponda ser”; y que además aquella afirmación de que los menores requieren del referente paterno o del referente materno “tampoco es cierto”. Arrubla lo justifica en el caso personal, manifestando que sus hijos, quienes no crecieron con su madre, obtuvieron el referente materno de las mujeres que conforman la familia extendida, es decir con primas, tías y abuelas. Por consiguiente, los argumentos que esgrimen quienes en últimas buscan “restarle el derecho a los niños”³¹ más que afirmaciones razonables justificadas, son prejuicios o convencionalismos.

El ex magistrado Arrubla Paucar, quien fuere presidente de la Corte Suprema de Justicia también ha resaltado en entrevista (La Noche, 2015) que en la práctica la adopción por parte de parejas de igual sexo era una realidad. En contexto indica que “un ejemplo claro, es Francia aplicado también a Colombia, en donde los solteros o solteras pueden adoptar, y como soltero nadie puede indagar sobre su orientación sexual para suspender o impedir el trámite de adopción”, con ello muchas personas solteras homosexuales habrían adoptado ya

³¹ En esta intervención el abogado Arrubla enfatiza que permitir la adopción por parte de parejas del mismo sexo es una decisión que expande las posibilidades de los niños a acceder a su derecho de tener una familia “porque no es un derecho de la pareja ni heterosexual, ni homosexual, es un privilegio”.

a menores de edad que incluso conviven hoy en día con su padre o madre adoptante y a su vez con la pareja de él o ella. En posteriores, en palabras de abogado Arrubla: “eso ya estaba no faltaba sino el empuje final”.

Para el jurista Jaime Arrubla “el tema de adopción es un derecho legal, de derecho privado, no es un tema constitucional, lo que si es un tema constitucional es la no discriminación contenida en nuestra Constitución -artículo 13-, a nadie se le puede discriminar en un proceso por adopción. Lo que ha hecho la Corte Constitucional es poner a tono la legislación sobre adopción con los principios constitucionales de no discriminación y de interés superior del menor”.

El reconocido abogado y activista de los derechos de homosexuales Germán Rincón Perfetti, también se ha referido al tema desde su perspectiva personal y profesional. Al respecto ha dicho que “el artículo 42 -constitucional- dice que la familia se constituye por un hombre y una mujer y por la voluntad responsable de conformarla” (subrayado fuera de texto), término que permite la abstracción social y jurídica de un concepto de familia diferente al tradicional y más cercano al real, lo cual es palpable al conocer que “sólo el 33 % de las familias en Colombia son heterosexuales”.

En cuanto a los opositores de la adopción homoparental, el abogado Rincón Perfetti señala que la sociedad generalmente dice no ser discriminadora, sin embargo, “cuando yo digo: ‘los homosexuales tienen derecho, pero...’ (subrayado fuera de texto) es una forma sutil de discriminación”, y este tipo de segregación está contemplada en la Convención Americana contra la discriminación y la intolerancia como ‘formas sutiles de discriminación’ en las que incurre una parte significativa de la población mundial”.

En consonancia, el abogado y activista Rincón Perfetti insiste en que “lo que protegió la Corte no fue el derecho de los gays y las lesbianas, lo que protegió la Corte fue el derecho de los niños y las niñas a tener una familia. (...) y en últimas lo que queremos las parejas homosexuales es ofrecer nuestro amor, nuestro cariño, nuestra familia, nuestro patrimonio a

niños que han sido abandonados por parejas heterosexuales y que ahora los gays y lesbianas queremos rescatar”.

3.1.2. Posturas en contra de la adopción homoparental expuestas por reconocidas personalidades de la política y la academia colombiana.

En contraposición a la adopción por parte de parejas del mismo sexo, el Congresista de la República Jimmy Chamorro señala que “hay un sector importante de colombianos(...) que no comparten esta sentencia de la Corte Constitucional, (...)la cual ha tomado una decisión que usurpa la función del Congreso, (...)profiriendo un fallo a través de un mecanismo que no le corresponde” (La Noche, 2015).

El congresista Chamorro aclara además que “este no es un debate que fomenta la discriminación de manera alguna” de lo que se trata es de resaltar que “cuando nosotros como Estado tenemos la obligación de proveer una familia a un niño que no tiene padres, tenemos que hacerlo de la mejor manera posible y en ese orden de ideas la mejor familia que se le puede suministrar no es una familia distinta a un papá y una mamá”. En relación, lo idóneo es abrir el camino a la realización de un debate serio y juicioso en el escenario de la democracia, el Congreso de la República, donde se de paso a audiencias públicas para escuchar a los representantes de todos los grupos ciudadanos interesados, y que de esta manera sea por vía legal que se decida y regule este tema.

En contexto, no cabe duda de que por razones históricas y dogmáticas una de las mayores opositoras de la aprobación de la adopción homoparental y de otros temas liberales es La Iglesia Católica, por ende se considera pertinente hacer mención de las reflexiones manifestadas por algunos de sus representantes en Colombia.

Monseñor Luis Augusto Castro Quiroga, presidente de la Conferencia Episcopal de Colombia, aduce que “la Iglesia valora y respeta la dignidad de las personas con orientación homosexual y nada tiene contra el reconocimiento y ejercicio de sus legítimos derechos y deberes” (Castro, 2015). Pero ratifica que la familia que conforman un hombre y una mujer

“es un lugar privilegiado” para los niños al cual deberían tener derecho a acceder para beneficiarse de un sano crecimiento y desarrollo. Monseñor Castro (2015) manifiesta que la Iglesia está en total acuerdo con lo consagrado en el artículo 42 de la Carta Magna que define a la familia como “núcleo esencial de la sociedad”.

El presidente del episcopado colombiano expone que en representación de la Iglesia corrobora su creencia conjunta en que la Corte Constitucional al aprobar la adopción homoparental vulnera los menores de edad, en relación refiere:

“La adopción, tanto en el derecho internacional como en nuestra legislación es ante todo una medida de protección al menor (cf. art. 61, Código de la Infancia) y nunca ha de considerarse como un “derecho” de los adoptantes” (Castro, 2015, p. 1).

Monseñor Castro Quiroga ha aclarado que el tema de la adopción homoparental nada tiene que ver con la religión ni la moral, lo verdaderamente relevante es la antropología, pues la naturaleza del ser humano es ser concebido por una hombre y una mujer que por lo general actuarán como padres de sus hijos, pero ante la realidad de los niños desamparados se debe propender por ofrecerles lo más cercano a lo natural, es decir, una familia que “por lo general y con sus debidas excepciones se constituye por hombre, mujer e hijos” (El Tiempo, 2015).

En búsqueda del equilibrio social y persiguiendo el bienestar de los niños colombianos que carecen de una familia, monseñor Luis Augusto Castro (2015) exhorta a las familias para que acojan en sus hogares a los niños desprotegidos, en especial a los que por diversos motivos son catalogados como ‘de difícil adopción’.

Por su parte monseñor Juan Vicente Córdoba ha manifestado:

“Cuando el Estado creó la figura de la adopción fue para proteger a ese ciudadano dándole lo más parecido a lo que perdió: un papá y una mamá, que fueron quienes lo engendraron” (El Tiempo, 2015).

Así, monseñor Córdoba considera que con el fallo de la Corte Constitucional se le está dando primacía a las aspiraciones de los adultos, resultando afectados los menores quienes finalmente son los que tienen que padecer los efectos de una elección que terceros tomaron por ellos cuando no tenían capacidad de decisión, “cuando se den cuenta, a los 8 o 10 años, ya es tarde y no pueden reaccionar” (El Tiempo, 2015).

El jerarca es enfático al señalar que la Iglesia respeta a los gays y lesbianas porque también son hijos de Dios, pero un niño o una niña requiere que su formación afectiva, emocional y psicológica esté guiada por un hombre y una mujer “porque es la complementariedad la que hace que el amor se dé en toda una madurez. Dos hombres juntos no complementan, suplementan” (El Tiempo, 2015).

El padre Pedro Mercado, secretario para las Relaciones con el Estado de la Conferencia Episcopal Colombiana, también se ha referido a la adopción igualitaria, sobre ello ha dicho que “se ha querido presentar como una verdad científicamente probada que la adopción de parejas del mismo sexo no tiene consecuencias negativas para los menores de edad”, pero esa es una aseveración que no se ha podido probar científicamente, pues así como se conocen estudios que aseguran la inexistencia de efectos nocivos para los menores, también concurren diversos estudios que exponen lo contrario. Esos estudios, advierte Mercado, también deben ser estimados por los magistrados para cumplir a cabalidad con la impartición de justicia enmarcada en la neutralidad de la que resulte un análisis riguroso y objetivo de todos los estudios a analizar apreciando sus diversos resultados y propendiendo por la decisión que mayores garantías brinde a los niños y niñas (El Tiempo, 2015).

Adicionalmente y de manera autoritaria, el eclesiástico Mercado ha insistido en que “la Corte no puede "experimentar" con el bienestar de los niños” (El Tiempo, 2015) y que debe ser consecuente con los precedentes jurisprudenciales emanados del Alto Tribunal en materia de familia y de adopción, puesto que la aprobación de la adopción homoparental no es la única opción compatible con la ciencia y la jurisprudencia como lo han querido hacer creer. De ser

favorable la decisión de la Corte la Iglesia en Colombia tendría que entrar a evaluar cuidadosamente el apoyo que actualmente brinda al Estado en los procesos de adopción (El Tiempo, 2015).

Sumado a las declaraciones dadas por el senador Jimmy Chamorro la senadora Viviane Morales afirma que la decisión sobre la adopción para parejas de mismo sexo debe recaer en el pueblo y no en los magistrados (Semana, 2015). La senadora considera que “*la adopción no es un derecho fundamental*” y por lo tanto no hay violación a los derechos de las parejas homosexuales (Semana, 2015), es por esto que ella se encuentra promoviendo un referendo constitucional para que sea el constituyente primario el que decida sobre la adopción homoparental (Semana, 2015).

El fundamento principal de la senadora Morales se centra en indicar que no existe en el ordenamiento jurídico de Colombia el derecho a adoptar por lo tanto no se puede afirmar que se esté violando los derechos que tiene un homosexual para adoptar (El espectador, 2015), la adopción existe como medio para proteger los derechos de los niños permitiendo que sean criados bajo una familia cuando se encuentren desamparados y es deber del Estado proteger este derecho (El espectador, 2015).

Quien ha ido más allá en este tema es el Procurador General de la Nación, el señor Alejandro Ordoñez quien además de estar en contra de la adopción homoparental ha presentado un recurso de nulidad contra la sentencia C-71 de 2015, fallo mediante el cual se faculta a las parejas del mismo sexo para adoptar mientras que la solicitud de adopción recaiga en el hijo biológico de su compañero o compañera permanente (El Tiempo, 2015). El Procurador considera que no hay viabilidad en facultar a las parejas homosexuales para adoptar ya que lo que debe primar en la decisión tomada son los derechos de los niños y no los derechos de la población LGBTI, considera el Procurador que existe una influencia primordial en el desarrollo de un niño cuando crece en un hogar en el que haya una padre y una madre (El Tiempo, 2015), y de igual manera afirma que al niño/niña que crezca en una familia

homoparental se le negará el derecho natural de contar con un padre y una madre (Vanguardia, 2015).

La oposición que presenta el Procurador Ordoñez está fundamentada tanto en los estudios científicos como jurídicos que se han realizado respecto a este tema, por ello en el concepto que envió a la Corte Constitucional resalta que la “*familia tiene su origen en las relaciones heterosexuales*” (El País, 2014), y por lo tanto solo estas familias son las idóneas para cumplir el deber de proteger al niño que se encuentre en una situación de vulnerabilidad (El País, 2014).

3.2. Análisis de sentencias dictadas por la Corte Constitucional mediante las cuales se han reconocido derechos y libertades a la comunidad LGBTI en relación con la familia y la adopción en Colombia.

3.2.1. Sentencia T-290 de 1995 (M.P. Carlos Gaviria Díaz)

Esta sentencia es reconocida históricamente en el ámbito jurídico como la primer manifestación (aunque breve) que la Corte hizo sobre la posibilidad de adopción en parejas homosexuales. En esta oportunidad la Corte Constitucional se pronunció sobre la solicitud de protección de los derechos constitucionales a la igualdad y a tener una familia (artículos 13³² y 42³³ C.P.), de una menor de cinco años de edad que un hombre consideró vulnerados por el ICBF al quitarle la custodia de la niña “debido a su homosexualidad”.

³² La Constitución Nacional en su artículo 13 contempla: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

³³ La Constitución Nacional en su artículo 42 reza: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.

Las circunstancias fácticas se resumen en que el tutelante se ocupó del cuidado de la niña cuando tenía menos de un mes de nacida después de haberle sido entregada por un hombre y una mujer encargándole su cuidado supuestamente por unos días, pero nunca regresaron por la menor. El tutelante, quien inscribió a la niña en el registro civil con su apellido y el de su pareja gay, era una persona de muy escasos recursos económicos, pero aún así se hizo cargo de que nunca le faltara nada a la menor, sin embargo, el ICBF consideró inidóneo el lugar y el ambiente donde residía la menor, razón por la cual después de varias visitas y cambios de residencia de la niña decide empezar a tramitar la “declaración de abandono de la menor para luego poderla entregar en adopción como medida definitiva de protección”.

El accionante solicitaba que se ordenara a la autoridad competente devolverle a la menor de edad y legalizar su situación. Petición que el fallo de instancia negó por considerar no vulnerados los derechos alegados y advertir que el actor no usó los demás mecanismos judiciales dispuestos para dar solución a su caso.

En concreto, la Sala señaló que el accionante “contó en su momento con las acciones que el Código Contencioso Administrativo contemplaba para la impugnación de los actos administrativos, tales como las resoluciones mediante las cuales el I.C.B.F. estableció las sucesivas medidas de protección a favor de la niña”. Consideró además que los niños(as) tienen derechos a gozar de un ambiente sano para su desarrollo físico, mental, emocional y

Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley.

Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable.

La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos.

Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil.

Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley.

Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil.

También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley.

La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes.”

social, y que cuando no cuentan con padres legalmente obligados a otorgárselo el Estado debe asumir su cuidado y protección prefiriendo la figura de adopción por personas idóneas para hacerlo. Pero en consonancia, y en relación con el tema de interés en esta monografía, la Corte resalta que:

“Es cierto que el niño tiene derecho a vivir en el seno de una familia, y resulta inobjetable, además, 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”.

Con esto se deduce que la Corte Constitucional desde esta época entendía y aplicaba la prevalencia de los derechos de los niños(as) y le otorgaba primacía al principio de interés superior del niño(a) (artículo 44 C.P.)³⁴; principio en favor del cual la Corte estimó descartada la violación de los derechos acusados y halló acertados los argumentos del ICBF para decretar medidas de protección a favor de la menor.

Finalmente, como otro de los puntos más relevantes encontrados en esta sentencia, se resalta el pronunciamiento del Honorable Ex Magistrado de la Corte Constitucional, el doctor Carlos Gaviria Díaz sobre el derecho a la igualdad y la posibilidad de adoptar de las personas homosexuales:

“(…)negarle a una persona la posibilidad de adoptar o cuidar un niño, por la sola razón de ser homosexual, constituiría ciertamente un acto discriminatorio contrario a los principios que inspiran nuestra Constitución”. En ese orden de

³⁴ La Constitución Política de Colombia en su artículo 44 estipula: “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

ideas señaló además que “el comportamiento ético de una persona nada tiene que ver con sus predilecciones amorosas y es aquél, y no estas, el que ha de evaluarse para decidir si un adulto es o no competente para educar a un niño” (Sentencia T- 290/95 y Sentencia C-071/15).

3.2.2. Sentencia C-075 de 2007 (M.P Rodrigo Escobar Gil)

Es la sentencia por la cual se establece “*el régimen patrimonial de compañeros permanentes en parejas del mismo sexo*”, el problema jurídico surgió al considerar que el Art 1º y 2 de la Ley 54 de 1990, y de su modificación la Ley 979 de 2005 son inconstitucionales a la luz del artículo 1º y 32 de la Constitución Nacional, motivo por el cual fue necesario que la Corte Constitucional resolviera la ausencia legislativa respecto al situación jurídica a la que se enfrentaban las parejas homosexuales en el tema patrimonial.

Para entender el problema jurídico es necesario indicar que en la Ley 54 de 1990 en su primer artículo definió la unión marital de hecho como “*la formación entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen comunidad de vida permanente y singular*”, lo que da como resultado una sociedad patrimonial. A la luz de lo expuesto en este primer artículo la Corte al hacer una ponderación de derechos indicó que lo contenido en este primer artículo representaba una violación al derecho de toda persona a vivir dignamente ya que al determinar estos parámetros estaba excluyendo a las parejas homosexuales de poder tener un plan de vida y desarrollarse libremente, de igual manera se estaba vulnerando el derecho a la libre asociación porque negaba la posibilidad de que las parejas homosexuales fueran libres de determinar de qué manera se querían asociar; estos dos artículos no solo afectaba los derechos fundamentales que tiene una persona si no que acarreaba diferentes daños en las distintas ramas del ordenamiento jurídico como por ejemplo en el área penal, laboral y civil.

De acuerdo con la Constitución, la autonomía de las personas se encuentra limitada hasta donde empiezan los derechos de las otras personas. Por ello, la Corte expuso que el derecho al libre desarrollo de la personalidad:

“consagra una protección general de la capacidad que la Constitución reconoce a las personas para auto determinarse, esto es, a darse sus propias normas y desarrollar planes propios de vida, siempre y cuando no se afecten derechos de terceros o el orden jurídico”C-075 de 2007.

Para la Corte, este derecho se vulnera *“cuando a la persona se le impide, en forma irrazonable, alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de su vida o valorar y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia y permiten su realización como ser humano”,* y, por consiguiente, *“...las restricciones de las autoridades al artículo 16, para ser legítimas, no sólo deben tener sustento constitucional y ser proporcionadas sino que, además, no pueden llegar a anular la posibilidad que tienen las personas de construir autónomamente un modelo de realización personal, por cuanto estarían desconociendo el núcleo esencial de este derecho.”*

En consecuencia, una vez la Corte analiza y determina que si existía ausencia jurídica en la Ley 54 de 1990 y la Ley 979 de 2005 en el ámbito patrimonial de las parejas homosexuales, implicando que los integrantes de una relación homosexual solo pudieran regirse por el régimen ordinario civil, lo cual limitaba su autonomía para autorregular las consecuencias patrimoniales al decidir vivir como pareja quedando en un limbo jurídico ante el caso de terminar con su relación; por lo tanto era necesario establecer un precedente para las cuestiones patrimoniales de estas parejas, por consiguiente, la Corte con el fin de dejar atrás el vacío jurídico proveniente de las leyes 54 del 1990 y de la ley 979 de 2005 y constituir una protección a la luz del ordenamiento Constitucional declaró la exequibilidad de la Ley 54 de 1990, y su modificación de 2005, en el entendido de que *“el régimen de protección en ellas contenido se debe aplicar también a las parejas homosexuales”.*

3.2.3. Sentencia C- 577 de 2011 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo)

En esta sentencia se analiza si las definiciones tanto del artículo 113 del Código Civil, el cual define el matrimonio como *“un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”*, el artículo 2 de la ley 294 de 1996 en el cual constituye la familia como una *“decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por*

la voluntad responsable de conformarla” y lo dicho en el artículo 2 de la ley 1361 de 2009 en el que define la familia como “*el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer...*”, desconocen los derechos constitucionales de las parejas del mismo sexo.

Para esto la Corte analizó la interpretación de lo que se entiende por familia y matrimonio, he indica que la familia es una institución anterior al Estado, que tiene sus orígenes desde una concepción sociológica y es reconocida jurídicamente, afirma además que el matrimonio tiene un vínculo fundamentado en el consentimiento de los personas; de igual manera, expresa la Corte que existe un amplio concepto de lo que se entiende por familia y que no se puede pensar que el constituyente haya contemplado solo un modelo tradicional de lo que es familia, entendiendo esto último a la convivencia que es creada a través de la unión marital de hecho lo que genera otro tipo de familia, y que por tal motivo la institución familiar puede tener diversas manifestaciones que se pueden generar de diferentes maneras y no únicamente como lo define el artículo 2 de la ley 294 del 1996.

Por lo tanto, asegura la Corte que no se puede pensar que las parejas homosexuales no practiquen los mismos principios básicos que tiene toda familia heterosexual (respeto, afecto y solidaridad) y que no tengan la vocación de generar un proyecto de vida en común. A juicio de la Corte, las parejas homosexuales no deben quedar limitadas a los aspectos patrimoniales que se le otorgaron en la sentencia C-75 de 2007, pues es claro que la Constitución no concibió una sola forma de familia, sino que estableció de manera expresa el matrimonio, como una de las varias modalidades de conformarla, referido a la “decisión libre de un hombre y una mujer”. Es decir, que el matrimonio como una de las formas de constituir una familia, aparece ligado a la pareja heterosexual, sin que ello implique una exclusión absoluta de la posibilidad de que el legislador regule la manera cómo formalizar y solemnizar un vínculo jurídico entre las parejas del mismo sexo que libremente quieran hacerlo, reservándose la libertad de asignarle el nombre que quieran darle a dicho vínculo.

Lo dicho por la Corte significa que la forma matrimonial prevista en el artículo 113 del Código Civil para las uniones heterosexuales, es una de las posibilidades legítimas y válidas para formar una familia acorde con lo previsto en el inciso primero del artículo 42 de la Constitución. Lo anterior, bajo el entendido de que la interpretación del artículo 42 constitucional permite que ambas posibilidades concurren. No obstante, al no existir actualmente en el ordenamiento jurídico colombiano una forma específica para formalizar las uniones con vocación de permanencia entre personas del mismo sexo, la Corte constata la existencia de un déficit de protección de sus derechos que en primera instancia y en armonía con el principio democrático, debe ser atendido por el legislador dentro del ámbito de su competencia para desarrollar la Constitución Política y adoptar medidas que garanticen el goce efectivo de los derechos de las parejas de igual sexo.

Para esta oportunidad, siendo consecuente con la *ratio decedendi*, la Corte declaró la exequibilidad de artículo 113 del Código Civil y exhortó al Congreso de la República a legislar de manera sistemática y organizada sobre los derechos de las parejas del mismo sexo, con el objeto de eliminar el déficit de protección existente.

3.2.4 Sentencia SU-617 de 2014 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez)

En esta sentencia se dio carta abierta a la adopción por consentimiento cuando la persona que adopta lo hace solicitando la paternidad del hijo biológico de su compañero(a) permanente, y determinó además que la condición de homosexual no puede ser fundamento para resolver de manera negativa el trámite administrativo. Además generó un precedente constitucional en el reconocimiento de derechos a las parejas homosexuales que adelantan procesos administrativos de adopción, pues en concordancia con los artículos 13 y 29 de la Constitución Nacional, normas fueron incoadas por la parte actora, se debe evitar a toda costa incurrir en irregularidades procesales que vulneren los derechos de los solicitantes.

Los hechos se desarrollan alrededor de la solicitud de adopción que presenta la señora Turandot ante la Defensoría de Familia de Rionegro para conformar un vínculo paterno filial con la hija de su compañera permanente. Solicitud que la Defensoría declaró improcedente

bajo el argumento de que la legislación vigente no contempla la adopción para parejas del mismo sexo.

La señora Turandot y su compañera sentimental solicitaron ante un Juez de la República que ordenara a las autoridades competentes la declaración judicial del vínculo filial, teniendo como fundamentos el derecho a la igualdad, el interés superior del niño y el debido proceso. Sin embargo la Corte no encontró irregularidades en el debido proceso que realizó la Defensoría de Familia dentro de su trámite administrativo, ya que las autoridades están facultadas para terminar de manera anticipada el trámite de la adopción cuando no se cumplan los presupuestos constitucionales y legales; en otras palabras la determinación que realizó la defensoría de Familia no constituye una vía de hecho administrativa.

No obstante lo anterior, la Corte estimó que la decisión de la entidad de impedir la adopción a la accionante, fundando su argumento en que la progenitora y la accionante son del mismo sexo, es violatorio de los derechos de las accionantes. Y agregó que si bien es cierto que a la luz del ordenamiento superior la familia heterosexual y monogámica tiene una protección especial por parte del Estado, también es cierto que la propia Carta Política admite, reconoce y protege la diversidad de estructuras familiares, por ende una barrera normativa como la prevista legislativamente es el fondo una forma velada e implícita de sanción a estas formas alternativas de familia.

Con esta motivación la Corte ordenó que se revocara la declaratoria de improcedencia de la solicitud de adopción que presentó la solicitante al ser del mismo sexo que la adoptante y por lo tanto continuar con el trámite administrativo para la adopción de la menor.

***Los más recientes pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre la adopción homoparental.**

Las más recientes decisiones emanadas de la Corte Constitucional Colombiana respecto de la adopción por parejas del mismo sexo, han sido emitidas en el año 2015, cuando en el mes de febrero mediante la sentencia C-071 se aprobó la adopción por parejas de igual sexo siempre

y cuando la solicitud se hiciera sobre el hijo biológico de uno de los miembros de la unión. Más adelante, en noviembre del mismo año, la Corte dio un pasó más allá declarado por los medios como ‘sin precedentes’, con la sentencia C-683 el máximo órgano judicial constitucional colombiano, con fundamento en el principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes habilitó a las parejas homosexuales para adoptar de manera conjunta³⁵.

3.3.5. Sentencia C-071 de 2015 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio)

Los razonamientos con base en los cuales la Corte Constitucional dio vía libre a la adopción consentida de hijo biológico originan de dar respuesta a dos problemas jurídicos planteados que giraron en torno a evaluar si se vulneraban los derechos a la no discriminación y a constituir una familia (artículos 13 y 42 C.P.) de las personas homosexuales según las reglas de adopción conjunta (*primero*) y de adopción complementaria o por consentimiento (*segundo*).

Sobre la adopción conjunta, el alto órgano judicial destacó que en materia de adopción debe atenderse sustancialmente el principio de interés superior del niño y que sus derechos ostentan marcada prevalencia sobre los derechos de los demás, por consiguiente:

“la extensión del nuevo concepto jurisprudencial de familia contenido en la sentencia C-577 de 2011 no implica una extensión automática y uniforme para todos los efectos legales y mucho menos para la adopción”.

Sobre ello se debe recalcar que judicialmente y en atención a los precedentes de tribunales internacionales de derechos humanos, la adopción no debe ser concebida como un derecho de los adultos o de las familias, sino que debe prevalecer los derechos de los menores de edad y por ende, su derecho a tener una familia. Bajo este precepto la Corte también respaldó su decisión de abstenerse de emitir un pronunciamiento de fondo sobre el cargo

³⁵ Nota aclaratoria: en razón a que a la fecha de elaboración de esta monografía la emisión de las sentencias C-071/15 (febrero 18) y C-683/15 (noviembre 4) aún era muy reciente, la Corte Constitucional no había publicado el texto completo de los fallos mencionados por lo que no fue posible acceder a ellas, ni siquiera a través de otro medio. Por ende, el análisis de las decisiones constitucionales se realiza con lo expuesto en los comunicados oficiales No. 6 de febrero 18 de 2015 y No. 50 de noviembre 4 de 2015 respectivamente.

por desconocimiento del interés superior de los niños, niñas y adolescentes (artículo 44 C.P.) propuesto por el demandante, decretando una ineptitud sustantiva de la demanda.

Se entiende que para la Corte los derechos de los adultos, que por su orientación sexual encuentran amenazados sus derechos a la igualdad y a la conformación de una familia, no deben confundirse con el derecho superior de los menores de edad a tener una familia. No obstante, algunos de los magistrados que conformaron la Sala Plena para dictar el fallo de sentencia C-071 de 2015 salvaron o aclararon su voto, argumentando que un reconocimiento parcial, incompleto y precario de la adopción homoparental no sólo desconoce la diversidad de familias colombianas existentes, sino que también acarrea efectos desventajosos y excluyentes para el/la hijo(a) adoptivo(a) de uno de los miembros de la pareja, quien contrario al el/la hijo(a) biológico(a) de uno de ellos, no podrá ser objeto de adopción consentida³⁶. Así mismo, las magistradas María Victoria Calle Correa y Gloria Stella Ortiz Delgado, y el magistrado Jorge Iván Palacio Palacio, calificaron de incomprensible que la mayoría en Sala plena concluya su decisión con base en argumentos que entrañan una distinción entre hijos biológicos y no biológicos; pues si aquellas parejas a las que se les facultará para adoptar el hijo o hija biológico(a) de uno de sus miembros no representa un peligro para estos menores, es inconcebible que no se acepte expresamente que las demás parejas homosexuales tampoco son un riesgo para los niños, niñas y adolescentes que esperan por un hogar en el país.

En su fallo, la Corte Constitucional hizo un recuento de los 19 países que también han aprobado la adopción por parejas del mismo sexo y señaló que muchos de ellos los hicieron por vía legislativa. Con ese referente histórico y advirtiendo que “el asunto reviste unas particularidades que, en principio, remiten a una configuración legislativa del mismo”, la Corte determina que es facultad del Congreso de la República fijar los efectos de la adopción reglamentando quienes pueden ser adoptantes en Colombia.

³⁶ Argumento del Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva, quien salvó su voto.

Adicionalmente, la Corte precisó que la adopción conjunta ha sido concebida y diseñada “para suplir las relaciones de paternidad y maternidad” razón por la cual solo parejas heterosexuales pueden acudir a esta figura, pues así lo ha expresado el legislador respaldado plenamente por la Constitución (artículo 42), por lo cual no transgrede los artículos 13 y 42 superiores. En razón a ello, la Corte sostiene que los artículos 64³⁷ numeral 1º y 68³⁸ numeral 3º de la Ley 1098 de 2006, así como el artículo 1º³⁹ (parcial) de la Ley 54 de 1990 deben ser declarados exequibles de manera pura y simple.

³⁷ *Artículo 64. Efectos Jurídicos De La Adopción.* La adopción produce los siguientes efectos:

1. Adoptante y adoptivo adquieren, por la adopción, los derechos y obligaciones de padre o madre e hijo.
2. La adopción establece parentesco civil entre el adoptivo y el adoptante, que se extiende en todas las líneas y grados a los consanguíneos, adoptivos o afines de estos.
3. El adoptivo llevará como apellidos los de los adoptantes. En cuanto al nombre, sólo podrá ser modificado cuando el adoptado sea menor de tres (3) años, o consienta en ello, o el Juez encontrare justificadas las razones de su cambio.
4. Por la adopción, el adoptivo deja de pertenecer a su familia y se extingue todo parentesco de consanguinidad, bajo reserva del impedimento matrimonial del ordinal 9o del artículo 140 del Código Civil.
5. Si el adoptante es el cónyuge o compañero permanente del padre o madre de sangre del adoptivo, tales efectos no se producirán respecto de este último, con el cual conservará los vínculos en su familia.

³⁸ *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. Podrán adoptar:

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

Esta norma no se aplicará en cuanto a la edad en el caso de adopción por parte del cónyuge o compañero permanente respecto del hijo de su cónyuge o compañero permanente o de un pariente dentro del tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

PARÁGRAFO 1o. La existencia de hijos no es obstáculo para la adopción. PARÁGRAFO 2o. Si el niño, niña o adolescente tuviere bienes, la adopción se hará con las formalidades exigidas para los guardadores.

³⁹ El Artículo 1º del Ley 54 de 1990 señala: “A partir de la vigencia de la presente Ley y para todos los efectos civiles, se denomina Unión Marital de Hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular. Igualmente, y para todos los efectos civiles, se denominan compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho.

Sobre la adopción complementaria o por consentimiento, la Sala sustentó su aprobación en aras de proteger el derecho de los menores de edad a no ser separados de su familia (artículo 44 C.P.), derecho que podría resultar vulnerado si la Corte se abstuviera de reconocer las relaciones familiares que se entablan entre niños(as) con única filiación y el compañero(a) permanente del mismo sexo de su progenitor, siendo que ambos comparten el cuidado, la crianza y la manutención del menor. Con este argumento la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicional de los apartes demandados de los artículos 64 numeral 5°, 66⁴⁰ y 68 numeral 5° del Código de Infancia y Adolescencia, “en el entendido que dentro de su ámbito de aplicación también están comprendidas las parejas del mismo sexo cuando la solicitud de adopción recaiga en el hijo biológico de su compañero o compañera permanente”.

3.3.6. Sentencia C-683 de 2015 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio)

Este fallo contiene la que sería posiblemente la decisión más debatible a juicio de las personalidades más tradicionales del país. A través de esta sentencia la Corte Constitucional da vía libre a la adopción por parejas de igual sexo sin condicionamientos, es decir, que esta

⁴⁰ *Artículo 66. Del Consentimiento.* El consentimiento es la manifestación informada, libre y voluntaria de dar en adopción a un hijo o hija por parte de quienes ejercen la patria potestad ante el Defensor de Familia, quien los informará ampliamente sobre sus consecuencias jurídicas y psicosociales. Este consentimiento debe ser válido civilmente e idóneo constitucionalmente. Para que el consentimiento sea válido debe cumplir con los siguientes requisitos:

1. Que esté exento de error, fuerza y dolo y tenga causa y objeto lícitos.
2. Que haya sido otorgado previa información y asesoría suficientes sobre las consecuencias psicosociales y jurídicas de la decisión.

Es idóneo constitucionalmente cuando quien da el consentimiento ha sido debida y ampliamente informado, asesorado y tiene aptitud para otorgarlo. Se entenderá tener aptitud para otorgar el consentimiento un mes después del día del parto.

A efectos del consentimiento para la adopción, se entenderá la falta del padre o la madre, no solamente cuando ha fallecido, sino también cuando lo aqueja una enfermedad mental o grave anomalía psíquica certificada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

No tendrá validez el consentimiento que se otorgue para la adopción del hijo que está por nacer. Tampoco lo tendrá el consentimiento que se otorgue en relación con adoptantes determinados, salvo cuando el adoptivo fuere pariente del adoptante hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o que fuere hijo del cónyuge o compañero permanente del adoptante.

Quien o quienes expresan su consentimiento para la adopción podrá revocarlo dentro del mes siguiente a su otorgamiento.

Los adolescentes deberán recibir apoyo psicosocial especializado por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que puedan permanecer con su hijo o hija, o para otorgar el consentimiento libre e informado. El consentimiento del padre o madre menor de dieciocho (18) años tendrá validez si se manifiesta con el lleno de los requisitos establecidos en el presente artículo. En este caso estarán asistidos por sus padres, o personas que los tengan bajo su cuidado y por el Ministerio Público.

destacada decisión permite que aquellas familias conformadas por lesbianas o gays tengan la facultad de iniciar un proceso de adopción ante el ICBF, o que el/la compañero(a) permanente de la pareja que haya adoptado individualmente a un menor solicite la adopción del mismo.

Las normas verificadas fueron exactamente las mismas que se analizaron en la sentencia C-071 de 2015, pero en esta oportunidad con un enfoque constitucional diferente, la discusión se centra en torno al interés superior de los niños (artículo 44 C.P.). Al respecto, es pertinente aclarar que el hecho de que la Corte se haya pronunciado sobre la materia en la sentencia C-071 de 2015 no le imposibilita para pronunciarse nuevamente sobre las normas acusadas en tanto que dicho fallo solo hizo tránsito a cosa juzgada relativa puesto que el examen constitucional se fijó en los derechos a la igualdad y a la familia de las parejas de igual sexo, habiéndose abstenido de pronunciarse de fondo sobre el principio constitucional del interés superior del menor, que es el que se analiza en el fallo C-683 de 2015.

Las acusaciones de los demandantes se soportaron en i) la transgresión del derecho a la igualdad y el interés superior de los niños, niñas y adolescentes colombianos “que permanecen en situación de adoptabilidad, al limitar sin justificación suficiente el universo de familias que pueden adoptarlos”. ii) La violación del interés superior de los menores de edad por la omisión relativa del legislador al no haber regulado la adopción de niños(as) por parejas homosexuales. iii) La desprotección de los niños(as) y el detrimento de sus derechos como consecuencia de la “interpretación dominante en la administración pública (ICBF y Procuraduría General de la Nación), que reduce el universo de familias potencialmente adoptantes”. En respuesta a los cargos planteados por los demandantes la Corte señala diversos fundamentos jurídicos, de los cuales se consideran como principales los siguientes:

i) Que según las pruebas aportadas, entre las cuales se incluyeron estudios científicos, demostraban preponderantemente que no está acreditada la existencia de afectaciones al desarrollo integral de los niños(as), ni siquiera en aquellos(as) que viven con parejas del mismo sexo. La Sala no encontró refutaciones de peso contra esta premisa y resaltó que una

de las objeciones presentadas era inconcebible e invalorable a la luz de la Constitución porque buscaba demostrar que la homosexualidad era una patología, aseveración que fue desvirtuada categóricamente desde ya hace varias décadas.

ii) Que ni la orientación sexual ni el sexo *per sé* de una persona pueden ser indicadores de “falta de idoneidad moral, física o mental para adoptar”, tomar ello como lineamiento para evaluar la aptitud de adoptantes obstaculiza el acceso de los niños(as) a una familia, de tal manera que se restringe sus derechos y vulnera ostensiblemente su interés superior de protección constitucional.

iii) En lo concerniente a la omisión relativa del legislador, la Corte reafirma y justifica su competencia para resolver este asunto en cumplimiento de su función de control constitucional (artículo 241 C.P.) a la actividad del parlamentario, en aras de “garantizar los derechos de grupos vulnerables y sin representación democrática específica” como ocurre en el caso de estudio. Así lo expresa el máximo ente judicial constitucional colombiano:

“(…)sino además porque se trata de proteger derechos de población vulnerable, como los niños en situación de adoptabilidad, frente a una interpretación de la ley que no es conforme con el principio de interés superior del menor, en un contexto en el cual los niños son una población desaventajada en términos representativos, cuyos derechos debe proteger el juez al margen de la decisión de las mayorías políticas”.

iv) Que todos los procesos de adopción están dirigidos a garantizar enteramente el interés superior de los menores de edad y el restablecimiento de sus derechos cercenados, por consiguiente la decisión de facultar a las parejas de igual sexo para adoptar de forma conjunta no debe entenderse como una permisón ‘libertina’ de adoptar, sino que debe ser interpretada como una connotación en pro del bienestar de los menores carentes de familia, por lo tanto permanecerá la obligación del Estado colombiano⁴¹ de verificar el cumplimiento de los

⁴¹ En cabeza de su entidad competente: ICBF, encargada de “trabajar por la prevención y protección integral de la primera infancia, la niñez, la adolescencia y el bienestar de las familias en Colombia” (Tomado de: <http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortalICBF/EiInstituto>).

requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico y actuar conforme la Constitución y el contenido de esta sentencia.

Finalmente, la Corte hace un llamado encaminado a desvanecer aquél temor a la falta de preparación de la sociedad para asumir una decisión de esta envergadura, resaltando que las dudas que rodean el asunto “no se disipan negando una inocultable realidad” sino admitiendo e incluyendo en el ámbito social, educativo y jurídico el carácter diverso y pluralista de las personas y familias colombianas. Se infiere que el alto tribunal ha aplicado los razonamientos de la jurisprudencia internacional, direccionando el sistema jurídico nacional a la consonancia con la actualidad mundial.

3.4 Conclusión

Así finalizamos el desarrollo de este capítulo y se puede afirmar que en la Nación el tema de la Adopción Homoparental genera opiniones encontradas, pues si bien es cierto que para Colombia se trata de un tema novedoso en el cual apenas se están empezando a vislumbrar anticipes, no dejará de ser un camino lleno de controversia desde cualquier punto de vista, por ende será responsabilidad de la Corte Constitucional seguir generando bases consistentes para consolidar los derechos de la familia y de los menores de edad; así como también el Congreso de la República deberá asumir su compromiso y regular lo pertinente para evitar suscitar y perpetuar vacíos jurídicos como los que ya se pueden entrever.

4. Postura respecto al desafío de la adopción homoparental en Colombia

A lo largo del desarrollo investigativo sobre el tema abordado, la integración de la información acotada que en debida forma ha sido objeto de contraste, nos ha permitido discernir los conceptos antropológicos, sociológicos y jurídicos que la adopción homoparental involucra, lo que nos ha proporcionado un vasto acercamiento a la materia.

Hemos encontrado que en el entramado que soporta la adopción por parejas del mismo sexo se entretajan diversas problemáticas que impactan trascendentalmente a la sociedad, a tal punto que independientemente del continente en el que suscite la discusión siempre van a darse paralelismos que acrecienten la controversia. A esto han intentado dar respuesta los sistemas jurídicos de cada nación que ha decidido afrontar el debate, resolviendo sustancialmente el dilema.

Pero las soluciones jurídicas, ya sea legislativa o judicial, no siempre son enmiendas idóneas ante los criterios del conglomerado social, o parte de él originando barreras alrededor del asunto. Por ello consideramos pertinente abordar cada arista, de tal manera que se esclarezcan las percepciones erróneas en términos jurídicos y de esta manera expresar nuestra opinión al respecto.

“Que el niño o la niña termine siendo homosexual”

Un primer miedo gira en torno a que el niño o la niña termine siendo homosexual. Sobre ello es importante resaltar que la homosexualidad desde hace muchos años fue eliminada de la lista de desordenes mentales, por lo cual una persona homosexual no debe ser considerada como un ser humano enfermo, por lo contrario debe ser tratado como todas las demás personas en el mundo, sin distinciones, diferencias o discriminaciones. Por consiguiente, si un niño o niña después de madurar su sexualidad descubre que su orientación sexual es de tipo homosexual, es un suceso que no debe interpretarse por él/ella ni por los demás como algo anormal o inadecuado, es una decisión de vida totalmente respetable.

Ahora bien, en cuanto a que el niño o la niña que crece en el seno de una familia homoparental tiene más posibilidades de ser homosexual, debemos reafirmar que muchos estudios interdisciplinarios de rigurosidad científica han arrojado resultados que comprueban lo contrario, es decir, que los menores educados por lesbianas o gays no necesariamente desarrollaran la misma orientación sexual de sus padres y que inclusive un alto porcentaje de estos niños al crecer y alcanzar su madurez sexual se autodenominan como heterosexuales; valga resaltar además que en las familias heterosexuales (con figura paterna y materna) existen casos de hijos homosexuales, lo que nos permite concluir que con fundamento en los resultados científicos y en la observación empírica hacia el ser humano, los niños independientemente de si crecen en una familia heterosexual, monoparental u homosexual tendrán la orientación sexual que individualmente desarrollen sin influencias externas.

Muchos de los críticos de la adopción por personas de igual sexo afirman que los niños quedan expuestos cuando su formación la asumen personas homosexuales porque corren un alto riesgo de ser víctimas de abuso sexual infantil o de cualquier otro delito contra la libertad, integridad y formación sexual de los menores. Al respecto, es dable resaltar que no está demostrado estadísticamente que los abusadores infantiles sean en gran porcentaje homosexuales, pues en gran medida los abusadores de menores son heterosexuales, por ende no hay razones válidas para señalar a los homosexuales como únicos o mayores abusadores de menores de edad.

“Las parejas del mismo sexo no son idóneas para adoptar, todo niño o niña requiere de un papá y una mamá”

La segunda objeción que exterioriza gran parte de la población mundial sin excluir a la colombiana es que las parejas del mismo sexo no son idóneas para adoptar y que todo niño o niña requiere de una familia formada por un hombre y una mujer para tener un desarrollo psicosocial apropiado.

Tres focos son fundamentales para dar respuesta a este segundo miedo; el primero es que quienes afirman que los niños y niñas únicamente adquieren un desarrollo psicológico, social, sexual y comportamental cuando crecen en una familia donde cuentan con una figura materna y una figura paterna están ignorando la realidad social, es decir, que reconocen solamente a la familia tradicional como el único núcleo sostenible para la formación de los hijos e ignoran la legitimidad y funcionalidad de la familia monoparental, que en un similar contexto al que hoy afronta el concepto homoparental de la familia, terminó por alcanzar la aceptación social y protección legal.

Adicionalmente, sólo el 33% (Rincón, 2015) de las familias colombianas cuentan con una figura materna y una figura paterna conviviendo con sus hijos, en concordancia es pertinente preguntarse ¿qué ha ocurrido con el desarrollo de los niños y niñas que crecieron en hogares monoparentales, o con sus abuelos(as), o con sus tíos(as)? A este interrogante podemos responder con base en nuestra experiencia de vida, y sin necesidad de ir más allá encontramos que muchas de las personas con las que hemos compartido han crecido sin uno de sus padres o sin ninguno de ellos, y hoy en día son jóvenes o adultos con inteligencia emocional desarrollada, con logros importantes y sin traumas psicológicos perceptibles, realidades que en similar sentido han trazado las conclusiones obtenidas en varios estudios psicológicos.

El segundo foco a tener en cuenta es que la investigación académica ha establecido que las personas criadas por parejas o personas homosexuales no muestran más problemas de desarrollo psicológico que aquellas criadas por parejas heterosexuales. Estas evidencias han sido recurrentes en esta monografía, entre tanto no debemos dejar de señalar que todo tipo de familia independientemente del aspecto económico, educativo, etc. se enfrenta a problemáticas, lo que es sumamente normal en el ser humano, pero ello no convierte a las familias en núcleos sociales inidóneos, por lo contrario forja la capacidad de solución de conflictos que finalmente será el ejemplo de los hijos y más delante de las comunidades.

Ninguna familia está exenta de enfrentar adversidades, esto ocurre no sólo en las familias de parejas homosexuales también sucede en las familias heterosexuales, pero lo relevante es que puedan asumirlas y solucionarlas porque el éxito no depende de la orientación sexual de los miembros de la familia, el éxito depende del talante de los padres y de su capacidad de educación para brindar apoyo integral al menor, así como de mantener una entera disposición para satisfacer las necesidades de su hijo o hija.

Empero, debemos hacer un reparo en cuanto a la preparación para adoptar de las parejas homosexuales y a la seguridad que estas puedan otorgar a los menores. Al respecto creemos que las parejas homosexuales con apenas dos años de convivencia no cuentan aún con la estabilidad familiar que requiere el Estado para asegurarse de entregar en adopción a un niño o una niña que está bajo su protección, pues los dos (2) años que exige la Ley 1098 de 2006 en su artículo 68 numerales 3 y 5 para que una pareja realice la solicitud de adopción de un menor de edad podrían quedarse cortos para dar seguridad en la estabilidad que debe ofrecer la familia a un niño o niña. Por ello, estimamos que el tiempo exigido debería ser mayor, no sólo para parejas de igual sexo sino también para aquellas parejas heterosexuales que opten por adoptar a un niño o a una niña, lo cual implica una responsabilidad de grandes magnitudes que no es equiparable a los derechos y obligaciones que suscitan entre dos adultos recíprocamente por constituir unión marital de hecho o contraer matrimonio.

El último foco está relacionado con un derecho fundamental de protección nacional e internacional: el derecho a la igualdad y no discriminación (Art. 13 C.P.). La noción de *igualdad* deviene de la naturaleza humana y de su esencial dignidad como persona, por lo que es netamente incompatible todo acto que agreda a una persona o a un grupo de personas por concebirle(s) 'inferior' a otra(s). La *discriminación*, por su parte supone el menoscabo del reconocimiento del ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas en ajustadas condiciones de igualdad. En armonía, las personas con orientaciones homosexuales que están en capacidad de brindar estabilidad emocional,

familiar, educativa y económica a un niño o niña no deben ser objeto de señalamientos hincados en estigmas, pre-concepciones o estereotipos que subestimen su capacidad de brindar una familia a estos niños; la viabilidad de estas observaciones está dada sólo ante la prueba de elementos concretos que de manera específica demuestren conexidad y causalidad entre la conducta del padre o la madre homosexual y el impacto en el desarrollo del menor de edad.

“Sería catastrófico para alguien ser adoptado por una pareja del mismo sexo”

El tercer reparo es que sería catastrófico para alguien ser adoptado por una pareja del mismo sexo, pues sería objeto de discriminaciones debido a los pre-juicios homofóbicos. Este es el argumento que muchas personas esgrimen después de indagarse: ¿Los niños pueden padecer frustraciones al conocer que tienen una familia fuera de lo tradicional?, ¿Qué ocurriría con su entorno social, por ejemplo en el colegio, cuando sus compañeros se den cuenta de que tiene dos padres o dos madres?

Pues bien, para desarrollar esta premisa consideramos necesario dar a conocer que el ICBF cobija a un total de 106.122 niños, niñas y adolescentes que están en proceso de restablecimiento de sus derechos, de los cuales 5.096 ya cumplieron la mayoría de edad y por ende deberán salir del sistema de protección estatal (Cuartas, 2015). Adicionalmente las estadísticas dejan al descubierto que una marcada reducción de adopciones aqueja al sistema, pues en Colombia se pasó de 3.058 adopciones en 2010 a tan solo 1.148 en 2014 (ICBF, 2014). Esta diferencia del 62% tiene gran trascendencia para el futuro de la juventud en estado de adoptabilidad del país impactando significativamente la realidad social nacional porque primero, los jóvenes que dejarán de estar bajo el amparo estatal deberán afrontar las exigencias sociales que incluyen el ámbito económico-laboral, socio-familiar y de supervivencia, y lo deberán hacer (en su mayoría) sin contar con formación técnica, tecnológica o profesional, lo cual aminora sus posibilidades de integrarse al sistema laboral trayendo consigo efectos negativos tanto individual como socialmente.

En segunda medida, las reveladoras reducciones en la adopción de menores de edad se traducen en una mengua de oportunidades de estos niños y niñas para acceder a un estilo de vida con calidad al que constitucionalmente tienen derecho, es decir, que las posibilidades de crecer y formarse en el núcleo de una familia que les brinde afecto, estabilidad económica y el medio para continuar su formación académica a nivel superior se están viendo debilitadas por contraerse cada vez más las probabilidades de que los niños y niñas bajo protección del ICBF sean adoptados. Estos menores están creciendo en hogares de paso, sin arraigo afectivo y sin las bondades de pertenecer a una familia en la que puedan experimentar personalmente el amor filial, así como ser el centro de la felicidad de un hogar, o disfrutar de los esfuerzos que hacen los padres en pro de sus hijos, en fin, están viendo pasar el tiempo sin gozar del bienestar único que sólo los padres saben ofrecer a sus hijos(as), lo que implica tal vez más frustraciones que las que traería consigo conocer que se ha sido adoptado por una familia *no* tradicional.

Por otra parte, la supuesta ‘catástrofe’ que padecería un niño o una niña que deba afrontar los señalamientos de su entorno social por ser el hijo o la hija de una pareja homosexual es un aspecto que ya ha sido abordado desde el discernimiento jurídico por la evidente discriminación que suscita de esta situación. Al respecto debemos señalar que las poblaciones son elementos sociales en constante metamorfosis y de estos procesos evolutivos resultan nuevos procederes que devienen incluso de minorías, pero que aún así deben regularse para mantener el equilibrio social, punto en el que el Derecho debe encargarse de cumplir con una relevante función: *reducir las discriminaciones y no perpetuarlas*, premisa sobre la cual soportaron sus argumentos los magistrados de la Corte Constitucional que en Sala fallaron a favor de la adopción de menores por parejas de igual sexo. Argumentos con los que estamos parcialmente de acuerdo, pues en primera medida el conglomerado social que supone inoportuna la decisión de aprobar la adopción homoparental insiste en que no es el momento para ese cambio, opiniones que incurren en el “sofisma de la espera”, que como afirma Gonzalo Ramírez (2015) consiste en aguardar al momento oportuno para hacer un cambio trascendental, circunstancia que denota incertidumbre temporal y que tiene como única finalidad mantener el estado de cosas discriminatorio por un tiempo indefinido.

Pero también es cierto que las decisiones judiciales y las enmiendas legislativas tienen como fin esencial el bienestar general y por ende las transformaciones jurídicas deben estar en armonía con la realidad nacional, razón por la cual cavilamos que un estudio integral con el que se estimara el grado de aceptación de las familias homoparentales en Colombia debió haber sido un ítem esencial para la Sala Plena de la Corte Constitucional al dictar el fallo jurisprudencial. No sabemos si así se hizo en tanto que no se ha publicado la sentencia y por ende desconocemos su contenido a plenitud, pero de no ser así, nos atrevemos a declarar anticipada la decisión de la Corte y consideramos necesaria la proyección e implementación de una metodología didáctica que prepare a los escolares para aceptar con plena normalidad las diferencias en las familias de sus compañeros (as), garantías que sugerirían apoyo a los menores, eliminarían las percepciones segregacionistas y que sujetas a un tiempo determinado (según se estime), detendrían la perpetuidad de los pensamientos y de los actos discriminatorios.

“Ya era una realidad, no reconocida legalmente”

Las familias homoparentales ya eran una realidad en Colombia que no había sido legitimada jurídicamente, lo cual ponía en desventaja a los niños y niñas siendo ellos los más afectados.

Este presupuesto origina de la observación del contexto colombiano, en tanto que la legislación nacional habilita a las personas solteras para adoptar, sin que pueda indagarse sobre su orientación sexual en razón al amparo del derecho constitucional a la igualdad y a la intimidad contemplados en el artículo 13 y 15⁴² C.N. respectivamente; en consecuencia muchas de las personas solteras que habían presentado su solicitud de adopción con

⁴² La Constitución Nacional en su artículo 15 contempla: “Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.

La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.

Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley.”

posterior aprobación eran personas homosexuales que convivían o convivirían después con una pareja del mismo sexo concibiendo en la práctica a una familia homoparental.

Estas familias que aunque no reconocidas por la legislación colombiana ya hacían parte de la realidad del país denotaban una gran desventaja futura para los menores de edad adoptados, porque si bien gozaban de los beneficios de tener una familia, sus garantías constitucionales y legales podrían verse afectadas ante situaciones como la pérdida de la madre o padre adoptivo o el divorcio de sus padres. En otras palabras, si la madre o el padre adoptivo fallecía, el menor de edad podría quedar desprotegido por cuanto nadie más tenía su patria potestad; o si la madre o el padre adoptivo se divorciaba de su cónyuge o se separaba de su compañero (a) permanente, podría estar en vilo la regulación de visitas y cuota de alimentos, así como la masa sucesoral a la que hubiese podido acceder como heredero de haber sido el hijo o la hija legalmente constituida (o) de ambos. Situación que se ha presentado no solo en Colombia sino también en Alemania, Bélgica, Brasil, y otros países más, tornándose necesaria una producción legislativa que dé respuesta a las necesidades de la realidad social.

En diversos Estados se ha intentado dar solución a esta dificultad aprobando la adopción del hijo(a) biológico(a) de uno de los miembros de la pareja, pero ello trae consigo una discriminación especial, es decir, diferencia a los niños individualmente porque, como lo admite Gonzalo Ramírez (2015), al permitir que las parejas del mismo sexo adopten sólo al hijo biológico de uno de ellos estaríamos ante limitantes sujetas a la biología y al poder adquisitivo que requiere una persona para poder pagar un tratamiento de reproducción artificial. Esto significa caer nuevamente en la vulneración del derecho a la igualdad y la no discriminación de los menores de edad en estado de adoptabilidad y en la inobservancia del interés superior del menor; de tal manera que consideramos que los niños, las niñas y adolescentes que no cuentan con una familia y que no tienen más que la protección Institucional del Estado serían blanco de discriminación especial al no poder ser acogidos por una familia que aunque no tradicional podría brindarles lo que no tienen en el ICBF.

En este punto es necesario aclarar que la habilitación que la Corte Constitucional otorga a las parejas de igual sexo para adoptar no significa que no deban cumplir con todos los requerimientos exigidos por la ley a quienes desean ser padres adoptivos de alguno de los menores de edad que esperan en ICBF por el restablecimiento de sus derechos. En concordancia, encontramos considerablemente relevante resaltar que una vez cumplidos los requisitos para adoptar, entre las etapas del proceso se contempla el deber de los profesionales del ICBF de encargarse de estudiar cada caso para evaluar y determinar la idoneidad de la familia para atender las necesidades del menor de edad que podría ser entregado en adopción.

La rigurosidad de este proceso pierde ímpetu cuando una persona radica su solicitud como soltera y es aprobada, habiendo ocultado que tiene una pareja del mismo sexo con quien conviviría junto al menor en caso de adoptarle. En este contexto, estimamos que el *decisum* de la sentencia C-683 de 2015 da lugar a que el análisis de los aspirantes a adoptar sea mucho más íntegro y transparente de lo que es hoy en día, pues es evidente que si los profesionales competentes pueden valorar a ambos miembros de la pareja y emitir un concepto en función del estadio psicológico de los dos, que son quienes finalmente serán las que asuman la educación y crianza del niño o niña, previendo así engaños e inconsistencias a las que se es susceptible en la adopción individual, resulte elocuentemente benéfico para el menor de edad.

“La Corte ha puesto los derechos de los adultos sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes”

Parte de la ciudadanía considera que la aprobación que ha dado la Corte Constitucional a la adopción homoparental transgrede ostensiblemente los derechos de los menores de edad y prioriza los derechos de las personas homosexuales. A este presupuesto debemos responder categóricamente resaltando la importancia del principio del ‘interés superior del niño’, incluido en la Convención sobre los Derechos del Niño (aprobada en Colombia mediante la Ley 12 de 1991 y ratificada el 27 de febrero del mismo año), artículo tercero numeral primero; en la Carta Política, artículo 44; en el Código de Infancia y Adolescencia, artículos 8 y 9; y reconocido por la Corte Constitucional como:

“La ‘caracterización específica’ para el niño, basada en la naturaleza prevalente de sus derechos, que impone la obligación de especial protección a la familia, la sociedad y el Estado(...)Tiene el propósito de garantizar el desarrollo de su personalidad “el reconocimiento de la prevalencia de sus derechos fundamentales en consideración a su grado de vulnerabilidad y a las condiciones requeridas para su crecimiento y formación. (...) y propende por el cumplimiento de los fines esenciales del Estado (...)” (Sentencia T - 514 de 1998 y Sentencia T - 979 de 2001).

En contexto, esta enunciación del interés superior del niño debe entenderse como un concepto dinámico que abarca no solo uno, sino varios temas en constante evolución en el Derecho, lo que permite a los jueces evaluar según la situación concreta qué decisión garantiza en mejor medida el bienestar integral del menor. Para ello, el togado debe corroborar que concurren al menos cuatro condiciones básicas, que según ha determinado la Corte en sentencia T-587 de 1998, justifican la aplicación real del principio:

- i. El interés del menor en cuya defensa se actúa debe ser real, es decir, debe hacer relación a sus particulares necesidades y a sus especiales aptitudes físicas y psicológicas;
- ii. Debe ser independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres o de los funcionarios públicos encargados de protegerlo;
- iii. Se trata de 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 este principio;
- iv. Debe demostrarse que dicho interés tiende a lograr un beneficio jurídico supremo consistente en el pleno y armónico desarrollo de la personalidad del menor.

En concordancia, debe haber claridad sobre los derechos tutelados, que en consideración a lo reiterado por la Corte Constitucional, no son los derechos de las minorías que conforman la comunidad LGBTI, sino los derechos de los menores de edad los que deben protegerse de manera real y concreta bajo el mandato principialista del ‘interés superior del niño’, pues la

vulnerabilidad y dependencia de los menores los hace aún más propensos a ser objetivo de transgresión humana, realidad que exige una protección tripartita efectiva. En resumen, no son los derechos de las parejas homosexuales los que optó tutelar la Corte, sino los derechos de los más pequeños los que la Sala ha decidido reconocer y proteger.

En este punto es menester, exhortar no sólo a la comunidad en general sino también a los representantes de la corporación colegiada bicameral de orden nacional y a los operadores que imparten justicia en la Nación, para que sea imperante la relación entre sus disposiciones y el interés superior de los niños y niñas colombianos en aras de garantizar y promover su bienestar y óptimo desarrollo, aunque ello implique desligarse de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la idoneidad parental, como lo indica la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En conclusión, consideramos que Colombia ha iniciado un avance importante en materia de adopción, pero somos conscientes de que estos adelantos deben estar sujetos a reformas normativas para evitar los vacíos jurídicos que se puedan generar, como por ejemplo ¿Qué pasa si una persona transexual quiere adoptar?, si durante la solicitud, el postulante que la presenta es hombre y al finalizar el procedimiento el postulante es mujer ...¿Están los funcionarios del ICBF preparados para este tipo de situaciones? ¿Qué criterios tendrán en cuenta los psicólogos para definir si estas personas son aptas para adoptar a un menor de edad?

Al respecto, debemos manifestar que lo más posible es que actualmente los funcionarios y empleados del ICBF no cuenten con la debida preparación para enfrentar este tipo de realidades, lo que los puede llevar incluso a vulnerar derechos fundamentales, entonces ¿cómo se puede proteger los derechos de los menores y de las parejas homosexuales o transexuales cuando estos funcionarios no tienen una instrucción integral al respecto?

Para ello se adopta la necesidad de que legislador además de modificar las leyes que regulan el tema de la adopción, se implementen por parte del ICBF capacitaciones enfocadas a todos

los funcionarios encargados de los procesos de adopción que además de conocer el ordenamiento jurídico aplicable y las regulaciones internas, cuenten con el conocimiento necesario para comprender y ejercer la debida aplicación de la ley sustancial y objetiva, pero que además su enfoque vele por hacer prevalecer el bienestar de los niños y niñas, antes que los paradigmas sociales y que ello converja en un aumento de posibilidades para que los menores de edad que esperan por un hogar puedan gozar de su derecho constitucional a tener una familia.

Finalmente, estimamos oportuno dejar al descubierto una reflexión que surgió del análisis teórico-jurídico y estadístico en proporción con los datos del ICBF. Al respecto, consideramos que las estadísticas dan muestra de que son muchas las familias que desean adoptar y que dichas cifras no se ajustan equilibradamente a las que registran el total de adopciones efectivas (ver figuras 2 y 5), por cuanto es oportuno cuestionarse ¿cuáles son las condiciones que han ocasionado la disminución de adopciones durante los último tres años en Colombia?

De este interrogante surgen algunos más, que en contexto nos llevan a plantear una hipótesis que aunque no será desarrollada en esta monografía para no desbordar el tema de estudio, si es pertinente dejar planteada; se trata de reflexionar si las barreras para que de los menores de edad que esperan por una familia podrán ser erradicadas con facultar a las parejas homosexuales para adoptar, o si aquellas barreras pueden deponerse más bien con una reestructuración del proceso de adopción que denote eficiencia y se otorgue entonces la adopción a las parejas que ya se encuentran en lista de espera y que cuenten con capacidad e idoneidad para ser padres de alguno de estos menores. Es decir, ¿es posible que sin necesidad de recurrir a la adopción homoparental se pudiera garantizar la protección del interés superior del menor con una directa reestructuración del proceso actual de adopción?

5. CONCLUSIONES

En este acápite se han recopilado los que se han considerado los pasajes más relevantes encontrados en las diversas referencias consultadas los cuales evidencian el grado de importancia de la adopción homoparental, incluyendo sus más sobresalientes avances históricos y jurídicos:

- El tratadista Hernán Gómez Piedrahita (1992) definió la adopción en forma amplia 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” (Gómez, 1992, p. 288)

- En la Mesopotamia, en la India, en la Sociedad Hebrea, en la Antigua Grecia, con menos evidencia en el Antiguo Egipto y con marcada trascendencia y regulación en el Imperio Romano; la adopción con ciertas variaciones tuvo lugar entre estas sociedades antiguas direccionando generalmente su aplicación a que el hijo adoptado asegurara la continuidad de la religión doméstica, ya que el adoptado se encargaba de las ceremonias y ofrendas sagradas, cerciorando no sólo la protección de la religión sino también la salvación del hogar y el patrimonio.
- Estos países han aceptado la adopción para parejas del mismo sexo mediante un procedimiento de reforma legal desde sus respectivos Parlamentos o Congresos: Argentina con la Ley Nacional N° 26.618 de 2010, Bélgica con la Ley aprobada por la Cámara de Representantes del Parlamento en el mes de abril de 2006, España con la Ley 13 de 2005, Holanda con la Ley del 1° de abril de 2001, Inglaterra con la Ley aprobada por el Parlamento de Westminster vigente desde el día 29 de marzo de 2014, México con la reforma al Código Civil dada en 2009, Sudáfrica con la Ley de la Infancia de 2005 y Uruguay con la Ley del 28 de agosto de 2009 que reformó el Código de la Niñez y Adolescencia.

- Por su parte algunos países han aprobado la adopción de parejas de igual sexo por decisión de sentencias de Altos Tribunales de Justicia, tal como sucedió en Alemania en 2013 con la decisión del Tribunal Constitucional de aprobar la adopción sucesiva, en Brasil en 2010 cuando el Superior Tribunal de Justicia reconoció la adopción por parejas homosexuales mediante fallo judicial; en Estados Unidos también se han determinado las directrices de la adopción homoparental por vía jurisprudencial y en Israel con el fallo del Tribunal Supremo que en 2005, partiendo de la reinterpretación de la Ley de Adopciones, se acogió a su artículo 25 posibilitando la adopción homoparental.
- Hacia ya varios años The American Psychiatric Association (2005) eliminó la homosexualidad de la lista de desordenes mentales (p. 7); y en 2005 concluye que los resultados de ninguna de las investigaciones conocidas hasta esa fecha mostraron evidencias que sugieran incapacidad en las mujeres lesbianas o en los hombres homosexuales para ser padres, tampoco que el desarrollo psicosocial de hijos de homosexuales se ponga en peligro (comparado con los hijos de heterosexuales).
- En López Gaviño (2014, p. 274) el porcentaje de los jóvenes adultos entrevistados reveló que el 87% son heterosexuales y un 13% no lo son, esto también sucede con la atracción que sienten por personas del sexo opuesto, lo que establece que la hipótesis de que los jóvenes que crecen en familias homoparentales tienen más susceptibilidad a ser homosexuales queda en entre dicho. Las conversaciones abiertas respecto a la sexualidad y la falta de rechazo por una inclinación sexual diferente generan en estos jóvenes mayor confianza para poder decidir sobre su inclinación sexual.
- Vicent R. (citado por Buil et al., 2004) sustenta que lo determinante en la educación y en el desarrollo psicosocial de un niño o niña que ha sido adoptado no es la orientación sexual de los padres, sino que más bien el éxito está relacionado con el estilo educativo y el talante de éstos, es decir, que para que una familia pueda considerarse idónea para un menor debe brindarle apoyo emocional, mantener una

actitud positiva frente al hijo o hija, evitar los conflictos familiares, conservar en el tiempo la motivación por la adopción y poseer un ajuste tanto social como personal; pero ante todo, es fundamental que en el seno de la familia adoptiva haya entera disposición para satisfacer las necesidades del niño o niña, lo que debe estar muy por encima del deseo de cubrir carencias personales.

- De su análisis realizado por Santrok (1977) se obtuvo como resultado que la presencia del padre no se confirma como necesaria para que el menor desarrolle una conducta de rol sexual masculina, y que no se encontraron indicios de que en ausencia del padre se hubieran desarrollado características más femeninas (Schaffer citado por Buil et al., 2004, p. 87).
- La citada Áurea López (por Buil, et al., 2004), hace mención de la conclusión a la que han llegado los autores Golombok (1983) y Kirkpatrick (1981) respecto de los hijos que crecen en familias homoparentales:

“no se ha podido demostrar que el estigma social asociado a la homosexualidad perjudique de forma especial la adaptación social de los hijos de los homosexuales. Si bien los niños pueden tener problemas con cómo son percibidos debido a la homosexualidad de sus padres, también desarrollan estrategias para evitar y protegerse de tal problemática” (Buil et al., 2004, p. 89).

- López Gaviño (2014) afirma que las familias homoparentales “deben librarse de la exigencia de ser excelentes”(p. 300), que las familias homoparentales pueden experimentar las mismas dificultades y cometer los mismo errores que se perciben en la familias heterosexuales, y que los jóvenes que crecen en este tipo de familias desde una perspectiva psicológica cuentan con niveles medio-altos de autoestima y satisfacción vital.
- Con la legalización, la evaluación de idoneidad en las personas que aspiran a adoptar sería mucho más transparente y completa que como ocurre hoy en día, cuando los

encargados de valorar a una persona soltera, por ser inconstitucional no pueden indagar sobre su orientación sexual asumiendo el riesgo de que dicha persona oculte que tiene una pareja con quien conviviría junto al menor en caso de adoptarle, lo que imposibilita hacer la exploración de ambas personas, quienes finalmente serán las que asuman la educación y crianza del niño o niña. En este sentido sostiene Buil (et al., 2004), que si se pudiera valorar a ambos miembros de la pareja y decidir si aprobar o no la adopción en función del estado psicológicos de los dos se podría descartar un engaño presentado a través de la adopción individual, lo que resultaría significativamente beneficioso para el menor.

- Así como hay estudios a favor de la adopción homoparental también están los estudios en contra de ella, estudios que van más allá de los prejuicios preconcebidos, ahora gracias a los diversos métodos que se pueden aplicar, se logra ver los efectos contraproducente que puede tener la adopción homoparental en los menores de edad.
- Identificar los efectos negativos que tiene la adopción homoparental en menores de edad fueron demostrados en el estudio propuesto por el doctor Anatrella (2011), quien con su estudio antropológico plasma claramente las alteraciones tanto psíquicas como sociales que pueden tener estos menores.
- También se demostró que muchos de los estudios propuestos por APA son realizados por investigadores abanderados en la defensa de los derechos de las parejas homosexuales, lo que demostraría que los estudios realizados por estas personas no son claramente objetivos y no muestran la realidad de sus investigaciones.
- Si bien es cierto que no hay una respuesta certera sobre el perjuicio que se puede causar en los menores que crecen en hogares homoparentales, queda la duda de que si el auge mediático de la creación de familias homoparentales pueda cambiar de manera radical la estructura social que se conoce hasta el momento en la sociedad.

- HazteOir.org (2005) reflejó en su estudio que desde la perspectiva psicológica los menores que crecen en este tipo de hogares pueden sufrir de un elevado trastorno de identidad sexual lo que genera en su futuro problemas para poder adaptarse en un entorno que sea por fuera de su familia homoparental.
- La Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012) en la sentencia que resuelve el caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, advierte que:

“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” (p. 34).

“para comprobar que una diferenciación de trato ha sido utilizada en una decisión particular, no es necesario que la totalidad de dicha decisión esté basada “fundamental y únicamente” en la orientación sexual de la persona, pues basta con constatar que de manera explícita o implícita se tuvo en cuenta hasta cierto grado la orientación sexual de la persona para adoptar una determinada decisión” (p. 35).

“El objetivo general de proteger el principio del interés superior del niño es, en sí mismo, un fin legítimo y es, además, imperioso. Este principio regulador de la normativa de los derechos de las niñas y los niños se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades.” (p. 38)

“si las opiniones de los niños aparecen fundadas, precisas, con suficiente conocimiento de los hechos y consecuencias que implican, deben prima facie prevalecer sobre otras argumentaciones para determinar la decisión que afectará al niño en cuanto a los hechos y estados que se refieran a él mismo” (Declaración escrita rendida por el perito Cillero Bruñol el 4 de agosto de 2011 (expediente de fondo, tomo II, folios 935, 939, 940) citado por CIDH, 2012, p. 66).

- La CIDH (2012) aborda tres puntos álgidos y relevantes en lo que respecta al interés superior del niño con relación a los demás derechos humanos citados, afirma:
 - i. A pesar de que aún existen sociedades intolerantes a diferentes condiciones del ser humano, los Estados no pueden utilizar esta caracterización social como justificación para perpetuar tratos discriminatorios.
 - ii. Los Estados y el Derecho deben aportar al avance social para moldear sociedades cada vez más incluyentes y evitar la legitimación y consolidación de las diversas maneras de discriminación que vulneran los derechos humanos.
 - iii. En cuanto al argumento de que el principio del interés superior del niño puede resultar afectado en razón al riesgo de ser rechazado por la sociedad, la CIDH (2012) considera que un estigma social por estos motivos no puede valorarse como un ‘daño’ admisible a los efectos del principio, pues no son más que especulaciones que pueden ayudar a legitimar la discriminación, incumpliendo con el objetivo de romper con estos actos vulnerarios de derechos.

- La CIDH (2012) hace una especie de llamado a los jueces y magistrados para que no legitimen la discriminación y en cambio enfrenten las manifestaciones intolerantes, pues aunque en un pueblo o una sociedad se den rechazos y discriminaciones, las decisiones de los jueces no pueden ‘comulgar’ con ello y usar esta realidad como razonamiento para argumentar sus fallos, por lo contrario los juzgadores deben plasmar en sus decisiones el objetivo de perseguir como fin último el interés superior del niño.

- La CIDH (2012) advierte que en el caso *Atala vs. Chile* la carga de la prueba se invierte, correspondiéndole al Estado demostrar que la Corte Suprema no tuvo un propósito ni un efecto discriminatorio en su decisión.

- Indica la CIDH (2012) que el concepto de familia no debe reducirse únicamente al matrimonio entre un hombre y una mujer, sino que “debe abarcar otros lazos

familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio” y que “además en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo ‘tradicional’ de la misma” (p. 50).

- El jurista colombiano Jaime Arrubla Paucar, ex presidente de la Corte Suprema de Justicia ha resaltado en entrevista (La Noche, 2015) que en la práctica la adopción por parte de parejas de igual sexo era una realidad. En contexto indica que “un ejemplo claro, es Francia aplicado también a Colombia, en donde los solteros o solteras pueden adoptar, y como soltero nadie puede indagar sobre su orientación sexual para suspender o impedir el trámite de adopción”, con ello muchas personas solteras homosexuales habrían adoptado ya a menores de edad que incluso conviven hoy en día con su padre o madre adoptante y a su vez con la pareja de él o ella. En ulteriores, en palabras de abogado Arrubla: “eso ya estaba no faltaba sino el empuje final”.
- El abogado y activista colombiano Germán Rincón Perfetti insiste en que “lo que protegió la Corte no fue el derecho de los gays y las lesbianas, lo que protegió la Corte fue el derecho de los niños y las niñas a tener una familia(...)”.
- El Congresista de la República de Colombia, Jimmy Chamorro aclara que “este no es un debate que fomenta la discriminación de manera alguna” de lo que se trata es de resaltar que “cuando nosotros como Estado tenemos la obligación de proveer una familia a un niño que no tiene padres, tenemos que hacerlo de la mejor manera posible y en ese orden de ideas la mejor familia que se le puede suministrar no es una familia distinta a un papá y una mamá”.
- Monseñor Castro (2015) afirma que:

“la adopción, tanto en el derecho internacional como en nuestra legislación es ante todo una medida de protección al menor (cf. art. 61, Código de la Infancia) y nunca ha de considerarse como un “derecho” de los adoptantes” (p. 1).

- Monseñor Castro Quiroga ha aclarado que el tema de la adopción homoparental nada tiene que ver con la religión ni la moral, lo verdaderamente relevante es la antropología, pues la naturaleza del ser humano es ser concebido por una hombre y una mujer que por lo general actuarán como padres de sus hijos, pero ante la realidad de los niños desamparados se debe propender por ofrecerles lo más cercano a lo natural, es decir, una familia que “por lo general y con sus debidas excepciones se constituye por hombre, mujer e hijos” (El Tiempo, 2015).
- Monseñor Juan Vicente Córdoba ha manifestado que:

“cuando el Estado creó la figura de la adopción fue para proteger a ese ciudadano dándole lo más parecido a lo que perdió: un papá y una mamá, que fueron quienes lo engendraron” (El Tiempo, 2015).
- Monseñor Córdoba considera que con el fallo de la Corte Constitucional se le está dando primacía a las aspiraciones de los adultos, resultando afectados los menores quienes finalmente son los que tienen que padecer los efectos de una elección que terceros tomaron por ellos cuando no tenían capacidad de decisión.
- El padre Pedro Mercado, secretario para las Relaciones con el Estado de la Conferencia Episcopal Colombiana, ha dicho que “se ha querido presentar como una verdad científicamente probada que la adopción de parejas del mismo sexo no tiene consecuencias negativas para los menores de edad”, pero esa es una aseveración que no se ha podido probar científicamente, pues así como se conocen estudios que aseguran la inexistencia de efectos nocivos para los menores, también concurren diversos estudios que exponen lo contrario. Esos estudios, advierte Mercado, también deben ser estimados por los magistrados para cumplir a cabalidad con la impartición de justicia enmarcada en la neutralidad de la que resulte un análisis riguroso y objetivo de todos los estudios a analizar apreciando sus diversos resultados y propendiendo por la decisión que mayores garantías brinde a los niños y niñas (El Tiempo, 2015).

- Para la senadora Morales es necesario que sea el pueblo que decida sobre la adopción homoparental, considerando que no existe el derecho de adopción y que no se puede restringir a un niño que crezca en un hogar constituido por un hombre y mujer. La legisladora afirma además que tampoco se puede pensar que la solución para que no halla niños abandonados sea otorgarle a las parejas homosexuales la facultad de poder adoptar, ya que estas parejas representan un porcentaje menor de la población y por lo tanto no se estaría dando solución a esa problemática.
- Con la presentación del recurso de nulidad instaurado por el Procurador Alejandro Ordoñez pretende demostrar que la sentencia C-071 de 2015 tiene vicios procesales que permitirían la nulidad de esta sentencia.
- Considera el Procurador de la Nación que los fundamentos que tuvo la Corte Constitucional en falla fueron basados en el interés de los adultos y no los intereses de los niños quitándole la posibilidad de que los niños puedan crecer en hogares que son completamente idóneos para su desarrollo.
- La Sentencia **T-290 de 1995** (M.P. Carlos Gaviria Díaz), reconocida históricamente en el ámbito jurídico como la primer manifestación (aunque breve) que la Corte hizo sobre la posibilidad de adopción en parejas homosexuales, resalta que:

“Es cierto que el niño tiene derecho a vivir en el seno de una familia, y resulta inobjetable, además, 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”.

“(…)negarle a una persona la posibilidad de adoptar o cuidar un niño, por la sola razón de ser homosexual, constituiría ciertamente un acto discriminatorio contrario a los principios que inspiran nuestra Constitución”. En ese orden de ideas señaló además que “el comportamiento ético de una persona nada tiene que

ver con sus predilecciones amorosas y es aquél, y no estas, el que ha de evaluarse para decidir si un adulto es o no competente para educar a un niño” (Sentencia T- 290/95 y Sentencia C-071/15).

- La Corte Constitucional ha sido una de las grandes exponentes que se ha encargado de otorgar derechos a las parejas homosexuales, todo esto ha sucedido gracias a la armonización y a los test de igualdad que ha aplicado, es gracias a este test que tuvo aplicación en la sentencia **C-075 de 2007** que se logró establecer que el mismo régimen patrimonial que es aplicado a los compañeros permanentes heterosexuales también fuera aplicado a las parejas homosexuales, subsanando así el vacío jurídico en el que se encontraban las parejas homosexuales, a la luz de la Constitución Colombiana.
- La familia como institución fundamental de la sociedad a través del tiempo ha sufrido diferentes cambios, lo que genera que el ordenamiento jurídico Colombiano no pueda manejar conceptos antiguos sobre la conformación de una familia. La sentencia **C-577 de 2011** habla precisamente sobre este tema y considera que la Constitución no concibió solo un tipo de familia, por lo tanto el matrimonio puede ser una de las tantas modalidades para conformar una familia.
- Por tal motivo al haber diversas estructuras de familias el constituyente debe velar por la eliminación de barreras normativas que perjudiquen estas nuevas formas de familia, así como lo plantea la Corte Constitucional en la sentencia **SU-617 de 2014**, la cual genera un precedente al permitir la Adopción biológica entre parejas del mismo sexo.
- La Sentencia **C-071 de 2015** (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio) estructuró los razonamientos con base en los cuales la Corte Constitucional dio vía libre a la adopción consentida de hijo biológico.

En este fallo la Corte precisó que la adopción conjunta ha sido concebida y diseñada “para suplir las relaciones de paternidad y maternidad” razón por la cual solo parejas

heterosexuales pueden acudir a esta figura, pues así lo ha expresado el legislador respaldado plenamente por la Constitución (artículo 42), por lo cual no transgrede los artículos 13 y 42 superiores. En razón a ello, la Corte sostiene que los artículos 64 numeral 1° y 68 numeral 3° de la Ley 1098 de 2006, así como el artículo 1° (parcial) de la Ley 54 de 1990 deben ser declarados exequibles de manera pura y simple.

Sobre la adopción complementaria o por consentimiento, la Sala sustentó su aprobación en aras de proteger el derecho de los menores de edad a no ser separados de su familia (artículo 44 C.P.), derecho que podría resultar vulnerado si la Corte se abstuviera de reconocer las relaciones familiares que se entablan entre niños(as) con única filiación y el compañero(a) permanente del mismo sexo de su progenitor, siendo que ambos comparten el cuidado, la crianza y la manutención del menor. Con este argumento la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicional de los apartes demandados de los artículos 64 numeral 5°, 66 y 68 numeral 5° del Código de Infancia y Adolescencia, “en el entendido que dentro de su ámbito de aplicación también están comprendidas las parejas del mismo sexo cuando la solicitud de adopción recaiga en el hijo biológico de su compañero o compañera permanente”.

- Mediante Sentencia **C-683 de 2015** (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), la Corte Constitucional da vía libre a la adopción por parejas de igual sexo sin condicionamientos, es decir, que esta destacada decisión permite que aquellas familias conformadas por lesbianas o gays tengan la facultad de iniciar un proceso de adopción ante el ICBF, o que el/la compañero(a) permanente de la pareja que haya adoptado individualmente a un menor solicite la adopción del mismo. Los argumentos de la Sala se han fundamentado en:
 - i. Que según las pruebas aportadas, entre las cuales se incluyeron estudios científicos, demostraban preponderantemente que no está acreditada la existencia de afectaciones al desarrollo integral de los niños(as), ni siquiera en aquellos(as) que viven con parejas del mismo sexo.

- ii. Que ni la orientación sexual ni el sexo *per sé* de una persona pueden ser indicadores de “falta de idoneidad moral, física o mental para adoptar”, tomar ello como lineamiento para evaluar la aptitud de adoptantes obstaculiza el acceso de los niños(as) a una familia, de tal manera que se restringe sus derechos y vulnera ostensiblemente su interés superior de protección constitucional.
 - iii. En lo concerniente a la omisión relativa del legislador, la Corte reafirma y justifica su competencia para resolver este asunto en cumplimiento de su función de control constitucional (artículo 241 C.P.) a la actividad del parlamentario, en aras de “garantizar los derechos de grupos vulnerables y sin representación democrática específica” como ocurre en el caso de estudio.
 - iv. Que todos los procesos de adopción están dirigidos a garantizar enteramente el interés superior de los menores de edad y el restablecimiento de sus derechos cercenados, y que permanecerá la obligación del Estado colombiano de verificar a través del ICBF el cumplimiento de los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico y actuar conforme la Constitución y el contenido de esta sentencia.
- La Corte hace un llamado encaminado a desvanecer aquél temor a la falta de preparación de la sociedad para asumir una decisión de esta envergadura, resaltando que las dudas que rodean el asunto “no se disipan negando una inocultable realidad” sino admitiendo e incluyendo en el ámbito social, educativo y jurídico el carácter diverso y pluralista de las personas y familias colombianas.

6. ANEXOS

	Pág.
<i>Figura 1.</i> Tendencias Globales de Adopciones Anuales.	38
<i>Figura 2.</i> Estadísticas de niños, niñas y adolescentes dados en adopción en 2014.	47
<i>Figura 3.</i> Estadísticas de niños, niñas y adolescentes dados en adopción en 2015.	47
<i>Figura 4.</i> Estadísticas del programa de adopciones (1997-2015).	48
<i>Figura 5.</i> Estadísticas de niños, niñas y adolescentes dados en adopción.	48
<i>Figura 6.</i> Niños, niñas y adolescentes con características y necesidades especiales adoptados (2006-2015).	49
<i>Figura 7.</i> Estadísticas de familias residentes en Colombia y en el exterior en lista de espera del ICBF.	49
<i>Figura 8.</i> Estadísticas de familias residentes en el exterior en lista de espera del ICBF.	50
<i>Figura 9.</i> Estadísticas de familias residentes en el exterior en lista de espera del ICBF.	50
<i>Figura 10.</i> Estadísticas de familias residentes en el exterior en lista de espera del ICBF por rango de edad.	51
<i>Figura 11.</i> Estadísticas de familias residentes en el exterior en lista de espera ISPAS.	51
<i>Figura 12.</i> Estadísticas de familias colombianas y extranjeras en lista de espera en las IAPAS por rango de edad.	52
<i>Figura 13.</i> Cuadro resumen internacional de adopción homoparental.	73
<i>Figura 14.</i> Modelo de construcción y vivencia de la orientación sexual.	82

BIBLIOGRAFÍA

American Psychological Association APA. (2005). Lesbian & Gay Parenting. Lesbian, Gay, and Bisexual Concerns Office.

Ansamed. (2014). “Ley aprobada en uniones civiles”. Croacia: Revista Ansa. Retrieved from:http://www.ansamed.info/ansamed/it/notizie/rubriche/politica/2014/07/15/gay-croazia-approvata-legge-sulle-unioni-civili_2c0df2fb-b16d-4bf4-8da3-f52b2ff7d4d3.html.

Anatrella, T. (2011). La adopción de niños por personas homosexuales. *Humanitas: revista de antropología y cultura cristiana*, ISSN 0717-2168, Año 16, N°. 61, p. 80-93.

Aristóteles. (2005). Política. Traducción de Pedro López Barja de Quiroga. *Ediciones Istmo, Madrid*. p. 159-60. Citado por: Baelo, 2013, p. 52.

Artehistoria. (2008). Egipto, Documental sobre una de las grandes civilizaciones. *Documental*. 11 minutos 38 segundos. Retrieved From: <https://www.youtube.com/watch?v=oVQVhTqjSRc>

Asch, S. (1997). “*On the way to the water,*” *Lesbian Raising Sons*, L.A.: Alyon Books.

Ausserbauer, G. (2008). Ley de concubinato empieza a aplicarse con menos dudas de lo que se esperaba. Diario Digital La Red 21. Retrieved From: <http://www.lr21.com.uy/comunidad/308326-ley-de-concubinato-empieza-a-aplicarse-con-menos-dudas-de-lo-que-se-esperaba>.

Baelo, M. (2013). La adopción. Historia del amparo socio-jurídico del menor. *Mención internacional del título de doctor*. Provincia de La Coruña: Universidade da Coruña, departamento de sociología y ciencia política de la administración.

BBC. (2010). Brasil: “Brasil da luz verde a la adopción gay”. BBC Mundo. Retrieved from: http://www.bbc.com/mundo/cultura_sociedad/2010/04/100428_brasil_adopcion_homosexuales_az.shtml

- Belluscio, A. (1997). Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires: *Ediciones Depalma*. p. 223.
Citado por: Miranda, 1999, p. 17.
- Benito, E. (2015). *Suecia aprueba la adopción de niños por parejas de gays y lesbianas*. *EL PAÍS*. – Retrieved From: http://elpais.com/diario/2002/06/07/sociedad/1023400809_850215.html.
- Blaschk, J. (2001) Los Grandes Engimas del Cristianismo: *Editorial Printer Latinoamerica Ltda*. Bogota.
- Bolton, R. (2011). Maternidad Subrogada, en García, José Juan (director): *Enciclopedia de Bioética*, Retrieved from: <http://enciclopediaebioetica.com/index.php/todas-las-vozes/210-maternidad-subrogada>.
- Bowen, J. (1976). Historia de la Educación Occidental, *Editorial Herder*, Barcelona. p. 123;
- Buil, E; García-R., E & Otros. (2004). La Adopción Por Homosexuales. Anuario de Psicología Jurídica, Volumen 14. p. 81-98. ISBN: 84-87566-33-7.
- Caminos, R.A. (1964). The Nitocris Adoption Stela. *Journal of Egyptian Archaeology*, Vol. 50. Citado por: Baelo, 2013, p. 32.
- Castán, J. (2007). Derecho Civil Español común y floral. Madrid: Tomo I.
- Castro, A. (2015). Comunicado de la Comisión Permanente de la Conferencia Episcopal de Colombia, Sobre la Decisión de la Corte Constitucional acerca de la Adopción de Menores de Edad por Parejas Conformadas por Personas del Mismo Sexo. Bogotá.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012) caso atala rizzo y niñas vs. Chile. Sentencia del 24 de Febrero de 2012. Retrieved From: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf.
- Cimacnoticias.com.mx.(2015). Recibe una pareja de lesbianas permiso para adoptar dos niñas. Retrieved From: <http://cimacnoticias.com.mx/node/27082>.
- Cohen, E. (2015). El Gran Medio Oriente: “Israel, país puntero en derechos LGTB”. El Medio. Retrieved From: <http://elmed.io/israel-pais-puntero-en-derechos-lgtb/>.

- Cuartas, P. (2015). “La eterna espera de los niños huérfanos”. Bogotá: El Espectador. Retrieved From: <http://www.elespectador.com/noticias/nacional/eterna-espera-de-los-ninos-huerfanos-articulo-544704>.
- De Coulanges, F. (1995). La ciudad antigua. *Ediciones Panamericanas*. Santafé de Bogotá. p. 59 a 63. Citado por: Miranda, J. (1999). La adopción como institución jurídica y medida de protección por excelencia. *Tesis de grado para optar a título de abogado*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de ciencias jurídicas.
- Demaussé, L. (1982), pág. 48; Vernant, J.P et al. (1993). El hombre griego, *Alianza Editorial*. Madrid. p. 104. Citados por: Baelo, 2013, p. 56.
- Diversas disposiciones contenidas en el Código de la Niñez y la Adolescencia relativas a adopción. Montevideo: Poder Legislativo. Retrieved from: <http://www.impo.com.uy/bases/leyes-originales/18590-2009>.
- El País, periódico global. (2008). “Israel reconoce por primera vez como padres adoptivos a un matrimonio homosexual”. Madrid: *Diario El País, periódico global*. Retrieved From: http://sociedad.elpais.com/sociedad/2008/04/09/actualidad/1207692003_850215.html.
- El Espectador (2015), “*El derecho a la adopción no existe*”: Viviane Morales, Retrieved From: <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/el-derecho-adopcion-no-existe-viviane-morales-articulo-547761>.
- El País(2014), Procuraduría se opone a adopción para parejas del mismo sexo. Retrieved From: <http://www.elpais.com.co/elpais/colombia/noticias/procuraduria-opone-adopcion-para-parejas-mismo-sexo>.
- El Tiempo. (2015). *Quince países permiten en el mundo la adopción homoparental - Latinoamérica - El Tiempo*. Retrieved From: <http://www.eltiempo.com/mundo/latinoamerica/adopcion-homoparental-paises-en-el-mundo-que-permiten-la-adopcion/15268775>.
- El Tiempo (2015), Procurador pedirá anular el fallo que permitió la adopción gay. Retrieved From: <http://www.eltiempo.com/politica/justicia/procurador-pedira-anular-fallo-que-permitio-adopcion-gay/16422395>.

- Es.wikipedia.org. (2015). *Adopción internacional*. From: https://es.wikipedia.org/wiki/Adopci%C3%B3n_internacional.
- Eurípides. (1985). *Ion*, Tragedias, Trad. J. L. Calvo Martínez, Editorial Gredos, Madrid. p. 154-55. Citado por: Baelo, 2013, p. 58.
- Fernández, M. (2014). Reseña histórica de la regulación legal de la adopción en España. *Revista de la sociedad española de psicoanálisis*, Julio, No. 8.
- Fuentes, C. (2007). Lineamiento Técnico para Adopciones en Colombia (pp. 1–23).
- García, V. (1924). *Mánava-Dharma-Sâstra*, Leyes de Manú, Instituciones religiosas y civiles de la India. Paris: *Casa editorial Garnier Hermanos*.
- Gómez, H. (1992). Derecho de Familia. *Editorial Temis S.A.* Bogotá.
- Gutman, A. (2009). La civilización de la India Antigua. Vol. I, Edición digital exclusiva.
- Gurisatti, C.; Beltrán, J. (2015). La propuesta de referendo contra la adopción homoparental. Programa de opinión: La Noche, RCN.
- HazteOir.org. (2005). No Es Igual Informe Sobre El Desarrollo Infantil En Parejas Del Mismo Sexo, 17.
- Hodkinson, S. (1997). Servile and free dependants of the Spartan oikos, in M. Moggi & G. Cordiano (eds.), *Schiavi e Dipendenti nell'Ambito dell'Oikos e della Familia*. Pisa, p. 45-71;
- Fornis, C. (2003). Esparta. Historia, Sociedad y Cultura de un mito Historiográfico. *Editorial Crítica*, Barcelona. p. 243-46. Citados por: Baelo, 2013, p. 54.
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar “ICBF”. (2015). “*Estadísticas del procedimiento de adopciones*.”. Retrieved From: [http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/IntranetICBF/organigrama/Secretaria General/GestionHumana/DocumentacionGH1/1/Inducci%C3%B3n%20Dirección%20de%20Protección%20Agosto%20de%202014.ppt](http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/IntranetICBF/organigrama/Secretaria%20General/GestionHumana/DocumentacionGH1/1/Inducci%C3%B3n%20Dirección%20de%20Protección%20Agosto%20de%202014.ppt).
- Iseo. (1996). Discursos. Introducción, traducción y notas de María Dolores Jiménez López. Madrid, *Editorial Gredos S.A.*

Jenofonte. (1985). *Helénicas*, Trad. Orlando Guntiñas Tuñón, *Editorial Gredos*. Madrid, p. 211. Citado por: Baelo, 2013, p. 54.

Kovalev, S. (1976). *História da Antiguidade. A Grécia*, *Editorial Estampa*. Lisboa. p. 82; Oliva, P. (1983). *Esparta y sus problemas sociales*. Trad. Marina Picazo, *Akal Universitaria*. Madrid, p. 176-81. Citados por: Baelo, 2013, p. 54.

La Nación. (2015). *Crece el tráfico de niños en América latina*. *Lanacion.com.ar*. Retrieved From: <http://www.lanacion.com.ar/570640-crece-el-trafico-de-ninos-en-america-latina>.

Loiseleur, A. Auguste-Louis-Armand Loiseleur Deslongchamps. (1909). *Lois de Manou, comprenant les institutions religieuses et civiles des indiens, suivies d'une notice sur Les Védas*. Tr. y notas: A. Loiseleur-Deslongchamps. París: Garnier Frères. Aclaratoria: para esta monografía se usó la versión en castellano.

López Gaviño, F. (2014). *Experiencia vital, perfil psicológico y orientación sexual de jóvenes adultos con madres lesbianas o padres gays*, 339 páginas.

Marsal, A. (2015). *Adopción entre homosexuales*. *NetMoms*. Retrieved From: <http://www.netmoms.es/revista/ser-padres/adoptar/adopcion-entre-homosexuales/>.

Mazeaud, H; Mazeaud L. & Mazeaud J. (1976). *Lecciones de Derecho Civil, Parte 1ª*, *Ediciones Jurídicas, Europa- América*. Buenos Aires. Vol. III.

Muñoz, J. (2008). "Israel rompe los tabúes y permite adoptar a parejas homosexuales, la derecha religiosa califica la decisión judicial de 'nauseabunda' ". *Jerusalén: Diario El País*. Retrieved From: http://elpais.com/diario/2008/02/12/sociedad/1202770804_850215.html

NoticiasRCN.com. (2015). *Concepto de la U. Externado sobre adopción gay es favorable*. Bogotá: portal de noticias RCN. Retrieved from: <http://www.noticiasrcn.com/nacional-pais/concepto-u-externado-adopcion-gay-favorable>.

Navarro, L. (2013). *Posiciones en contra y en favor de la adopción homoparental desde la sociología y la psicología*, 185–218. Retrieved from: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoPrivado/4/dtr/dtr7.pdf>.

- Ordóñez, S., & Valencia, M. (2013). Adopción por parejas homosexuales: de la realidad social hacia el reconocimiento judicial. *Precedente*, 2, 227–288.
- Padilla, G. (2004). Derecho Romano. Tercera Edición. *Editorial McGraw-Hill Interamericana*, México D.F.
- Perasso, V. (2009). Uruguay: Luz verde a la "adopción gay". BBC Mundo, Cono sur. Retrieved from: http://www.bbc.com/mundo/america_latina/2009/09/090909_2223_gay_uruguay_jg.shtml.
- Plutarco. (1945). *Vidas Paralelas*. Tomo I. Trad. Antonio Ranz Romanillos, Espasa-Calpe, Madrid. p. 132-33. Citado por: Baelo, 2013, p. 52.
- Ragap. (2013). Referéndum homófono en Croacia: ¿Está usted a favor de la definición del matrimonio como unión entre hombre y mujer?. *España: Diario Ragap*. Retrieved from: <http://www.ragap.es/actualidad/internacional/referendum-homofobo-en-croacia-esta-usted-a-favor-de-la-definicion-del-matrimonio-como-union-entre-hombre-y-mujer/705851>.
- Ramírez, G. (2015). La Sentencia C- 071 de 2015 sobre adopción entre parejas del mismo sexo: ¿retroceso o avance?. Bogotá: El blog, Universidad Externado de Colombia. Retrieved from: <http://blog.uexternado.edu.co/la-sentencia-c-071-de-2015-sobre-adopcion-entre-parejas-del-mismo-sexoretroceso-o-avance/>.
- Regulación de la Adopción de Menores en Colombia* (2015). Retrieved From http://www.oas.org/dil/esp/Regulacion_de_la_adopcion_de_menores_Colombia.pdf.
- Revista Semana (2015), La batalla de Viviane Morales contra la adopción igualitaria, Retrieved From. URL: <http://www.semana.com/nacion/articulo/viviane-morales-esta-en-contra-de-la-adopcion-igualitaria/448674-3>.
- Rouast, A. (1953). Evolución moderna de la adopción en Francia. Versión castellana de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. m, No. 10, abril-junio.

- Roux, G. (1987). Mesopotamia, Historia política, económica y cultural. *Editorial Akal S.A.* Madrid.
- Sánchez, M. (1979). Historia de Grecia, Montaner y Simón. Barcelona. p. 101-02; Bowen, J. (1976). Historia de la Educación Occidental. *Editorial Herder*, Barcelona. p. 85-91. Citados por: Baelo, 2013, p. 50.
- Selma, P. (2012). Tendencias Globales en Adopción Internacional: ¿en el “interés superior de la infancia”? *Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*. ISSN: 1138-9788. Vol. XVI, núm. 395 (21).
- Sociedades Biblicas Unidas. (1960). Santa Biblia. Antigua versión de Casiodoro de Reina revisada por Cipriano de Valera. *Editorial Panamericana Formas e Impresos S.A.* Bogotá.
- Strauss, B.S. (1993). Fathers and sons in Athens: ideology and society in the era of the peloponnesian war, Routledge. London, p. 1; Campoy, I. (2006). La negación de los derechos de los niños en Platón y Aristóteles, *Editorial Dykinson*, Madrid. p. 46; Munilla, G et al. (2003). Antropología de la religión. Una aproximación interdisciplinar a las religiones antiguas y contemporáneas, *Editorial UOC*, Barcelona. p. 195-96; Gracia, F et al. (2004). Protohistoria. Pueblos y Culturas en el mediterráneo entre los siglos XIV y II a.C, *Edicions Universitat de Barcelona*. p. 720; Gutiérrez, A et al. (2004). Historia de la Infancia. Itinnerarios educativos, Cuadernos de la Uned, Madrid, p. 38-39; Cfr. Pomeroy, S et al (2001). p. 264. Citados por: Baelo. 2013. p. 56.
- Tenorio, L. (2012). Matrimonios entre homosexuales y adopción de hijos, paradigmas por resolver. *Revista de Derecho Privado UNAM, Edición Es*, 15. Retrieved from <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/23/dtr/dtr12.pdf>.
- Teletrece, (2015). *[Interactivo] Estos son los países que han aprobado el matrimonio homosexual*. Retrieved from <http://www.t13.cl/noticia/mundo/interactivo/mira-los-paises-que-han-aprobado-el-matrimonio-entre-parejas-del-mismo-sexo>.
- Utilidad.com,. (2015). *Legislación sobre adopción homoparental en España - utilidad.com*. Retrieved from: http://www.utilidad.com/legislacion-sobre-adopcion-homoparental-en-espana_1736.

- Vanguardia (2015), Procuraduría interpondrá incidente de nulidad por fallo de adopción gay.
Retrieved from: <http://www.vanguardia.com/colombia/335078-procuraduria-interpondra-incidente-de-nulidad-por-fallo-de-adopcion-gay>
- Vallverdú, J. (2004). Reflexiones históricas sobre la adopción. En: *Revista de psiquiatría y psicología del niño y del adolescente, No.1.*
- Vernant, J.P et al. (1993). El hombre griego, *Alianza Editorial*, Madrid. p. 105. Citados por: Baelo. 2013. p. 58.
- Visquez, A (N.D). La Institución de la Adopción. Retrieved from: <http://www.pani.go.cr/libreria/La%20institucion%20de%20la%20adopcion.pdf>.
- Web.psoe.es,. (2004). *Informe: Aaopción Homoparental en EEUU; La Jurisprudencia - PSOE.*
Retrieved rom <http://web.psoe.es/lgtb/docs/41587/page/informe-adopcion-homoparental-eeuu-jurisprudencia.html>.
- Wooding, P. (2015). *Inglaterra: Nueva ley obliga a cerrar centros de adopción cristianos - El Mundo - Mundo Cristiano - CBN.com. Cbn.com.* Retrieved from <http://www.cbn.com/mundocristiano/elmundo/2011/February/Inglaterra-Nueva-ley-obliga-a-cerrar-centros-de-adopcion-cristianos-/>.
- 20minutos.es. (2015). *El Congreso Belga aprueba una ley de adopción por homosexuales - 20minutos.es.*
Retrieved from: <http://www.20minutos.es/noticia/71362/0/BELGICA/HOMOSEXUALES/>.

Registro de Leyes y Decretos

- Congreso De La República de Colombia. (2006). Ley 1098 (8, noviembre, 2006) por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. *Diario oficial*. Bogotá: Poder Legislativo.
- Congreso Nacional de la República Argentina. (2003). Ley 1004, por la cual se establece el Estatuto de la Unión Civil en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Buenos Aires: Poder Legislativo. Retrieved from: <http://www.cedom.gov.ar/es/legislacion/normas/leyes/ley1004.html>.

Congreso Nacional de la República Argentina. (2003). Decreto Reglamentario 556 de 2003, por el cual se reglamenta la Ley 1004 de 2003. Buenos Aires: Poder Legislativo. Retrieved from: <http://www.cedom.gov.ar/es/legislacion/normas/leyes/anexos/drl1004.html#d1004>.

Congreso Nacional de la República Argentina. (2010). Ley 26.618, por la cual se modifica el Código Civil. Buenos Aires: Poder Legislativo. Retrieved from: <http://www.unc.edu.ar/extension/vinculacion/genero/legislacion-vigente-sobre-genero/nacionales/ley%20nacional%2026618-matrimonio-igualitario-2010.pdf>

Poder Legislativo de la República Oriental del Uruguay. (2008). Ley 18.246, por medio de la cual se regula la Unión Concubiniaria. Montevideo: Poder Legislativo. Retrieved from: <http://www.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=18246&Anchor=>.

Poder Legislativo de la República Oriental del Uruguay. (2009). Ley 18.590, por la que se sustituyen from: <http://www.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=18246&Anchor=>.

Poder Legislativo de la República Oriental del Uruguay. (2013). Ley 19.075, por la cual se dictan normas relativas al matrimonio igualitario. Montevideo: Poder Legislativo. Retrieved from: http://archivo.presidencia.gub.uy/sci/leyes/2013/05/mec_913.pdf.

Registro de Sentencias

Corte Constitucional de Colombia (1995). Sentencia T-290 del 5 de Julio de 1995. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia (1998). Sentencia T-514 del 21 de Septiembre de 1998. Magistrado Ponente: Jose Gregorio Hernández Galindo. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia (2001). Sentencia T-797 del 13 de Septiembre de 2001. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (2007). Sentencia C-075 del 7 de Febrero de 2007. Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil. Colombia.

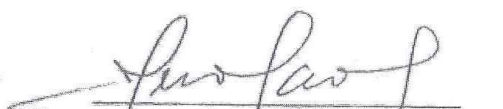
Corte Constitucional de Colombia (2011). Sentencia C-577 del 26 de Julio de 2011.
Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Colombia

Corte Constitucional de Colombia. (2011).Sentencia T-844 del 8 de Noviembre de 2011.
Magistrado ponente: Jorge Ignacio Petrelt Chalujb. Colombia.

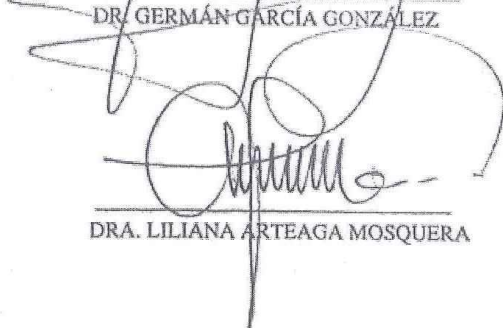
Corte Constitucional de Colombia (2014).Sentencia SU-617 del 28 de Agosto de 2014
Magistrado Ponente Luis Guillermo Guerrero Pérez.

PÁGINA DE ACEPTACIÓN

De conformidad con la NTC (Norma Técnica Colombiana) 1486, esta página contiene las firmas de quienes participaron en la revisión, sustentación y aprobación del trabajo de grado y hace parte del cuerpo de la Monografía, pero no tiene ningún efecto académico, ni reemplaza la resolución aprobatoria de trabajo de grado.



DR. GERMÁN GARCÍA GONZÁLEZ



DRA. LILIANA ARTEAGA MOSQUERA

DR. HOLBEIN GIRALDO PAREDES

DR. VIRGINIA GUTIÉRREZ VALENCIA

Santiago de Cali, 14 de julio de 2016



*La Calidad académica
un compromiso institucional*

NIT: 860.013.798-5

MEMBROS DE LA ASOCIACIÓN
COLOMBIANA DE UNIVERSIDADES

FORMATO DE AUTORIZACIÓN PARA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS DE GRADO, TESIS,
MONOGRAFÍAS, ENSAYOS, TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN Y OTROS A FAVOR DE LA
UNIVERSIDAD LIBRE

FECHA		
DD	MM	AAAA
19	07	2016

SECCIONAL: CALI

Documento de Identidad		Apellidos	Nombres	Correo Electrónico
Tipo	Número			
CC	1130640715	CANDADO REYES	JOHAN ELIANA	nanakata551@hotmail.com
CC	1144053596	BONILLA MEJÍA	LINA MARÍA	linabonillamejia@gmail.com

Facultad: DERECHO

Programa: DERECHO, CIENCIAS POLITICAS Y SOCIALES

Título Profesional obtenido: ABOGADA

Título del Trabajo de Grado: ANÁLISIS DE LOS DESAFÍOS DE LA ADOPCIÓN HOMOPARENTAL EN COLOMBIA

Director del Trabajo de Grado: GERMÁN GARCÍA GONZÁLES

AUTORIZACIÓN DE PUBLICACIÓN:

Autorizo a la Universidad Libre, para que de acuerdo con lo reglamentado en la Ley 23 de 1982, Ley 44 de 1993, Decisión Andina 351 de 1993, Decreto 460 de 1995 y demás normas relacionadas, disponga de los derechos de comunicación pública, préstamo y divulgación, que me corresponden como autor del presente trabajo de grado o tesis, en formato virtual, electrónico, digital, en red, Internet, intranet y en general por cualquier formato conocido o por conocer.

PARAGRAFO: El Autor (es) certifica que el trabajo de grado o tesis, objeto de esta autorización, es de exclusiva autoría, no vulnera derechos de terceros, por lo tanto en caso de presentarse alguna acción o reclamación de terceros, sobre derechos de autor, asume la responsabilidad total correspondiente.



*La Calidad académica
un compromiso institucional*

NT: 86.001.779.5

MIEMBROS DE LA ASOCIACIÓN
COLOMBIANA DE UNIVERSIDADES

La Universidad Libre no asume responsabilidades por reclamaciones de terceros.

Si autorizo(s) _____

No autorizo(s) _____

Si autorizo con limitaciones, especifique: Autorizo con las siguientes limitaciones:

- Publicación parcial del trabajo, dónde no sea publico el ítem correspondiente a la postura.
- Que se proteja la integridad de su escrito, para que se mantenga como originalmente ha sido emitida.
- Que de requerirse el escrito para algo diferente a su publicación de ánimo investigativo se consulte antes con las autoras para que emitan una autorización.

Como autor certifico que conozco las implicaciones jurídicas que se generan en la aplicación de los principios y legislación nacional e internacional de derechos de autor, y respaldo con mi firma la autorización descrita:

<p>FIRMA <i>John E. Juan Carlos Nieto</i> C.C. 1.130.640.715</p>	<p>FIRMA <i>[Signature]</i> C.C. 1.144.053.500</p>
--	--