



**ADOPCIÓN POR PAREJAS HOMOSEXUALES: REALIDAD SOCIAL HACIA EL  
RECONOCIMIENTO JUDICIAL**

**PROYECTO DE GRADO**

**Por:**

**STEPHANIE ORDOÑEZ DAZA**

**MARIA CRISTINA VALENCIA VALENCIA**

**TUTORA**

**DIANA MARCELA SOLANO**

**Santiago de Cali, Junio de 2012  
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales  
Departamento de Estudios Jurídicos  
Universidad Icesi**

## TABLA DE CONTENIDO

### INTRODUCCIÓN

#### ***1. Estructuras Institucionales***

1.1 Estructura del Estado Colombiano

1.1.1 *La Corte Constitucional*

1.2 Estructura del Estado Mexicano

1.3 Estructura del Estado de Brasil

#### ***2. Controversia Jurídica y lugar de los medios de comunicación en el debate***

2.1 Colombia: el concepto de familia

2.2 México: el interés superior del menor

2.3 Brasil y sus casos judiciales

#### ***3. Qué pesa más: prejuicios o igualdad***

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

3.2 México: Quién es o no, un buen padre

3.3 Brasil: Lo que no está prohibido, está permitido

3.4 Análisis comparativo de los argumentos jurisprudenciales. Semejanzas y diferencias

### **4. CONCLUSIONES**

## INTRODUCCIÓN

Este artículo tiene como propósito realizar una descripción del debate argumentativo en la jurisprudencia de las Altas Corte de los países de Colombia, México y Brasil en torno al reconocimiento del derecho a la adopción por parejas homosexuales. Para el entendimiento del debate y sus implicaciones sociales, se hace necesario tener en cuenta la controversia suscitada en los medios de prensa virtuales y la estructura institucional del poder judicial. Se trata de una mirada alrededor de lo ocurrido en estos países cuando dos personas del mismo sexo- hombres o mujeres-, desean de forma voluntaria y conjunta, tener acceso a la adopción de un menor.

De acuerdo a lo encontrado en la doctrina, en la prensa y en la jurisprudencia estudiada el debate sobre adopción en parejas homosexuales ha sido analizado bajo cuatro perspectivas. En primer lugar se encuentra el derecho a conformar una familia y si dos personas del mismo sexo pueden en un momento determinado, ser considerados como tal, o si por el contrario, darían nacimiento a una figura jurídica distinta. En segundo lugar se encuentran los derechos del menor adoptivo, es uno de los aspectos más controversiales, debido a que existen - y ese podría considerarse otro tipo de planteamiento respecto del tema- diferentes estudios sobre las consecuencias positivas y/o negativas que se originan en el desarrollo de esta institución frente al menor. En tercer lugar, tenemos que la discusión se ha centrado en la ponderación entre el interés superior del menor y los derechos de las personas homosexuales al libre desarrollo de la personalidad. Ligado a lo anterior, y en último lugar está el papel del Estado y sus órganos respecto a la función de equilibrar entre derechos para garantizar la realización del principio de igualdad frente al reconocimiento del derecho a la adopción homoparental.

Teniendo en cuenta los elementos anteriores, concepto de familia, prevalencia de los derechos del niño, derecho al libre desarrollo de la personalidad y derecho a la igualdad, el problema de estudio girará en torno a las diferencias y similitudes que pueden identificarse en los argumentos jurídicos aducidos por las Altas Cortes de Brasil, México y Colombia, en el debate sobre el reconocimiento del derecho a la adopción por parejas homosexuales. Para efectos de este trabajo analizaremos lo enunciado por ellos

en sus providencias y finalmente se contrastaran esos argumentos, para evidenciar cómo varían de un país a otro.

Dicha descripción de argumentos, se realizará a partir de la identificación de aquellos ámbitos del derecho a la adopción que se reconocen actualmente y aquellos cuyo reconocimiento se encuentra en suspenso. Estos ámbitos han sido abordados desde lo propuesto por Rodrigo Uprimny (2011) en el artículo *“Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”* publicado por el profesor en el libro *“El derecho en América Latina: Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI”*. En éste texto se expone el cambio que se produjo en los países de América Latina con la adopción de las nuevas Constituciones en la década de los 80 y 90. En las mismas se plantea la protección y el reconocimiento del pluralismo, la diversidad y la multiculturalidad como principios rectores de un Estado social de Derecho, en el cual se propende por el amparo de los grupos históricamente discriminados. De igual manera, estos nuevos textos constitucionales implementaron mecanismos judiciales de protección y garantías constitucionales; esto último conllevando a la modificación de la estructura de sus instituciones.

El presente documento se dividió en tres partes. En la primera se aborda la estructura del poder público en los países mencionados, haciendo especial énfasis en las funciones que vía constitucional se asignan a la rama judicial, siendo importante esta identificación en tanto permite entender la incidencia de los fallos dictados por las Altas Cortes. En un segundo aparte se analiza el contexto social de cada país a partir de lo manifestado por los sectores de incidencia conformados por la comunidad LGBTI, el clero, el Estado y los representantes de los partidos políticos. El análisis se hará centrándonos en cómo estos cuatro sectores han recibido las decisiones de las Cortes sobre la adopción en parejas homosexuales, y también para identificar la relación entre los argumentos a favor y en contra de la adopción por parte de estos grupos y las sub-reglas establecidas en las sentencia de las Cortes. Por último, se desarrolla un análisis estático de las principales sentencias emitidas por las Altas Cortes en México, Brasil y Colombia que tratan el tema de la adopción homoparental y que son consideradas sentencias hito respecto al tema, identificando los argumentos presentados y discutidos en cada una de ellas, finalizando con un estudio comparado de los argumentos

previamente identificados, con el fin de determinar cuáles han tenido mayor relevancia en los respectivos países al momento de declarar o no el derecho a la adopción.

Las fuentes bibliográficas consultadas han sido las bases de datos jurisprudenciales de la Corte Constitucional en Colombia, la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México, y el Supremo Tribunal Federal y el Tribunal Superior de Justicia de Brasil; la doctrina especializada en el tema y artículos de medios de comunicación on-line como los de los diarios La libertad, Vanguardia Liberal, El Colombiano, El Tiempo, Caracol, La Opinión, la Revista Semana, El Espectador, Wikigay, ANSA, Aciprensa, CNN, Suite 101.net, Watch, Universal, Instituto Amigos de Lucas, Consultor Jurídico y BBC News disponibles para el caso de cada uno de los países estudiados. Debido a las dificultades presentadas al momento de la recolección de la información en los medios de comunicación, el criterio empleado para la escogencia de éstos se fundamentó en que las notas de prensa evidenciaran la existencia del debate de forma continua sobre el tema de los derechos de las parejas homosexuales.

## 1. ESTRUCTURAS INSTITUCIONALES

Para realizar el estudio comparado de las sentencias emanadas por las Altas Cortes de los países objeto de estudio en relación con la adopción homoparental, es necesario conocer la organización y la forma de producción jurisprudencial de dichas Cortes. Indudablemente esto está atado a la estructura misma de los Estados y a la forma como las nuevas Constituciones han dotado a ciertos órganos judiciales de facultades para interpretar los derechos y los principios consignados en los textos constitucionales en circunstancias fácticas particulares.

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

En este aparte se estudiará grosso modo la estructura de los Estados de Colombia, México y Brasil, y el lugar que dentro de los mismos tienen la Corte Constitucional, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y el Supremo Tribunal Federal y el Tribunal Superior de Justicia, respectivamente.

### ***1.1 Estructura del Estado Colombiano***

Colombia es una República unitaria integrada por tres ramas: ejecutiva, legislativa y judicial. La rama ejecutiva se encuentra en cabeza del Presidente de la República, quien actúa como Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa. La legislativa está compuesta por el Senado y la Cámara de Representantes. Finalmente, la

rama judicial se divide en jurisdicciones a saber, la ordinaria, la contenciosa administrativa, la constitucional, la disciplinaria y las jurisdicciones especiales. A pesar de ser ramas independientes, se ha adoptado el sistema de frenos y contrapesos con el fin establecer una vigilancia mutua, para evitar la extralimitación en sus funciones.

Respecto a la rama judicial, la jurisdicción contencioso administrativa está conformada por el Consejo de Estado, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y los juzgados administrativos del circuito judicial. La jurisdicción ordinaria, está integrada por la Corte Suprema de Justicia, los Tribunales Superiores del Distrito Judicial y los juzgados del circuito y municipales. Es función de la Corte Suprema asegurarse de que el ordenamiento legal sea coherente, realizando esta actividad mediante la unificación de criterios en torno al principio de legalidad y de igualdad en los asuntos relativos a la jurisdicción ordinaria, es decir, civil, penal y laboral. La jurisdicción constitucional tiene dentro de sus órganos a la Corte Constitucional, el Consejo de Estado<sup>1</sup> y los jueces o corporaciones que ejercen la jurisdicción constitucional.<sup>2</sup> Teniendo en cuenta que la adopción homoparenal ha sido un tema debatido en sede de esta última jurisdicción, en lo que sigue se hablara en detalle de la Corte Constitucional como máximo órgano de la misma.

### *1.1.1 La Corte Constitucional*

La Carta Política de 1991 dio origen a la Corte Constitucional asignándole la tarea de asegurar la integridad y la supremacía de la Constitución. Esta Corte está compuesta por nueve magistrados, que son elegidos por el Senado de acuerdo a las ternas propuestas por la Corte Suprema de Justicia, el Presidente de la República y el Consejo de Estado. La Corte cumple con las funciones dispuestas en el artículo 241 de la Constitución Política, entre las que se encuentran el conocimiento y la decisión de las demandas de constitucionalidad promovidas por los ciudadanos contra cualquier norma del ordenamiento jurídico; la constitucionalidad de los referendos sobre las leyes, las

---

<sup>1</sup> De acuerdo al artículo 237 de la Constitución Política, numeral 2, es función del Consejo de Estado Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional.

<sup>2</sup> La ley 270 de 1996, Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, establece en su art. 43 que también ejercen jurisdicción constitucional, *excepcionalmente, para cada caso concreto, los jueces y corporaciones que deban proferir las decisiones de tutela o resolver acciones o recursos previstos para la aplicación de los derechos.*

consultas populares y los plebiscitos del orden nacional, así como la revisión de las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos fundamentales, entre otras.

De estas funciones, nos centraremos en la de control de constitucionalidad. Esta se realiza de forma directa a través de las acciones de inconstitucionalidad y de manera difusa mediante la revisión de fallos de tutela. La acción pública de inconstitucionalidad permite a todo ciudadano colombiano acudir ante la Corte cuando considere que existen normas dentro del ordenamiento jurídico que está violentando la Constitución. A través de esta acción “se pretende la declaración de inconstitucionalidad o de inexecutableidad (...), de todo o parte de un acto legislativo, una ley o un decreto ley, alegando que contraría la Constitución Política” (Ministerio del Interior y de Justicia, 2012). La sentencia que se origina a partir de esta acción, hace tránsito a cosa juzgada y tiene efectos *erga omnes*, es decir, “validez para todos y no sólo para quienes intervinieron en el proceso” (Universidad de Antioquia).

En cuanto al control difuso ejecutado mediante la acción de tutela, este es un mecanismo consagrado en el artículo 86 de la Constitución de 1991 que faculta a toda persona para “reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”. La decisión en sede de tutela es de inmediato cumplimiento, y tiene efectos inter partes; la misma puede ser impugnada y siempre debe ser remitida a la Corte Constitucional para su eventual revisión, quien se pronunciará sobre el caso manteniendo o modificando el fallo mediante sentencia (Corte Constitucional, 2012).

Las sentencias emitidas por la Corte Constitucional en el ejercicio de sus funciones son clasificadas en sentencias de constitucionalidad (identificadas con la letra C) y de tutela (T); derivadas de este ejercicio existen las sentencias de unificación de criterios (SU)<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> De acuerdo con la sentencia C-018 de 1993 de la Corte Constitucional, las sentencias de unificación tienen como propósito unificar las sentencias de revisión de tutela de la Corporación. Ello por cuanto la jurisprudencia de la Corte debe ser universal, coherente y consistente, con el ánimo de realizar el principio de igualdad material, en virtud del cual se debe conferir igual tratamiento a situaciones similares, así como propiciar un mínimo de certeza en el tráfico jurídico. Este mecanismo es útil toda vez que la Corte falla asuntos de tutela mediante las diferentes salas de revisión, cada uno de ellas encabezada por uno de los Magistrados de la Corporación, lo que origina que en un punto concreto del discurso

## ***1.2 Estructura del Estado Mexicano***

México es una República representativa, democrática y federal, conformada por “estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental [Constitución Política]” (Manrique Reyes, 2004, pág. 56).

Al igual que en Colombia existe una división tripartita del poder. El ejecutivo, se encuentra en cabeza del Presidente de los Estados Unidos Mexicanos. El legislativo, está integrado por el Congreso General, conformado por dos cámaras, una de diputados y otra de senadores. La rama Judicial es regida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y se encuentra integrada por otros órganos como el tribunal electoral, los tribunales colegiados y unitarios del circuito, y los juzgados del distrito. El Consejo de la Judicatura Federal, es el encargado de velar por el buen desempeño de los funcionarios de esta rama a excepción de la Suprema Corte de Justicia (Manrique Reyes, 2004).

Para el abordaje del problema de investigación, se tendrán en cuenta primordialmente las decisiones emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), por ser esta el máximo órgano judicial de éste país en todas las materias. Dicha Corte está compuesta por once ministros<sup>4</sup> quienes son elegidos por el Senado de la República con mayoría cualificada de dos terceras partes, previa presentación de la terna por parte del Presidente de la República. Los Ministros así elegidos, pueden desarrollar sus funciones en deliberaciones en pleno o por salas.<sup>5</sup> Dentro de esas funciones, están las de conocer y resolver los recursos de amparo, las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad.

---

jurídico constitucional no exista unidad de criterios entre una y otra sala de la Corporación. Tal fenómeno es perfectamente viable y natural y permite que sea razonable la existencia de un mecanismo de unificación.

<sup>4</sup> Para efectos del presente trabajo, y con el fin de no crear confusiones cabe destacar que el término Ministro corresponde a lo que en Colombia se reconoce con el nombre de Magistrado.

<sup>5</sup> De acuerdo a la Ley Orgánica del Poder judicial de la Federación artículos 10 y 2, en pleno se reúnen los once ministros de la SCJ. Las Salas están integradas, cada una, por cinco ministros, ya que el Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación no participa en ninguna de ellas, encargadas cada una con asuntos de competencia diferentes, una conoce de lo penal y civil, mientras la segunda de lo laboral y administrativo.

En un principio en México la Constitución, las leyes y los tratados tenían el mismo nivel de obligatoriedad, sin embargo, las diferentes influencias extranjeras permearon el ordenamiento jurídico conllevando a la introducción del concepto de primacía Constitucional. Según Carlos A. Echánove Trujillo (1941) --abogado, sociólogo y profesor de la Universidad Autónoma Nacional de México-- éste principio tiene su origen en Inglaterra, en donde se aplica a todos los actos menos sobre las leyes “porque éstas son emanación del parlamento que, como se ha dicho, es tan omnipotente que lo único que no puede hacer es un hombre”. En México, afirma este autor, “el sistema amplió su órbita, haciendo extensiva la supremacía de la constitución sobre las leyes mismas” (pág. 255). Dado lo anterior, se estipuló que la sola instrucción de principios en la Constitución no era un medio eficaz para su cumplimiento, sino que era necesaria la introducción de mecanismos de protección, en tanto “la verdadera garantía de los Derechos de la persona humana, consiste justamente en procedimientos que aseguran la protección” (Manrique Guerrero, 1975, pág. 391).

En México los mecanismos más relevantes para el cumplimiento de los principios constitucionales son tres. El primero de ellos es el recurso de amparo, que se originó en la Constitución de 1857 y es catalogado como el recurso de mayor trascendencia en éste país y puede ser interpuesto por cualquier persona que considere violentada la Carta Política. De esta forma, “El amparo es una de las garantías componentes del contenido de la jurisdicción constitucional mexicana, que se manifiesta y realiza en un proceso judicial extraordinario, constitucional y legalmente reglamentado, que se sigue por vía de acción y cuyo objeto es que el poder judicial de la Federación o los órganos auxiliares de este, vigilen imperativamente la actividad de las autoridades” (Hernández, 1966, pág. 14).

De acuerdo con TronPetit (1999), éste recurso tiene dos vías. Una de *acción directa* que procede toda vez que una ley o acto ejecutivo vulnera los derechos de una persona, en este caso el afectado puede solicitar a los jueces el juicio de amparo en un proceso de dos instancias. La otra vía es la de *control de constitucionalidad indirecto*, que se origina cuando se solicita el amparo de legalidad y/o constitucionalidad sobre una decisión judicial concluyente. Este procedimiento exige el agotamiento previo de los recursos dispuestos en los códigos procesales. Si en este trámite no se obtiene una decisión que satisfaga las garantías constitucionales del solicitante, este puede acudir al

juicio de amparo directo, que en estos casos se tramita ante los Tribunales Colegiados en única y última instancia, lo que equivale a un recurso de casación que solo de manera excepcional puede ser conocido por la SCJN.

Dentro del ordenamiento mexicano, también se encuentra el mecanismo de *Controversias Constitucionales*, el cual está orientado a dirimir las discusiones entre órganos o poderes del gobierno que surjan con ocasión de la distribución de competencias, que conlleven a actos contrarios al orden constitucional o legalidad. Es un proceso poco formal y de única instancia ante la SCJN. Por último, está la *Acción de Inconstitucionalidad*, cuya legitimidad por activa radica únicamente en cabeza de las minorías legislativas (33%) que estén inconformes con las leyes expedidas, el Procurador General de la República contra leyes o tratados; y finalmente los partidos políticos registrados quienes podrán discutir la constitucionalidad de las leyes electorales (Tron Petit, 1999, pág. 3).

### ***1.3 Estructura del Estado de Brasil***

Brasil, al igual que México, es un Estado cuya organización está dada en forma de República, democrática y federal. El ámbito Federal se refiere a la división en veintiséis estados federados que gozan de autonomía para la creación de leyes y de constituciones estatales, denominadas leyes orgánicas, pero limitadas por la Constitución Federal.

Respecto a la estructura administrativa del Estado, la Ley Suprema del país establece que el presidente es la máxima autoridad de la rama ejecutiva, cumpliendo funciones de jefe de estado y jefe de gobierno. El poder legislativo está conformado por el Senado Federal y la Cámara de Diputados. El poder judicial se divide en federal y estatal, compuesto el primero por el Supremo Tribunal Federal y el Superior Tribunal de Justicia, y el segundo por los Tribunales Federales regionales y la Justicia Federal.

En Brasil se distinguen dos justicias. *La común* ejercida por la Justicia Federal de los Estados y del Distrito Federal, a este último corresponden el Supremo Tribunal Federal (STF), el Superior Tribunal de Justicia (STJ), los Tribunales Regionales Federales, los Tribunales de los Estados y del Distrito Federal y los Jueces del Primer Grado. Y la *Justicia especial*, encargada de asuntos electorales, tramitados por el Tribunal Superior Electoral (TSE), controversias laborales conocidas por el Tribunal Superior de Trabajo

(TST) y asuntos militares que dirime el Superior Tribunal Militar (STM) (Castro Filho, 2012).

En cuanto a la estructura del STF y el STJ, cuyos pronunciamiento serán objeto de estudio en este documento, debe decirse que el primero actúa como Tribunal Constitucional pues tiene a su cargo la revisión de las acciones de inconstitucionalidad que se presentan contra las leyes; asimismo, tiene la facultad de conocer de los recursos extraordinarios presentados por los litigantes en instancias comunes. Está compuesto por once Ministros cuyo proceso de selección inicia con la indicación del Presidente de la República, previendo que cumpla con los pre-requisitos constitucionales. Posteriormente, el nominado tiene que ser aprobado por la mayoría absoluta del Senado Federal cuya deliberación es precedida por un pedido público de la Comisión de Constitución, Justicia y Ciudadanía del Senado. Una vez aprobado por el Senado, el escogido es nombrado por el Presidente de la República y está habilitado para tomar posesión del cargo, en sesión solemne del Plenario del Tribunal.

El STF, de acuerdo al Artículo 102 de la Constitución de la República Federativa de Brasil, tiene dentro de sus competencias la de garantizar el cumplimiento de la Constitución, procesar y evaluar la inconstitucionalidad de las leyes o los actos normativos federales o estatales, procesar y juzgar los litigios entre Estados extranjeros y organismos internacionales; conminar extradiciones solicitadas por otros países, ordenar la homologación de sentencias extranjeras; pronunciarse mediante recurso extraordinario sobre las causas decididas en única o última instancia, cuando la decisión desconozca la Constitución.

El STJ actúa como órgano de revisión en un plano de legalidad, respecto a las aplicaciones de las leyes federales. De acuerdo al Art. 104 de la Constitución, se compone como mínimo de treinta tres Ministros nombrados por el Presidente de la República después de ser seleccionados por el Senado Federal de las ternas elaboradas por el propio tribunal. El STJ está facultado entre otras funciones, para procesar y valorar las revisiones criminales y las acciones rescisorias de bienes, decidir en recurso especial las causas decididas en última instancia por Tribunales regionales, federales o por Tribunales de los Estados, del Distrito Federal y territorios, cuando la decisión recurrida contraviniese un tratado o ley federal.

De acuerdo con Castro Filho (2012) *“mientras que al Supremo Tribunal Federal, le compete velar por el respeto y la correcta aplicación de la Constitución de la República, al Superior Tribunal de Justicia le incumbe el cuidar de la autoridad y la uniformidad interpretativa del Derecho Federal común, infraconstitucional”* (pág. 4, 2012).

Al igual que en Colombia y en México, en Brasil se prevé el principio de supremacía de la Constitución, en tanto es esta la que *“dirige el andar de la sociedad y vincula, positiva y negativamente, todos los actos del poder público además de regular y proteger, en gran medida, a todos los actores sociales, individuales o colectivos. Consecario esencial de la superioridad que se atribuye a las normas constitucionales sobre las demás fue la proscripción de un proceso especial para su elaboración”* (Figueiredo, 2010, pág. 399).

En Brasil se han desarrollado acciones judiciales que se tramitan ante el STF para la protección de los derechos fundamentales. Nos referimos al *mandado de seguranca*, el habeas corpus, el habeas data, el *mandado de injuncao*, la acción civil pública y la acción popular. Además, existen otras acciones y recursos por medio de los cuales se asegura la competencia del Tribunal y se ejerce el control de constitucionalidad sobre los fallos de los Tribunales, de los jueces o de las leyes. Estos son el recurso extraordinario, la acción de inconstitucionalidad, la acción de incumplimiento por precepto fundamental y el reclamo constitucional.

El recurso especial, también objeto de estudio, es un mecanismo creado con el fin de impugnar ante el STJ, las causas decididas en única o última instancia por los Tribunales Regionales Federales o por los Tribunales de los Estados, del Distrito Federal y territorios, en los casos previstos en el artículo 105 de la Constitución, es decir, cuando contraviniesen tratados o ley federal, juzgase válida ley o acto de gobierno local de dudosa compatibilidad con una ley federal o diese a ley federal interpretación divergente de la que hubiese atribuido otro tribunal. Como tal este recurso no constituye un control de constitucionalidad, puesto que lo pretendido es efectuar una interpretación acorde a la legislación Federal; el ámbito constitucional sólo es competencia del STF. Sin embargo, encontramos que limita los efectos de su

decisión al igual que la acción de inconstitucionalidad, al elemento normativo sobre el cual se realizó la solicitud de revisión, esto es frente a un Estado determinado.

También existe la figura de sentencias de unificación elaboradas por el Supremo Tribunal Federal y que se denominan *sumulas*. Estas son resúmenes de líneas jurisprudenciales que deben ser observadas por todos los Tribunales y jueces. Para que una *sumula* tenga carácter vinculante es necesario provenga de reiteradas decisiones, si esa decisión va a sufrir alguna alteración es necesario que tenga una cuidadosa discusión (Ferreira Mendes, 2008).

Como puede verse Colombia, México y Brasil han adoptado la forma de Estado Social y Democrático de Derecho, lo que implica la adopción del principio de supremacía de la Constitución y la creación de mecanismos judiciales que permitan salvaguardar su integridad y la de los derechos que consagra. Entre los mecanismos encontramos una figura homóloga que es la acción pública de inconstitucionalidad y la acción de tutela o de amparo. Este elemento en particular se concreta en la existencia de órganos judiciales con facultades de control constitucional, como son la Corte Constitucional de Colombia, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México y el Tribunal Superior Federal de Brasil, cuyos fallos pueden ser analizados de manera análoga.

Dicho órganos judiciales entran en la lógica de “pesos y contrapesos” en tanto los magistrados o ministros son elegidos por los Congresos mediante ternas, propuestas en el caso colombiano por el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, en México por el Presidente de la República y en Brasil por el propio Tribunal. A su vez son estos funcionarios judiciales los encargados de velar por el cabal cumplimiento de la Constitución y el control de las arbitrariedades de las otras ramas, función en la que son coadyuvados por los órganos de control.

De estos estudios también encontramos marcadas diferencias que pueden resumirse de la siguiente manera:

- 1) La existencia de varios órganos de cierre dentro de las distintas jurisdicciones para el caso de Colombia y Brasil, y de un único órgano en el caso de México en el que este papel lo desempeña la SCJN. Cabe anotar que la calidad de Estados Federados en el

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

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

En conclusión podemos decir que México y Brasil se diferencian claramente de Colombia, donde efectivamente las decisiones de inconstitucionalidad permiten la expulsión del sistema normativo de las normas contrarias a la Constitución, y producirían efectos a nivel nacional. La diferencia descrita obedece al carácter Federal de México y Brasil y muy posiblemente podría considerarse que debido a los efectos tan limitados de sus decisiones -solamente a un Estado-, les resulta más factible apartarse de lo dispuesto tradicionalmente e intentar proponer una nueva línea jurisprudencial, aspecto que en Colombia se dificulta por el orden nacional que se vería afectado con la determinación que tomara la Corte Constitucional al respecto.

## **2. CONTROVERSIA JURÍDICA Y LUGAR EN EL DEBATE DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN**

Una vez realizada la caracterización de la estructura de los Estados y de los medios de defensa judiciales existentes para la protección de los derechos consagrados en la Constitución, el presente capítulo pretende ilustrar las controversias que se han producido a raíz del debate sobre el reconocimiento vía judicial del derecho a la adopción por parejas homosexuales -teniendo en cuenta que en Colombia aún no se admite ésta posibilidad-. Con esto se busca establecer la posición de cuatro actores sociales frente al mismo; estos son la comunidad LGBTI, el clero, el Estado y los representantes de partidos políticos. De igual forma, abordaremos algunos planteamientos de doctinantes como: Jairo Rivera, Mauricio Albarracín, Elva Leonor Cárdenas Miranda, María Elena Ortega García, Ana María de Oliveira Nusdeo, Carlos Alberto de Salles, Celso Ribeiro Bastos e Ives Granda Martinis, cuyas investigaciones han sido importantes para el desarrollo y entendimiento del tema que nos ocupa.

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

Se debe anotar que la información encontrada no fue similar en volumen en cada uno de los países estudiados, de allí que en unos casos haya una mayor referencia a uno u otro actor social de incidencia. En el caso específico de Brasil centraremos nuestra atención en un estudio de carácter jurisprudencial, debido a un problema de asequibilidad en la recolección de notas de prensa.

### ***2.1. Colombia: el concepto de familia***

A partir de la promulgación de la Constitución de 1991, el sector LGBTI inició un proceso de apropiación de prácticas jurídicas para la exigencia de sus derechos

fundamentales, específicamente la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad. El reconocimiento de los derechos de las parejas homosexuales, ha sido una lucha que se ha librado en la jurisdicción constitucional, por lo que existen varios pronunciamientos de la Corte Constitucional en su función de revisión de tutelas. Algunos de los derechos que han sido protegidos vía acción de tutela son la afiliación al sistema de seguridad social en calidad de compañero permanente beneficiario, el reconocimiento de las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial, y la reclamación de una pensión de sobreviviente por parte del compañero supérstite de una pareja del mismo sexo.

Este escenario jurídico ha estado acompañado por las diversas opiniones de los actores sociales que de una u otra forma ven sus intereses ideológicos involucrados en la regulación legislativa/judicial de los derechos de las parejas homosexuales, entre los que se destaca la adopción.

Los medios de comunicación han reportado estos sucesos, evidenciando el contexto social que se da alrededor de los mismos. Durante el 2007 en sede del legislativo, se escucharon voces en contra de la sentencia C-075 de dicho año en la que la Corte reconoció el derecho a declarar la unión marital de hecho y la sociedad patrimonial en parejas del mismo sexo, al respecto la senadora Claudia Rodríguez de Castellanos del Partido de la U, y quien pertenece al Movimiento Cristiano “Misión Carismática Internacional”, consideró la decisión como un atentado a la estabilidad jurídica del país esto en la medida que la Corte en ocasiones anteriores se había pronunciado estableciendo que las parejas homosexuales no eran discriminadas cuando no se les daba el mismo trato jurídico que a la pareja heterosexual, en tanto las primeras no estaban contempladas dentro del concepto de familia como institución básica de la sociedad de acuerdo a la Carta Magna, al pensar de la senadora *“Lo que hizo la Corte, al parecer, fue reglamentar una garantía institucional, para lo cual ni ella ni el Congreso esta facultada porque esta limitada por la Constitución Nacional”*(La libertad, 2007).

Por su parte la Iglesia, que ha intervenido a lo largo de historia sobre el tratamiento de la orientación sexual en el ámbito jurídico, fue clara al establecer mediante su vocero el presbítero Jorge García que este tipo de decisiones no eran morales, pues van *“en contra la naturaleza del ser humano porque éste fue creado para formar una familia heterosexual. Cuando se habla de lo legal no se tiene en cuenta la moral y nuestros*

*gobernantes suelen ser inmorales, no piensan en valores sino en sus beneficios políticos. Si uno es verdaderamente cristiano debe ir en contra de lo que atenta contra natura. Todo depende de los principios que cada uno tenga”*(Vanguardia Liberal, 2007).

Respecto a la adopción homoparental la Iglesia, a través de Monseñor Juan Vicente Córdoba, secretario general de la Conferencia Episcopal, dejó en claro su oposición a este tipo de figura, argumentando la existencia de soportes científicos, psicológicos y antropológicos que a su juicio mostraban que la gran mayoría de niños adoptados por parejas homosexuales presentan dificultades para identificarse sexualmente. Al respecto, Monseñor sostuvo que *“la adopción no es un derecho de los adoptantes, es un derecho de los adoptados, por tanto el gobierno colombiano debe asegurar que se les garantice a los niños su derecho a tener un padre y una madre, a su identidad de género y a su estabilidad mental y emocional.”* (El Colombiano, 2011).

Cabe anotar que esta posición ha sido igualmente defendida por el Procurador General de la Nación, Alejandro Ordoñez, quien sostiene que *“Frente a los hijos adoptados, en razón del principio de igualdad y de no discriminación, opino que ellos tienen derecho a tener una relación de paternidad y de maternidad con su padre y madre adoptantes, semejante a la que tienen los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, con sus padres biológicos”* (Caracol, 2009).

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

- Los homosexuales también son fieles católicos y reconocen el valor de la familia.
- ¡La homofobia no es cristiana! Pues niega el amor que debe profesarle al prójimo.
- Toda la sociedad, incluyendo la iglesia debe reconocer y respetar los derechos fundamentales de las familias homoparentales.

- La afectación psicológica del menor cuyos padres son del mismo sexo no está comprobada.
- Los derechos humanos no deben ser definidos por ideología de las mayorías.
- La Iglesia no debe interferir en la toma de decisiones del Estado

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

La polémica más recia, se desató en 2011, año en el cual se conoció el caso de una pareja de mujeres que desde el 28 de febrero del 2008, habían tratado de tramitar la adopción de la hija de una ellas. En el desarrollo de este caso, los medios de comunicación han sido fundamentales, en tanto se convirtieron en el canal mediante el cual se expresaron las diferentes opiniones sobre la adopción en parejas homoparentales. Por ejemplo, el diario El Tiempo (2011) registró las declaraciones del abogado Julio César López, defensor de las causas de la comunidad LGBTI, quien explica que al acudir al aparato judicial pretenden que se reconozca el trato discriminatorio entre las parejas homosexuales y heterosexuales, y se propenda por la protección de la igualdad. Otros ciudadanos colombianos que opinan a favor de la adopción plantean que las parejas del mismo sexo pueden brindarle a los menores que viven en malas condiciones un hogar, amor, cariño y cuidados.

Por su parte la iglesia Católica a través de sus representantes en Colombia opinó que: *“No hay lugar a equívocos; nuestros menores tienen derecho a nacer, educarse y crecer*

*en el seno de una familia conformada por un padre y una madre, de sexos biológicamente diferentes y complementarios”* (Conferencia Episcopal de Colombia). Es decir a juicio de esta institución el derecho de los niños a tener una familia solo se garantiza en un hogar conformado por “un hombre y una mujer”. Además explica que el país no está preparado para aceptar la adopción en parejas del mismo sexo, en palabras del Presbítero Darío Álvarez Botero: *“Las modernas sociedades y los individuos pueden tolerar dichas uniones homosexuales, pero no las pueden equiparar u homologar con el matrimonio heterosexual, que es el único donde el amor se proyecta, se transmite la vida, se forma una familia y hay una comunidad de personas que desempeñan un rol básico de identificación”*.

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

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

Sobre este caso de madres lesbianas no se han tenido noticias por parte de la Corte. No obstante, a principios de 2012 se conoció otro caso que se originó en diciembre del 2011 cuando el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, permitió la adopción de dos

hermanos por parte del estadounidense Chandler Burr, quien era homosexual. Uprimny abogado de la Universidad externado de Colombia y ex-magistrado auxiliar de la Corte Constitucional considera sobre este que a pesar que la decisión provino de una defensora de familia no vinculada con la rama judicial y por tanto no tiene una fuerza vinculante general, se trata de un precedente que abre el debate y *“les demuestra a algunos sectores de la opinión pública, que tienen temores infundados sobre la adopción por parte de homosexuales, que permitir esta posibilidad hace que niños que nunca tendrían hogar puedan ser parte de una familia”* (Cuevas G., 2011).

Este caso suscitó una acción de tutela al serle removida a Burr la custodia de los niños cuando el ICBF se enteró de su orientación. Sin embargo, es claro que el debate partió de la base de que se trataba de un caso particular y que por tanto no era dable generalizar o aplicar analogías. Una vez revisado el caso, el director del ICBF, Diego Molano, aseguró que *“La defensora de familia que asumió la revisión del caso decidió regresarle los niños a Burr tras tener en cuenta la opinión de los dos hermanos (quienes conocen y respetan la orientación sexual de su padre), la recién firma de la Ley Antidiscriminación (1482 de 2011) y la legislación vigente frente al tema. Molano aseguró que este es uno de los casos más complicados que ha asumido la institución y afirmó que existe un vacío jurídico, porque la ley colombiana “no determina las circunstancias relacionadas con la adopción de niños por personas solteras, dependiendo de su orientación sexual”. Sin embargo, desde 1995, la Corte Constitucional aclaró en la Sentencia T-290 que: “Negarle a una persona la posibilidad de adoptar o cuidar a un niño, por la sola razón de ser homosexual, constituiría un acto discriminatorio contrario a los principios que inspiran nuestra Constitución”. Además, el fallo defiende que el comportamiento ético, que es el que debe evaluarse para decidir si un adulto es o no competente para educar a un niño, nada tiene que ver con sus preferencias sexuales”* (Cuevas G., 2011)

Finalmente la Corte Constitucional en mayo de 2012, se pronunció confirmando la decisión emitida por el ICBF otorgando por medio de la acción de tutela la custodia definitiva de los dos menores, lo cual resulta de suprema importancia debido a que por primera vez esta Alta Corte reconoce éste derecho a una persona homosexual, dando paso a que en un futuro sea posible el acceso a esta figura jurídica por parejas del mismo sexo. Sin embargo la opinión pública se plantea el interrogante si la decisión

estuvo afectada por la calidad de extranjero del accionante (Burr), y qué haría falta para fallar en el mismo sentido el caso de las madres lesbianas.

Algunos doctrinantes también han abordado el tema sobre los derechos de las parejas del mismo sexo, Jairo Rivera (2003), abogado e investigador de la Universidad Externado de Colombia, concluyó que:

*“si en el futuro la Corte aceptara la interpretación amplia, pluralista e igualitaria del inciso primero del artículo 42 de la Constitución, y lo enriqueciera con una interpretación sistemática que contemplara sus otros incisos y otros artículos, entre ellos el 1º y 44 de la Carta, se generaría un cambio decisivo en los parámetros interpretativos del Derecho de familia, Si los salvamentos de voto consignados en estas dos sentencias que se comentan, fueran las decisiones de la Corte, cuánto cambiaría el derecho de los alimentos, el derecho sucesoral, los deberes y derechos de las parejas heterosexuales y homosexuales frente a sus hijos. Con seguridad tendríamos menos desprotección” (pág. 95).*

De igual forma, Mauricio Albarracín abogado y filósofo de la Universidad de Santander, graduado de doctorado en derecho en Universidad de los Andes y quien actualmente desarrolla investigaciones sobre los derechos de las personas LGBTI en la Organización Colombia Diversa, ha explicado que las sentencias de la Corte Constitucional no han sido progresistas debido a que no se ha dado la igualdad entre las parejas heterosexuales y homosexuales, por el contrario se ha creado una jurisprudencia selectiva y acomodada a ciertos interés para proteger algunos derechos de la parejas del mismo sexo pero dejándolas en un estatus inferior (Albarracín, 2011).

## **2.2. México: el interés superior del menor**

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

*no más, no menos y no queremos que nuestro niño cuando empiece a crecer sufra de discriminación o exclusión”* (Wikigay, 2012).

La iglesia Católica no está de acuerdo esta posición en tanto considera que los niños adoptados por estas parejas pueden padecer daños psicológicos y morales. El cardenal de este país explicó: *“Nuestros niños y jóvenes corren un gravísimo riesgo al ver como normales este tipo de uniones y entender equivocadamente que las diferencias sexuales son un simple tipo de personalidad, dejando así de apreciar la dualidad de la sexualidad humana, que es condición de la procreación y por tanto de la conservación y desarrollo de la humanidad”* (ANSA, 2009). La Arquidiócesis de México dice que es importante que la familia este cimentada en la figura de un padre y una madre y aclaran que la iglesia no rechaza a los homosexuales y que por el contrario piden por la salvación de los mismos (Aciprensa, 2010).

La Procuraduría General de la República comparte esta postura del clero, considerando que permitir la adopción homoparental es a todas luces un acto que atenta contra los derechos de los menores (CNN, 2010). Esta posición se concretó con la presentación de la acción de constitucionalidad promovida por el Procurador Arturo Chávez, en contra del jefe de gobierno del Distrito Federal, Marcelo Ebrard y de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, puesto que fueron éstos quienes aprobaron la modificación al código civil del DF, permitiendo el matrimonio y por tanto la adopción por personas del mismo sexo. Chávez fue claro al considerar que *“los matrimonios gay violentaban lo dispuesto en la Constitución, suponiendo que esta solo protege el modelo de familia tradicional conformado por un hombre y una mujer”* (Arrieta Borja, 2010).

La Suprema Corte se pronunció sobre la demanda el día 16 de agosto de 2010 desestimando las pretensiones del Procurador, y reconociendo el derecho a la adopción homoparental. En internet se reportó la noticia refiriéndose al fallo como una Sentencia Hito, dejando claro que la decisión había estipulado que *“las parejas del mismo sexo deben tener igualdad de derecho a adoptar como las parejas heterosexuales y las familias monoparentales para garantizar plenamente la igualdad y la no discriminación. (...) la Corte señaló que el “interés superior” del niño es el de tener una familia amorosa sin importar el género de los miembros de la misma”* (Watch, 2010).

El fallo fue el detonante de una serie de opiniones de los actores sociales. Para los sectores más conservadores la decisión del máximo Tribunal de la Nación no estaba

basada en derecho sino en ideologías políticas, así lo dijo Armando Martínez abogado del Colegio de Abogados Católicos, quien afirmó: *“Consideramos que el actuar de los ministros de la Corte no fue apegado al derecho sino que fue un actuar absolutamente ideológico y político y pediremos que el Senado de la República realice una investigación para conocer los intereses por los cuales los ministros actuaron de tal forma”* (Gil, 2012).

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

Mientras tanto los representantes de la Iglesia Católica comentaban que era indignante la decisión de los ministros de la SCJN de avalar la adopción de parejas homosexuales y no tener en cuenta el bien y la dignidad del menor, pues a su juicio se estaba equiparando a los niños con una mascota. También comentaban que el menor al formar parte de un familia donde existe un “mal matrimonio” podría ser discriminado, trayendo esto problemas psicológicos. El vocero de esta entidad, Hugo Valdemar, expresó que la Iglesia va a concientizar a la población de que Marcelo Ebrard, el jefe de Gobierno del Distrito Federal, no era un funcionario óptimo para la sociedad *“Él y su gobierno han creado leyes destructivas de la familia, que hacen un daño peor que el narcotráfico. Marcelo Ebrard y su partido el PRD, se han empeñado en destruirnos”*. El sacerdote Valdemar pidió a los ciudadanos que a la hora votar lo hagan responsablemente y no apoyen a partidos que van en contra de la fe y la moral (Universal, 2010). En Guadalajara el Arzobispado también se pronunció al respecto considerando la decisión como *“una “aberración”, que además de no beneficiar a los mexicanos, daña profundamente a la familia mexicana”*(El Universal, 2010).

Sin embargo, los pronunciamientos en contra no solo se produjeron por parte de la Iglesia, también se encontraron personajes como César Nava presidente del partido gobernante PAN, quien manifestó de “lamentable” el fallo, y dispuso que a pesar de que el mismo debiera cumplirse, no la considera acorde con los preceptos que fundamentan la Constitución. Otro de los opositores, fue Jorge Serrano Limón, director de la

organización mexicana de Provida, quien se refirió a la decisión como *"una cosa antinatural, inmoral, que atenta contra la familia y contra los derechos de los niños"* (Semana, 2010).

Juliana Cano Nieto, investigadora del programa de Derechos LGBTI de Human Rights Watch, se refirió a dicha situación en las siguientes palabras *"El fallo de la Suprema Corte confirma que el Estado no puede negar ningún derecho legal sobre la base de la orientación sexual y la identidad de género de una persona"* (Watch, 2010)

Autores como Elva Leonor Cárdenas, doctora en Derecho egresada de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, considera que México *"todavía se enfrenta a la falta de conocimiento sobre la adopción y sus implicaciones, aun en tratándose de adopciones por heterosexuales. Por lo que, el rechazo social y la estigmatización que pueden sufrir los niños es previsible"* (2010, pág. 11). Respecto a la adopción, esta misma autora establece que el fallo da cuenta de una evolución del derecho civil permitiendo que se oficialicen las relaciones entre parejas homosexuales, ya sea a través del matrimonio u otra forma semejante. Es a partir de esta unión legalmente reconocida que la adopción conjunta se torna como una posibilidad totalmente plausible (pág. 12).

María E. Ortega García (2011), sostiene que frente a la adopción se debe tener en cuenta que son los menores los que tienen derecho a ser adoptados y son ellos quienes deben ser protegidos en cualquier momento, por tanto, el centro de la figura jurídica denominada adopción, no es el derecho que tiene cualquier persona a adoptar, lo importante son los derechos del adoptado. Se trata de dar una familia a un niño y no de dar un niño a una familia, es por ello que al momento de presentarse una adopción por una pareja sea homosexual o heterosexual, lo que se debe estudiar es que cumplan con los requisitos del código civil. Teniendo en cuenta esto, el trámite debe permitir determinar si una persona es apta o no para conformar una familia y no en la orientación sexual, lo cual se considera un criterio totalmente discriminatorio. Por su parte, aquellos actores de oposición disponen que la sociedad mexicana no esté preparada para aceptar a la familia homoparental, lo cual podría influir negativamente en el desarrollo normal del proyecto de vida del menor adoptado.

### **2.3 Brasil y sus casos judiciales**

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

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

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

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

Al igual que en Colombia, los avances en materia de reconocimiento de derechos de parejas homosexuales, se han dado vía judicial. Respecto al tema de la adopción se tienen casos variados en los distintos estados federados que conforman este país.

El 11 de noviembre de 2005 en Bagé, Rio Grande do Sul, el Juez de la Niñez y la Juventud, falló por primera vez a favor de la adopción homoparental en Brasil. Se trataba de una pareja de lesbianas, quienes tras una relación de siete años, decidieron adoptar dos hermanos que habían estado a cargo de una de ellas desde que nacieron (Consultor Jurídico, 2005). Posteriormente el 23 de noviembre de 2006 en Catanduva, São Paulo, se produce un fallo en el que se permitió la adopción de una menor de cinco años a una pareja de hombres homosexuales. Uno de ellos se había encargado de adoptar a la menor, pero posteriormente se adicionó el nombre del compañero en la partida de nacimiento. Ha sido un fallo de gran trascendencia puesto que por primera vez se permitía la adopción a una pareja gay (BBC News, 2006). Otro fallo de importancia se produjo el del 9 de octubre de 2008 cuando el Juez Elio Braz del 2º Juzgado de la Niñez y la Adolescencia en Recife, Pernambuco, permitió la adopción de dos hermanas por parte de una pareja de homosexuales, por medio de la inscripción de los dos padres en el registro de nacimiento del menor. A pesar de la oposición del Ministerio Público a la decisión, el Juez Braz manifestó que corresponde al procedimiento igual al de una pareja heterosexual, y se refirió de la siguiente manera respecto a las parejas homosexuales "*elas se constituem em uma família afetiva capaz de exercer poder familiar, dar guarda, sustento e educação.*"<sup>6</sup> ( Da Agência Estado, 2008)

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

Un elemento fundamental a la hora de estudiar la adopción por homosexuales, tiene relación con la prevalencia del bienestar del menor adoptivo. Al respecto el Tribunal de Río de Janeiro Apel número 1998.001.14332, en un caso de adopción en el cual el adoptante era homosexual y cuyo hijo se sentía orgulloso de tener un padre con esta orientación, se dispuso que no existía ningún elemento para negar la adopción más que

---

<sup>6</sup>Estoy diciendo que son una familia afectiva capaz de ejercer el poder familiar, medios de subsistencia, educación y custodia. (Traducción no oficial)

los requisitos de ley. Con respecto a la orientación sexual del adoptante dispuso que *“una preferencia individual garantizada por la Constitución que no puede transformarse en obstáculo para la adopción de menores de edad, si no se ha demostrado y probado que sea una expresión ofensiva que sea capaz de deformar la el carácter del adoptado”*.

El 27 de abril de 2010, el TSJ permitió la adopción a una pareja de lesbianas de dos menores autorizando que en los registros civiles apareciera el nombre de ambas mujeres. Esta fue considerada como una futura sentencia hito, puesto que fue una Alta Corte del país la que dispuso tal decisión. Para el presidente del Instituto Brasileño de Derecho de Familia (IBDFAM), Rodrigo Pereira da Cunha, la decisión de la Corte Suprema de Justicia representa una evolución del Derecho de Familia y *“Esto ayuda a avanzar en un área donde no se puede por la ley. Varios proyectos fueron detenidos por los moralistas y sus puntos de vista”*<sup>7</sup> (Agência Estado, 2010).

María Berenice Días, ex magistrada de la Corte Suprema de Río Grande do Sul, ha sido la primera en reconocer las uniones estables entre homosexuales. En su opinión:

*“la Constitución evitó el reconocimiento de la unión estable entre parejas del mismo sexo únicamente sobre la base de un prejuicio ético, oponiéndose a los principios de igualdad, libertad y dignidad humana. Dado que las relaciones heterosexuales y homosexuales no son diferentes, las mismas normas jurídicas deben ser aplicadas por analogía. (...) ni siquiera la literatura de vanguardia cree que sea posible aplicar la legislación de familia debido a la redacción de la Constitución”*. (De Oliveira Nusdeo & De Salles , 2009, pág. 7)

De acuerdo a De Oliveira Nusdeo y De Salles (2009), el Estatuto del Menor y la Adolescencia estipula como condición fundamental para admitir la adopción, que existan ventajas reales para el niño que se encuentre en dicho proceso. Esta Ley impone barreras para que sean los homosexuales quienes accedan a tal derecho. Una de ellas se refiere a que los adoptantes deban ser dos personas, quienes tengan la obligación de estar unidos por el matrimonio o conformar una relación estable. Por otro lado, La ley de Registros Públicos también constituye un obstáculo para la adopción por parejas

---

<sup>7</sup>Traducción no oficial

homosexuales, puesto que obliga en su formato a la inscripción del nombre del padre y la madre del menor (pág. 9).

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

Finalmente, De Oliveira y De Salles afirma que la discriminación contra los homosexuales en materia de adopción se opone a los preceptos constitucionales, incluido el derecho a la igualdad previsto en el artículo 5, el principio de no discriminación contenida en los artículos 3,4, y el principio de la dignidad humana contenida en el art. 1 sec. III de la Constitución Federal. Para este autor *un argumento importante en favor de la adopción por parte de homosexuales apunta, precisamente, a la necesidad de tomar en cuenta los cambios actuales en el concepto de familia. (...) necesario incluir el núcleo familiar formado por parejas homosexuales, dejando atrás la exclusión y las conductas discriminatorias* (2009, pág. 13-15).

Se debe acotar que parte de la oposición al reconocimiento del derecho de considerar como familia a una pareja homosexual, ha surgido en la esfera del derecho contractual. Para los autores Celso Ribeiro Bastos, abogado y profesor de Derecho Constitucional y Relaciones Económicas Internacionales de post-grado de la Universidad Católica de Sao Paulo, e Ives Granda Martinis, jurista brasileño dedicado al Programa Nacional de Derechos Humanos-3, las personas homosexuales, *“no representan la creación de una familia, y en verdad dañan el concepto de familia desarrollado por la Ley Suprema”* (Bastos & Martinis, 1998, pág. 949).

El debate social en estos países presenta unos rasgos similares, por ejemplo puede notarse que la comunidad LGTBI ha tenido como principal contendor a la Iglesia Católica, entidad que se destaca por la tradición eclesial arraigada desde los periodos de conquista y colonia de estos países. Esta institución se afirma en que el único modelo de familia posible es la heterosexual, considerando las uniones homosexuales ajenas a la moral y totalmente contraías a lo dispuesto por Dios. Es de resaltar que el argumento de

la Iglesia, de lo encontrado en el rastreo de prensa de Colombia y México, está dirigido a cuestionar la moral de los gobernantes y los magistrados y su status de cristianos, estableciendo que la aprobación de la familia homosexual es una simple estrategia que les genera “beneficios políticos”.

En México esta crítica tiene un contenido político más evidente, en tanto es sabido que la Iglesia, al manifestar su inconformidad frente a la decisión del Jefe de gobierno perteneciente al PRD, ratifica su rivalidad histórica con estos movimientos de izquierda por considerarlos partidos contrarios a la fe y la moral. Posición que es compartida por el partido político de derecha PAN, quien tacha de lamentable el actuar del PRD.

Otro aspecto relevante del estudio consiste en la marcada posición conservadora de los representantes del Ministerio Público específicamente de los Procuradores, quienes desde el ejercicio de su cargo han manifestado abiertamente su desacuerdo con la adopción por parejas del mismo sexo y han apoyado a la Iglesia.

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

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

### 3. QUÉ PESA MÁS: ¿PREJUICIOS O IGUALDAD?

A lo largo del presente escrito se ha presentado la estructura del sistema judicial, las diferentes acciones constitucionales y las distintas posiciones respecto al derecho a la adopción por parte de parejas del mismo sexo en Colombia, México y Brasil. A partir de este estudio previo, en este capítulo se pretende analizar lo que las Altas Cortes de dichos países han manifestado sobre el tema, intentando contrastar los distintos argumentos, para identificar aquellos derechos o principios que fueron ponderados en cada caso, y la alusión a estudios técnicos científicos o al cambio social para fundamentar sus fallos y plantear algunos aportes a la discusión en el caso Colombiano.

Es importante tener en cuenta que el trabajo está orientado de manera fundamental al tema de la adopción homoparental y finalmente en éste centraremos nuestra atención. Si bien se observa una estrecha relación con el derecho a conformar una familia por parte de las parejas del mismo sexo, no nos detendremos en el análisis de este aspecto puesto que no es ese nuestro objeto de estudio. Para desarrollar el tema se plantea una pregunta persistente por cada Estado analizado, la misma se elaboró a partir de los fallos pertinentes encontrados en las Altas Cortes.

#### ***3.1 Colombia: ¿Hacia el fin de la hegemonía de la familia monogámica-heterosexual?***

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

La primera decisión referente al tema surgió en la sentencia T-290 de 1995 con ponencia de Carlos Gaviria Díaz. En ella se abordó el caso de una bebe abandonada por sus padres en un inquilinato y que fue acogida por el administrador del lugar, quien decide iniciar el proceso de adopción ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF). Esta entidad niega la solicitud, declarando la situación de peligro en tanto el interesado no contaba con las condiciones para sustentar a la menor. No obstante el solicitante considera que tal negativa se debió a su orientación sexual y por ello acude a la acción de tutela. Frente al caso la Corte reconoció que el administrador brindaba amor y cuidados a la bebe, pero que dentro del ordenamiento jurídico existía una prevalencia del derecho del menor a gozar de un ambiente propicio para su crecimiento.

En este caso la Corte reconoció 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. Sin embargo, no es menos cierto que los niños tienen derecho a gozar de la asistencia necesaria para lograr un adecuado desarrollo físico, mental, moral y social.*

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

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

Posteriormente en 1999, en sentencia C-477 el magistrado Carlos Gaviria Díaz, elabora una ponencia sobre la inconstitucionalidad de algunos apartes de los artículos 89, 91, 95 y 98 del Decreto- Ley 2737 de 1989 o el Código del Menor. La adopción, de acuerdo al artículo 88 del Decreto es *“principalmente y por excelencia, una medida de protección, a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza”.* En este caso se declaró la exequibilidad de las normas siempre y cuando se entendieran aplicables a los compañeros permanentes que desearan adoptar; no se abordó directamente la adopción homoparental pero sí se establecieron disposiciones importantes en relación al tema general de la adopción y la familia. Sobre esta última se

deja en claro que a partir de la Constitución Política de 1991 el matrimonio deja de ser la única forma de conformarla, dando origen a los vínculos naturales o de voluntad responsable de constituirla, a las cuales el Estado le debe atribuir iguales derechos y deberes. En esta sentencia la Corte sostuvo que una negativa de adopción, basada por el simple hecho de tratarse de una unión marital, restringía el derecho fundamental de los niños de tener una familia, y *priva a los interesados en adoptarlos de tener un hogar con hijos a quienes brindarle su cuidado y amor*. Resaltando también que dicha discriminación no se ajusta a la obligación del Estado respecto al principio de igualdad y ***al interés superior del menor y a los principios, valores y derechos reconocidos en la Constitución.***

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

La Corte Constitucional en sentencia C-814 de 2001 con Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, trató específicamente el tema de la adopción por parejas homosexuales. Al respecto mencionó que el artículo 44 de la Constitución dispone el derecho a todos los niños de tener una familia y no ser separados de ella, a partir de la adopción, se realiza *“la incorporación del adoptado a la familia del adoptante, se garantiza también todo el plexo de derechos reconocidos al menor de cuya eficacia el primer responsable es el padre. Por eso, la ley define la adopción como una “medida de protección” que se establece en favor del menor”*. En esta oportunidad la Corte estipuló que aunque la figura de la adopción da la oportunidad de ser padres a aquellas personas que por la naturaleza no pueden serlo, permitiendo el ejercicio de derechos como el de conformar una familia y el libre desarrollo de la personalidad, no es esta la finalidad última de la figura, se trata de una medida tendiente a proteger al menor y sus intereses. De esta manera se introduce a la discusión el concepto del interés superior del menor, frente al cual la Corte en sentencia T- 408 de 1995 estableció:

*“La más especializada doctrina coincide en señalar que el interés superior del menor, se caracteriza por ser: (1) real, en cuanto se relaciona con las particulares necesidades del menor y con sus especiales aptitudes físicas y*

*sicológicas; (2) independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres, en tanto se trata de intereses jurídicamente autónomos; (3) un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los derechos del menor; (4) la garantía de un interés jurídico supremo consistente en el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor.”*

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

Sin embargo, cuando se plantea la discusión respecto al concepto de “familia” a la luz del artículo 42 de la Constitución, la Corte establece que la interpretación adecuada al tenor literal de la disposición es que la familia que pretendía proteger el constituyente era la monogámica y heterosexual. Por lo que descarta de plano cualquier otro tipo de interpretación para este artículo. Por tanto para la Corte *“no le era posible al Congreso autorizar la adopción por parte de homosexuales, pues la concepción de familia en la Constitución no corresponde a la comunidad de vida que se origina en este tipo de convivencia, y las relaciones que se derivan de la adopción”*.

De acuerdo con este planteamiento, es claro la Corte Constitucional del 2001 presenta un cambio de precedente respecto al concepto de familia y a la defensa de la posición en la cual el hecho de ser homosexual no podía considerarse un impedimento para acceder a la adopción; sino que a partir de esta nueva jurisprudencia se origina la tesis según la cual ya no es posible hablar de discriminación cuando se les prohíbe a las parejas homosexuales acceder a la adopción, en tanto su forma de convivencia no corresponde a la constitucionalmente protegida.

En el trámite de este caso, los magistrados Eduardo Montealegre Lynett, Jaime Córdoba Triviño y Manuel José Cepeda Espinosa, salvaron su voto aparatándose de lo dicho por la mayoría de la Sala. En su salvamento argumentan que el fallo impone un ideal de familia, monogámica y heterosexual, desconociendo con ello el espíritu pluralista de la Constitución de 1991 que obliga a la protección constitucional de *las familias indígenas*

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

Los Magistrados antes mencionados se cuestionan acerca de si es real la afirmación sobre la imposibilidad constitucional de que pueda considerarse en algún caso particular que la mejor opción para un menor pueda ser estar con una pareja homosexual. Para estos magistrados, toda persona, independientemente de su orientación sexual, tiene la misma capacidad para brindarle amor y protección a un menor. En sus palabras:

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

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

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

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

En comunicado de prensa de sentencia C-577 de 2011 con Magistrado Ponente, Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, la Corte cambia de nuevo su precedente respecto a la familia homosexual y considera que Colombia como un Estado Social, Democrático de derecho y pluralista debe propender por la protección de los distintos tipos de familia; en esta medida, ni la heterosexualidad, ni la consanguinidad, son elementos indispensables.

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

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

Finalmente, en sentencia T-276 de 2012, con ponencia de Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, la Corte se pronunció sobre el caso –antes citado- de la adopción por parte de un estadounidense (Burr), quien después de realizada la adopción de dos menores colombianos, le fue removida la custodia al conocerse su orientación sexual homosexual. En este caso la Corte establece varias sub reglas en torno al reconocimiento del interés superior del menor, el debido proceso y el derecho de los menores a ser oídos, de acuerdo a lo dispuesto en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la Convención de los Derechos del Niño y el Comité de los derechos del Niño en su observación general número 12. Al respecto se logró determinar que el ICBF no demostró que existiera amenaza cierta en los derechos de los

niños que produjese la separación de los menores del padre adoptante y su posterior ubicación en el hogar sustituto.

*“Como se indicó en apartes previos, la adopción de medidas de restablecimiento debe ser precedidas de un examen integral de la situación en que se halla el niño, de modo que no pueden basarse en apariencias, preconceitos o prejuicios; en otras palabras, cualquier medida de restablecimiento debe fundamentarse en evidencia y criterios objetivos”.*

Tampoco existe una relación de causalidad entre la falta de información que se dio respecto a la orientación sexual del señor Burr y la amenaza que se reputa a los derechos de los dos hermanos, dando entonces como resultado, la negativa por parte de la Corte de considerar que la omisión de la información fuera proporcional o justificada a la medida de restablecimiento de derechos adoptada. Además, de acuerdo a las investigaciones realizadas por los profesionales de las áreas de psicología y trabajo social del ICBF, las posibles amenazas no fueron derivadas del hecho de que Burr no hubiese informado sobre su orientación sexual, contrario a ello la afectación emocional de los pequeños fue producto de la separación de su adoptante, la suspensión del viaje a Estados Unidos y la denuncia penal formulada contra el señor Burr.

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

En razón a lo anterior se tuteló los derechos fundamentales de los menores y del padre adoptivo al debido proceso y a la unidad familiar.

De estos pronunciamientos, se puede establecer que si bien en un principio la Corte reconoció que la orientación sexual no debía ser un criterio para negar la adopción a una persona homosexual, posteriormente cambia dicha posición argumentando que el fundamento de la negación no era la orientación sexual, sino la prevalencia del interés

superior del menor, el cual se veía amenazado cuando se entregaba al niño a parejas conformadas por personas del mismo sexo. Esta posición genera algunos interrogantes, puesto que supondría que el interés del menor se ve protegido cuando mediante la adopción se le proporciona un hogar que le brinde protección y afecto, o al menos así se consideró cuando se trató el tema de la adopción en el caso de compañeros permanente heterosexuales. De esto puede intuirse que la Corte en el 2001 estaba privilegiando una posición de interpretación tradicional, desconociendo el hecho de que existen menores abandonados, en condiciones muchas veces infrahumanas, que podrían ser recibidos por hogares homosexuales, y que además la condición de homosexual no representa una desviación moral o ética de la persona.

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

### ***3.2 México: ¿Quién es un buen padre?***

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

Dentro de los argumentos que promovieron la reforma del Código se menciona que el artículo 4 de la Constitución Federal dispone que *“El varón y la mujer son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia”*. Una interpretación de este artículo establece que el modelo ideal de familia concebido por el Constituyente

Permanente<sup>8</sup> es aquella conformada por madre, padre e hijos; sin dejar de tener en cuenta otros tipos de familias que pueden existir a partir de la realidad social. Sin embargo, el Procurador dispone en la parte motiva de la demanda que las condiciones de la sociedad no pueden ir en contra de lo que dispone la Ley Fundamental (Constitución). Respecto a la decisión de reforma, el actor considera que no se tuvo en cuenta el interés superior del menor, puesto que desconoce los posibles efectos psico-emocionales que pueden producirse en los menores adoptados por personas del mismo sexo. En palabras del Procurador: *“el pleno de dicho cuerpo colegiado (Constituyente permanente) no analizó el dictamen presentado desde el punto de vista del interés superior del menor y sólo se centró en otorgar un “derecho de adopción” a los matrimonio o uniones concubinarias celebrados entre personas del mismo sexo”*.

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

Para responder a los argumentos planteados por el Procurador, la Suprema Corte de México se pronuncia a través de la sentencia de Acción de Inconstitucionalidad 2/2010 y en su parte motiva se vale de los estudios técnicos científicos realizados por la Universidad Nacional Autónoma de México, referentes a los impactos psicológicos, sociológicos, bioéticos, entre otros, que pueden generarse con la adopción por parte de parejas del mismo sexo. La SCJN establece que la Constitución no protege a la familia monogámica heterosexual, sino que también en virtud de la pluralidad del Estado, garantiza otros tipos de familia sin importar la forma como se origina la misma, sino el vínculo que se forma entre sus miembros. Para la Corte *la familia, lejos de ser una creación jurídica, nace o se origina con las relaciones humanas, correspondiendo más bien a un diseño social que, por ende, se presenta de forma distinta en cada cultura*.

Bajo este argumento, considera la Corte que la Constitución, a pesar de haber sido promulgada en 1974, época en la cual no se pensaba siquiera en el matrimonio

---

<sup>8</sup>De acuerdo al artículo 135 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos está conformado por el Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados.

homosexual, debe interpretarse en clave de la historia de las relaciones humanas y su evolución, la cual implica el surgimiento de distintas formas de interacción o vínculos entre los seres humanos, al igual que ha dejado de un lado la visión tradicional de matrimonio y su relación con la función estrictamente procreativa. Para la Corte un ejemplo de esto, es que actualmente *existen matrimonios heterosexuales que no desean tener hijos; otros que, por razones biológicas, no pueden tenerlos y que, en algunos casos, recurren a los avances médicos para lograrlo, mediante la utilización, por ejemplo, de donaciones de espermatozoides y/o de óvulos, aunque no en todos los casos la ciencia ofrezca soluciones adecuadas; uno más que, aun cuando no tienen impedimento para procrear, optan por la adopción; otros tantos que se celebran entre personas que ya no están en edad fértil o entre personas que ya tenían descendencia y no desean tener una en común*. En esta medida la interpretación que se haga de la Constitución debe ser acorde al cambio social y tender a *tutelar las múltiples diferencias que caracterizan a una sociedad asentada en la pluralidad y heterogeneidad de intereses, expectativas y preferencias*.

Con respecto al interés superior del niño, que el accionante presume violentado al permitirse la adopción homoparental, la Suprema Corte cita un apartado del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, en el que se manifiesta que *“la expresión ‘interés superior del niño’ (...) implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño”*. A partir de esta regla, la Corte coincide en afirmar que el interés del menor debe prevalecer sobre el del adoptante, no obstante, esta interpretación no debe hacerse en abstracto negando de plano la adopción a personas homosexuales, considerándolos poco idóneos para acompañar al menor en su etapa de crecimiento.

*“Ello no puede traducirse en que la orientación sexual de una persona o de una pareja- que es simplemente una de las opciones que se presentan en la naturaleza humana y, como tal, forma parte de la autodeterminación y libre desarrollo de la personalidad-, le reste valor como ser humano o pareja y, por*

*tanto, lo degrade a considerarlo, por ese hecho, como nocivo para el desarrollo de un menor.”<sup>9</sup>*

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

La presunta discriminación respecto a los niños que crecen entre parejas del mismo sexo, desconoce el principio del interés superior del menor, que en últimas se establece con el fin de brindar cuidado, protección y educación a los niños y no dejarlos desprotegidos sin justificación alguna. De esta forma para la Corte la preferencia u orientación sexual de un ser humano, no debe ser un argumento a priori, para establecer que una persona o una pareja homosexual no debe tener la opción de adoptar un menor, si esta satisface los requisitos legales para aplicar como adoptantes; en este caso *entregar el menor se convierte en el medio idóneo para satisfacer el derecho de todo niño y niña que, por alguna razón, no estén con su madre o padre biológicos o con ambos, de tener una familia que le procure asistencia, cuidado y amor, con todo lo que ello implica –educación, vivienda, vestido, alimentos, etcétera-; por tanto, lo que debe garantizar el legislador es que, en el procedimiento para autorizar la adopción de un menor por parte de una persona soltera o de los cónyuges solicitantes, precisamente, en aras de lograr el pleno respeto a los derechos de la niñez, se garantice que ésa sea su mejor opción de vida”*

---

<sup>9</sup> A esta conclusión llega la Corte Suprema luego de haber analizado la opinión técnica rendida por especialistas de la Universidad Nacional Autónoma de México, en ella establecen: “*No existe ninguna base para afirmar que los hogares o familias homoparentales posean un factor anómalo que redunde directamente en una mala crianza. Quien crea lo contrario, está obligado a mostrar evidencias de ello. Ni el Procurador General de la República, ni nadie en el mundo, ha presentado tales evidencias empíricas, con estudios serios y metodológicamente bien fundados. La carga de la prueba está en quienes sostienen, prejuiciosamente, que una pareja homosexual no es igual o es peor para la salud y el bienestar de los menores que una pareja heterosexual. En realidad, quienes tienen esa creencia hacen una generalización inconsistente, a partir de algún dato particular o anecdótico y lo elevan a una característica de todo un grupo social. Estas generalizaciones inconsistentes se llaman estereotipos y éstos, a su vez, son la base cognitiva errónea de los prejuicios sociales y de la intolerancia”.*

Con respecto a los niños que crezcan bajo el cuidado de familias homoparentales, reitera la Corte que existen diferentes formas de familia y que por tanto no puede entenderse cómo se encuentran en desigualdad frente a los otros menores. La discriminación en la sociedad debe ser eliminada y el Estado no debe negar dicha diferenciación ni excluir por la estigmatización social otras formas de familia, por el contrario debe reconocerlas y protegerlas en pro de garantizar el cumplimiento del predicado Estado Democrático de Derecho. Para la Corte aceptar el argumento del Procurador implicaría *una postura de discriminación a estos niños desde esta sede constitucional, lo cual sería sumamente grave*. En este sentido, agrega la Corte, *lo que la Constitución busca, a través de su texto expreso y de los valores que la inspiran, es prevenir esta discriminación, por lo que no podríamos declarar inconstitucional una reforma legal como la que ahora nos ocupa, bajos ese argumento, porque ello implicaría “constitucionalizar” la discriminación*.

Decide finalmente la Corte, en razón a lo expuesto, que los artículos demandados son válidos, y por tanto la adopción por parte de parejas homosexuales en el Distrito Federal es constitucional, ya que la capacidad de ser un buen o mal padre no está ligada a la orientación sexual, sea cual sea esta. La Corte nuevamente interpreta la constitución en clave social y establece como conclusión de su fallo que:

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

Con respecto a los efectos de esta decisión emanada por la Corte, de acuerdo al artículo 121 de la Constitución *“Los actos del estado civil ajustados a las leyes de un Estado tendrán validez en los otros”*, esto no implica que todas las entidades federativas deban regular la adopción de forma idéntica a como lo ha hecho el Distrito Federal, sino que se reconozca la validez de la adopción de las parejas homosexuales que adopten en el D.F. y sea ajustado al Estado que lo expide, más no que se ajusten a los demás del país.

*“Implica el reconocimiento pleno de que todo acto del estado civil –como puede ser el relativo al nacimiento, al reconocimiento de hijos, a la adopción, al matrimonio, al divorcio y a la muerte-, que se lleve a cabo cumpliendo con las formalidades contenidas en la ley de una entidad, será válido en las demás, aún cuando no se corresponda con su propia legislación (...) lo que no podría ser de otra forma, dado que, de lo contrario, se llegaría al extremo de que una persona esté casada o divorciada, o tenga hijos, propios o adoptivos en el Distrito Federal, pero no en otra entidad, cuando esta última regule dichas figuras de manera diversa”.*

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

### **3.3. Brasil: lo que no está prohibido, está permitido**

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

El 27 de abril de 2010, el STJ dictó sentencia respecto al Recurso Especial No. 889.852 – RS (2006//0209137-4) interpuesto por el Ministerio Público del Estado de Rio Grande Del Sur, respecto a un fallo emitido por el Tribunal de dicho Estado. En este fallo se confirmaba la decisión emitida en primera instancia, por medio de la cual se permitió la adopción de dos hermanos a la compañera permanente de una mujer que había realizado la adopción de éstos menores anteriormente. La madre adoptiva y su compañera decidieron conformar una unión estable y adoptar conjuntamente a los menores, esto motivado en que la madre adoptante padecía una enfermedad grave y su deceso

amenazaba los derechos de los menores a la afiliación al sistema de salud. De esta forma, la adopción por parte de la compañera permanente fue percibida por la pareja como una medida de protección a los menores, sobretodo porque la compañera tenía un buen posicionamiento a nivel profesional y podría brindarle a los niños toda la protección necesaria en caso de que faltare la madre titular.

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

Al respecto el STJ dispone que de acuerdo a los estudios técnicos científicos realizados por entidades como la Universidad de Virginia, la Universidad de Valencia y la Academia Americana de Pediatría, el hecho de que los menores sean adoptados por parejas homosexuales no constituye una desventaja para ellos, pues lo más importante es el vínculo, el afecto y el ambiente familiar que le sean brindados. De igual forma, estipula que no es posible por parte de un órgano del poder judicial negarse a una realidad que se presenta en la sociedad.<sup>10</sup>

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

---

<sup>10</sup> Frente a eso la Corte enfatizó que “la adopción, en primer lugar, representa un acto de amor, desprendimiento. Cuando se lleva a fin de cumplir el interés superior del niño, es un gesto de humanidad. Hipótesis sobre la cual fue aún más lejos, con la intención de adoptar dos niños, hermanos biológicos cuando, de acuerdo con el Consejo Nacional de Justicia, establecido el 29 de abril de 2008, el Registro Nacional de Adopción, el 86% de las personas que querían adoptar limitan su intención a un solo hijo”. (Traducción no oficial)

*assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal)”*.<sup>11</sup>

De acuerdo a lo expuesto en la sentencia por el Ministro Luis Felipe Salomão, la Constitución en su artículo 3° dispone la prohibición a la discriminación, figura que surge en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y que implica el reconocimiento a la igualdad respecto al ser humano como persona, independientemente de las diferencias existentes.

Es indiscutible el hecho de que los menores involucrados en este caso, hasta el momento, han desarrollado una vida normal a nivel personal y social. También se logra constatar que no existen lesiones psicológicas o emocionales, por el contrario se percibe un ambiente de protección y afecto brindado por su nueva familia. La negativa de la adopción basada en la imposibilidad de registrar dos nombres femeninos en el certificado del nacimiento, resulta contrario a la protección de los derechos de los menores quienes han convivido desde temprana edad con las dos mujeres, identificándolas como su núcleo familiar de referencia.

Para la Corte, existe un sesgo jurídico cuando el ordenamiento no dispone una norma que permita la inclusión en los registros de nacimiento de los menores del nombre de los integrantes de la pareja del mismo sexo. El hecho de que no sea posible porque las leyes notariales no lo permitan, no constituye un argumento de peso que pueda alegarse para negar la adopción homoparental. El artículo 54 de la ley No. 6015 de 1973 o Ley de Registros Públicos, indica originalmente que se mencione los nombres y apellidos de los padres y de los abuelos paternos y maternos. Al respecto el Ministro expresa que nada impide que se disponga la mención “los padres” y la filiación biológica en vez de abuelos maternos y paternos.

A través de la adopción de los menores del caso, por parte de la compañera permanente, estos tendrán indudablemente garantías como la inclusión en el seguro de salud, el acceso al sistema de educación básica y superior y a los derechos herenciales en caso de deceso de la adoptante inicial; correspondiendo estos hechos a los beneficios que integrarían lo dispuesto por el artículo 43 del ECA. En caso contrario, podría existir un

---

<sup>11</sup>Es hora de abandonar de una vez los prejuicios y las actitudes hipócritas que carecen de base científica, y adoptar una postura fuerte de defensa a la prioridad absoluta que constitucionalmente se garantiza a los derechos de los niños y los adolescentes (art. 227 de la Constitución Federal) (Traducción no oficial)

daño real a los menores. Dicho daño, más allá del ser separado de su familia, estaría en que el niño de familias homoparentales se sintiera diferente, discriminado y además estigmatizado, no por ser adoptado por este tipo de familias, sino porque la misma ley de su país no considera a su familia de ese modo.<sup>12</sup>

La ley no está hecha para regular los sentimientos sino las relaciones basadas en ellos, las normas deben justificarse en la protección de la mayor cantidad de libertades posibles y no en limitaciones ideológicas o especulaciones impuestas por individuos o sectores particulares. Por lo tanto, la normatividad debe ser aplicada en el caso de parejas homosexuales, de forma idéntica a la empleada para las relaciones afectivas estables entre personas de diferente sexo, y con los efectos jurídicos que de ellas se derivan, evitando así la vulneración de los derechos fundamentales de las personas homosexuales.

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

En palabras del Ministro João Otávio De Noronha

*“assistente social chega a essa conclusão para recomendar a adoção, dizendo que não há nenhuma relação de promiscuidade. Aproveito a oportunidade para dizer que o fato de ser uma relação homoafetiva não traz nenhuma influência na opção sexual dessas crianças ou na futura opção sexual desses meninos adotados. A experiência nos mostra que isso não tem nada a ver”<sup>13</sup>.*

---

<sup>12</sup> En palabras de la Corte: “Ahora bien, si lo que se busca a través de la adopción es el bienestar del niño, según lo previsto el Estatuto del Niño y del Adolescente, se podría decir que el no reconocimiento de las familias compuestas por padres/madres homosexuales, y por lo tanto, la imposibilidad de la adopción, por ambos (as) compañero (as) iría en contra de los principios jurídicos, ya que facilitaría el hecho de que el niño se sintiera diferente y discriminado. De este modo, el niño no se sentiría estigmatizado por ser adoptado por la gente gay, sino porque la ley de su país no considera a su familia como tal.” (Traducción no oficial). Mariana de Oliveira Farias e Ana CláudiaBortolozziMaia. *Adoção por Homossexuais – A FamíliaHomoparentalsob o Olhar da Psicologia Jurídica* , Ed. Juruá, p. 217

<sup>13</sup>La trabajadora social llega a esta conclusión de recomendar la adopción, diciendo que no hay ninguna relación de promiscuidad. Aprovecho esta oportunidad para decir que el hecho de que se trate de una relación homoafectiva no trae ninguna influencia sobre la orientación sexual de estos niños o la futura

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

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

El segundo fallo a analizar en el caso de Brasil, se produce con ocasión de la acción directa de inconstitucionalidad (ADI) No. 4277, en la cual se solicita conferir interpretación conforme a la Constitución al artículo 1723 del Código Civil. Al respecto el STF dispone que la prohibición de discriminación y de prejuicios en razón a la diferencia de género en las parejas del mismo sexo, como parte de la orientación sexual, están proscritas del ordenamiento brasileiro. Este fallo del STF está inspirado en la aplicación del principio de pluralismo cultural y socio-político que consagra la Constitución, por tanto no es dable que la ley o actuaciones administrativas adopten medidas basadas en el criterio de orientación sexual diversa.

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

---

orientación sexual de los adoptados. La experiencia nos demuestra que esto no tiene nada que ver. (Traducción no oficial)

*privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica”<sup>14</sup>.*

La familia en su tradicional significado de núcleo doméstico, poco importa si se encuentra formal o informalmente constituida o si se está integrada por parejas heteroafectivas o por parejas homoafectivas. Por lo tanto, se deben establecer condiciones de trato igualitario entre las parejas heterosexuales y homosexuales en el plano de conformar una familia de manera autónoma. Así lo dispuso el artículo 226 de la Constitución al conferir a la familia, el estatus de base de la sociedad, y una especial protección por parte del Estado.

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

Lo anterior, muestra que las decisiones emitidas tanto por el STJ como por el STF, están guiadas a identificar que no existe un solo tipo de familia protegido por la Constitución, y que el vacío al respecto debe ser interpretado de acuerdo a los principios establecidos en dicha disposición, evitando caer en aseveraciones arbitrarias y sesgadas. De igual forma, se menciona la familia homoparental no representa en abstracto un perjuicio para los menores, por el contrario, se configura en una ventaja real para el menor, pertenecer

---

<sup>14</sup> No limita su formación a parejas heteroafetivos ni a la formalidad de cartorária, celebración civil o liturgia religiosa. La familia como una institución privada voluntariamente constituída entre personas adultas, mantiene con el Estado y la sociedad civil una necesaria relación tricotómica. (Traducción no Oficial)

a un núcleo que le brinde todos los medios necesarios para su desarrollo e impida que pase su vida en un refugio en condiciones que afecten su integridad como persona.

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

### **3.4 Análisis comparativo de los argumentos jurisprudenciales. Semejanzas y diferencias**

Los principios determinantes para la emisión de los fallos fueron el pluralismo y la igualdad. En Colombia en sentencia de 1995, la Corte Constitucional dispuso que el Estado como entidad que promueve el pluralismo y por tanto es factible la protección de los diferentes tipos de familia, en esta medida la orientación sexual no es un criterio excluyente para el acceso a la adopción. Posteriormente, en 2001, la Corte cambia su visión respecto al tema realizando una interpretación tradicional del artículo 42 de la Constitución política, dando mayor relevancia al interés superior del menor e integrándolo dentro del seno de la familia monogámica. Sin embargo, en el salvamento de voto dispuesto por algunos magistrados, se recalcó nuevamente la importancia del pluralismo y se implementó el elemento de la evolución social como componente determinante para la interpretación de la Constitución. En el 2011 la Corte Constitucional defiende la posición de inclusión de las parejas homosexuales como institución familiar, argumentando el fin constitucional del Estado Social y Democrático de derecho respecto a la protección del pluralismo. Finalmente, en 2012 la Corte

permite la adopción por parte de una persona homosexual dándole prevalencia al principio del interés superior del menor, y teniendo en cuenta que la orientación sexual de una persona no constituye *per se* una amenaza o riesgo para el menor.

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

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

Si bien en Colombia se trató este principio por la Corte Constitucional en 1999, dicha decisión fue limitada respecto a las uniones entre compañeros permanentes de parejas heterosexuales. En 2012 se permitió la adopción a una persona homosexual, considerando que la separación del núcleo familiar de los menores sin que pueda ser atribuible a una razón suficiente o de inminente peligro, constituye una clara vulneración de éste principio por parte de las entidades públicas, generando ellas mismas la amenaza hacia los pequeños. Sin embargo persiste la ausencia de un pronunciamiento por parte de la Corte en cuanto al uso de éste principio en tratándose de adopción por parejas homosexuales, esto genera inquietud respecto a los efectos jurídicos reales de estas sentencias y cuestiona el sentido del fallo de la decisión del

caso de las madres lesbianas de Rionegro, en el cual, a pesar de que debió haber sido fallado meses atrás, no existe pronunciamiento alguno.

A este punto, es necesario recalcar que a pesar de la existencia de aspectos divergentes entre los países por el uso argumentativo o el peso que se le dio a un derecho o principio sobre otro, es claro que el uso del criterio de ponderación entre principios como herramienta argumentativa, fue definitivo para avanzar en la toma de decisiones en estos casos que socialmente son controvertidos por la multiplicidad de actores involucrados.

Un segundo elemento que debe ser tenido en cuenta, hace mención a la reinterpretación desarrollada en Colombia, México y Brasil, de lo dispuesto en la Constitución Política respecto a la concepción tradicional de familia, como la monogámica heterosexual. En este caso, las Cortes acudieron al argumento del cambio social recalcando la evolución del concepto de familia en tanto institución social que se origina a partir de las relaciones humanas, estableciendo una interpretación de la Constitución coherente al momento social en que nos encontramos.

Un tercer punto objeto de análisis, corresponde al empleo o no de las diversas fuentes y/o estudios técnicos científicos por parte de las Altas Cortes como fundamento de su decisión. Tenemos en cuanto a las fuentes que existe un discurso internacional y uno local. Aunque todas las naciones cuentan con identidades dominantes tradicionales dirigidas a la materialización de valores sociales en sus leyes, es importante destacar el uso de tratados, pactos, sentencias y en general todo el discurso internacional que hace parte la argumentación jurisprudencial. Actualmente los grupos que no han sido escuchados por los representantes del poder en su país de origen, están acudiendo a lo dicho por las entidades internacionales para exigir el reconocimiento de sus derechos.

Encontramos entonces, que en países como México y Brasil los jueces también están haciendo uso de estos discursos globales de derechos humanos para reivindicar aquellos grupos que dentro de los Estados se encuentran marginados. En Brasil, es donde se encuentra más visible este tema al hacer empleo de legislación extranjera, como la Carta de Principios de Yogyakarta, la Declaración de derechos del Hombre y del Ciudadano o la Declaración Universal de los Derechos Humanos; sentencias extranjeras emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América. En México los magistrados específicamente en sus votos

confirmatorios y de oposición a la decisión emitida, fundan sus razones en lo dispuesto por la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y libertades fundamentales, el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las sentencias dictadas por la Corte Europea de Derechos Humanos, las Sentencias dictadas por las Cortes y tribunales de otros países, entre otros.

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

Por su parte la Corte de Colombia en sus sentencias, no emplea de forma evidente el discurso global ni los estudios técnicos científicos. Solamente se refiere a ellos en la sentencia emitida en el 2012, en la cual fueron utilizados como base de la decisión fuentes como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la Convención sobre derechos del Niño y la Observación general número 12 del Comité de los Derechos del Niño. Si bien en Colombia existen intervenciones dentro de las sentencias, sería ideal que aquellas fueran realizadas por entes especializados en los temas específicos, los cuales podrían suministrar una visión objetiva y fundamentada sobre el tema. Asimismo y para efectos de la interpretación del interés superior del menor, sería importante considerar las estadísticas de menores en hogares de paso del ICBF y las denuncias sobre maltrato en estos sitios, así como la gran cantidad de menores que a medida que pasa el tiempo pierden la posibilidad de ser adoptados.

#### 4. CONCLUSIONES

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

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

Por otra parte tenemos algunas diferencias en cuanto los efectos de las decisiones de las Altas Cortes. En México y Brasil, por tratarse de Estados Federados, la jurisprudencia emitida por las Altas Cortes, tiene efectos únicamente frente al estado que solicita su pronunciamiento. En este caso existe una restricción para los actores sociales en tanto su participación podría verse limitada en la medida que la decisión no surte efectos

sobre todos los estados que componen la Federación. Sin embargo, en casos controversiales como la adopción, esto es una ventaja para los opositores quienes dirigen sus esfuerzos a impedir que ocurran fallos similares en su respectivo estado. Por el contrario, en Colombia al ser este un Estado organizado en forma de República, las decisiones emanadas por la Corte Constitucional que marquen un claro precedente tienen efectos erga omnes. Esto hace que la decisión judicial deba ser respetada horizontal y verticalmente entre los jueces, pero también implica que en los casos difíciles la labor de los jueces este marcada por un juego político, que puede llevar a que en ocasiones los fallos contengan evasivas frente a un tema coyuntural. Es claro entonces que existe un mayor riesgo político al emitir un fallo que tiene vinculatoriedad a nivel nacional que decidir un aspecto en el que solamente se va a vincular a un determinado Estado.

Debemos destacar que los fallos emitidos por las Altas Cortes responden a lo dispuesto por los diversos actores sociales o utilizan algunos de sus argumentos para fundamentar las decisiones. Respecto a la Iglesia tenemos que las Cortes en sus últimos pronunciamientos han dado respuesta a la idea tradicional de familia monogámica y heterosexual que promulgan dicha institución religiosa. En el caso Colombiano la Corte rebatió este argumento cuando consideró que independientemente de la orientación sexual, las personas homosexuales están en igual capacidad de brindar amor y protección. En México, la Suprema Corte responde al Procurador haciendo uso de estudios técnicos científicos, que demuestran la inexistencia de una amenaza real para los niños que conviven con familias homoparentales. Finalmente en Brasil, los tribunales analizados coinciden en que la adopción implica una ventaja real para los menores, y que lo primordial son los vínculos de afecto y ambiente familiar, abandonados así prejuicios carentes de bases científicas, o de creación de normas que justifiquen limitaciones ideológicas o especulaciones impuestas por individuos o sectores particulares. De esta manera, las Cortes se sobreponen al confesionalismo que tradicionalmente había caracterizado los distintos ordenamientos jurídicos, como lo dispone Rodrigo Uprimny.

Así mismo, encontramos que las Altas Cortes de los tres países recogen argumentos emanados por la comunidad LGTBI, para fundamentar sus decisiones, sobre todo aquellos tendientes a la consideración de la idoneidad de las personas homosexuales

para ejercer el rol de padres y la ausencia de algún tipo de riesgo psico-emocional o en la determinación sexual de los menores adoptados.

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

Finalmente queremos destacar que los argumentos empleados por cada una de las Altas Cortes, se construyeron a partir de la Constitución como fuente jurídica legitimadora del discurso. Es la misma Constitución la que faculta a las Altas Corte a reinterpretar su contenido frente a los cambios sociales de los Estados, sin que en ello puedan intervenir de forma arbitraria las demás ramas del poder público. Los fallos analizados tienen entre sus razones fundamentales el reconocimiento del derecho a la adopción, a partir de la interpretación sistemática de los principios de pluralismo, diversidad, igualdad y no discriminación, generando una nueva visión respecto al interés superior del menor y el derecho a conformar una familia, éste último representado por un cambio social de los últimos años.

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

En el caso Colombiano se han presentado argumentos afines, pero la Corte no ha proferido un fallo de fondo frente al tema, sobre todo por las consecuencias o efectos a nivel nacional que ello conllevaría. Sin embargo, de acuerdo a todo lo que se ha presentado en los últimos años podríamos llegar a pensar que en muy poco tiempo este derecho se declararía en Colombia, en razón a que actualmente se ha llevado a cabo un proceso semejante al vivido en México y Brasil.

Encontramos entonces, que se trata de tres países cuya estructura institucional y mecanismos de defensa se observan muy similares, por lo tanto se podría considerar válido que se tomen aquellos argumentos dados en México y Brasil, para motivar una

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

## LISTA DE REFERENCIAS

- Aciprensa*. (23 de Agosto de 2010). Recuperado el 30 de Abril de 2012, de <http://www.aciprensa.com/noticia.php?n=30789>
- Agência Estado. (29 de abril de 2010). Recuperado el 20 de Septiembre de 2011, de <http://www.estadao.com.br/noticias/geral,casal-gay-comemora-direito-de-registrar-filhos,544587,0.htm>
- Albarracín, M. (2011). *malbarracin*. Obtenido de <http://es.scribd.com/doc/59666050/ALBARRACIN-Mauricio-Movilizacion-legal-para-el-reconocimiento-de-la-igualdad-de-las-parejas-del-mismo-sexo>
- ANSA. (21 de Diciembre de 2009). *Mundo*. Recuperado el 2012 de Abril de 30, de [http://latercera.com/contenido/678\\_211188\\_9.shtml](http://latercera.com/contenido/678_211188_9.shtml)
- Arrieta Borja, X. (19 de Agosto de 2010). *Suite 101.net*. Recuperado el 19 de Enero de 2012, de <http://ximena-arrieta-borja.suite101.net/adopciones-gay-en-el-distrito-federal-a23665>
- BBC News*. (22 de Noviembre de 2006). Recuperado el 20 de Septiembre de 2011, de [http://translate.googleusercontent.com/translate\\_c?hl=es&prev=/search%3Fq%3DHomosexuality%2Band%2Badoption%2Bin%2BBrazil%26hl%3Des%26client%3Dfirefox-a%26hs%3DZ7G%26rls%3Dorg.mozilla:es-ES:official%26prmd%3Divns&rurl=translate.google.com.co&sl=en&u=http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/6174438.stm&usg=ALkJrhgpTUFxj3AoRLNhM4LAWeDogDQZ1w](http://translate.googleusercontent.com/translate_c?hl=es&prev=/search%3Fq%3DHomosexuality%2Band%2Badoption%2Bin%2BBrazil%26hl%3Des%26client%3Dfirefox-a%26hs%3DZ7G%26rls%3Dorg.mozilla:es-ES:official%26prmd%3Divns&rurl=translate.google.com.co&sl=en&u=http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/6174438.stm&usg=ALkJrhgpTUFxj3AoRLNhM4LAWeDogDQZ1w)
- Bastos, C. R., & Martinis, I. G. (1998). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva.
- Brasil, Recurso Especial No. 889.852 (Superior Tribunal de Justicia 27 de Abril de 2010).  
Ministro Relator Dr. Luis Felipe Salomão.
- Brasil , Acción Directa de Inconstitucionalidad No. 4277 (Supremo Tribunal Federal 5 de Mayo de 2011). Ministro Relator Dr. Ayres Britto.
- Caracol*. (23 de Abril de 2009). Recuperado el 30 de Abril de 2012, de <http://www.caracol.com.co/noticias/actualidad/procuraduria-conceptua-que-la-adopcion-es-unicamente-para-parejas-heterosexuales/20090423/nota/799870.aspx>
- Cárdenas Miranda, E. L. (15 de Junio de 2010). *La adopción en México. Situación actual y perspectivas*. Obtenido de <http://www.letrasjuridicas.com/Volumenes/21/cardenas21.pdf>
- Castro Filho, S. (s.f.). *Universidad Nacional Autónoma de México*. Recuperado el 28 de Enero de 2012, de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/anjuris/cont/260/pr/pr10.pdf>

- CNN. (18 de Agosto de 2010). Recuperado el 30 de Abril de 2012, de <http://mexico.cnn.com/nacional/2010/08/18/la-procuraduria-respetara-las-bodas-y-adopciones-de-parejas-homosexuales>
- Colombia Diversa. (2005). *Voces excluidas: Legislación y derechos de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Transgeneristas en Colombia*. Bogotá.
- Colombia, Comunicado No. 30, Sentencia C-577 de 2011 (Corte Constitucional 26 de Julio de 2011). Magistrado Ponente Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Colombia, Sentencia T-290 de 1995 (Corte Constitucional 5 de Julio de 1995). Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz.
- Colombia, Sentencia C-477 de 1999 (Corte Constitucional 28 de Julio de 1999). Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz.
- Colombia, Sentencia C-814 de 2001 (Corte Constitucional 3 de Septiembre de 2001). Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Colombia, Sentencia T-276 de 2012 (Corte Constitucional 18 de Mayo de 2012). Magistrado Ponente Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Colombia, Sentencia T-408 de 1995 (Corte Constitucional 12 de Septiembre de 1995). Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Conferencia Episcopal de Colombia*. (s.f.). Recuperado el 30 de Abril de 2012, de <http://www.cec.org.co/index.shtml?s=g&x=34560>
- Constitución de la República Federativa de Brasil. (s.f.). (Universidad Nacional Autónoma de México, Trad.)
- Constitución Política de Colombia*. (1991).
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. (s.f.). Obtenido de <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/9/>
- Consultor Jurídico*. (11 de Noviembre de 2005). Recuperado el 19 de Septiembre de 2011, de [http://translate.googleusercontent.com/translate\\_c?hl=es&prev=/search%3Fq%3DHomosexuality%2Band%2Badoption%2Bin%2BBrazil%26hl%3Des%26client%3Dfirefox-a%26hs%3DZ7G%26rls%3Dorg.mozilla:es-ES:official%26prmd%3Divns&rurl=translate.google.com.co&sl=en&u=http://www.conjur.com.br/2005-nov-11/juiz\\_permite\\_adocao\\_casal\\_mulheres\\_homossexuais&usg=ALkJrhi9L8Wz19qzLkJthnNrUWJe42p\\_GQ](http://translate.googleusercontent.com/translate_c?hl=es&prev=/search%3Fq%3DHomosexuality%2Band%2Badoption%2Bin%2BBrazil%26hl%3Des%26client%3Dfirefox-a%26hs%3DZ7G%26rls%3Dorg.mozilla:es-ES:official%26prmd%3Divns&rurl=translate.google.com.co&sl=en&u=http://www.conjur.com.br/2005-nov-11/juiz_permite_adocao_casal_mulheres_homossexuais&usg=ALkJrhi9L8Wz19qzLkJthnNrUWJe42p_GQ)
- Corte Constitucional. (2 de Abril de 2012). *Trámite de selección de fallos de tutela para revisión*. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/tramite-seleccion.php>

- Cuevas G., A. M. (13 de Diciembre de 2011). *El Espectador*. Recuperado el 20 de Enero de 2012, de <http://www.elespectador.com/impreso/temadeldia/articulo-316494-ha-sido-una-tortura-burr>
- Da Agência Estado. (9 de Octubre de 2008). Recuperado el 20 de Septiembre de 2011, de <http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL792681-5598,00-CASAL+GAY+DO+RN+ADOTA+CRIANCAS+PELO+CADASTRO+DE+ADOCASO.html>
- De Oliveira Nusdeo, A. M., & De Salles, C. A. (2009). En *SELA, Derechos y Sexualidades: Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política*. Brasil: Librería.
- Echánove Trujillo, C. (1941). *La vida pasional e inquieta de don Crescencio Rejón*. México.
- El Colombiano*. (25 de Febrero de 2011). Recuperado el 30 de Abril de 2012, de [http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/l/iglesia\\_catolica\\_en\\_colombia\\_rechazo\\_adopcion\\_de\\_ninos\\_por\\_parte\\_de\\_parejas\\_homosexuales/iglesia\\_catolica\\_en\\_colombia\\_rechazo\\_adopcion\\_de\\_ninos\\_por\\_parte\\_de\\_parejas\\_homosexuales.asp](http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/l/iglesia_catolica_en_colombia_rechazo_adopcion_de_ninos_por_parte_de_parejas_homosexuales/iglesia_catolica_en_colombia_rechazo_adopcion_de_ninos_por_parte_de_parejas_homosexuales.asp)
- El Tiempo* (2011). (s.f.). Recuperado el 30 de Abril de 2012, de <http://m.eltiempo.com/vida-de-hoy/educacion/comunidad-gay-comulga-y-reclama-a-iglesia-por-no-permitirle-adoptar/9182924>
- El Tiempo. (13 de Enero de 2011). Recuperado el 19 de Enero de 2012, de [http://www.eltiempo.com/colombia/l/ARTICULO-WEB-NEW\\_NOTA\\_INTERIOR-8928421.html](http://www.eltiempo.com/colombia/l/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-8928421.html)
- El Universal. (16 de Agosto de 2010). Recuperado el 20 de Enero de 2012, de <http://www.informador.com.mx/mexico/2010/226330/6/iglesia-catolica-critica-aval-a-adopcion-por-matrimonios-homosexuales.htm>.
- El Universal. (17 de Agosto de 2010). Recuperado el 19 de Enero de 2012, de <http://www.eluniversal.com.mx/notas/702126.html>
- Ferreira Mendes, G. (2008). La Jurisdicción Constitucional en Brasil: las relaciones entre el Supremo Tribunal Federal y los demás jueces y tribunales. *Derecho del Estado*(21), 37-49.
- Figueiredo, M. (2010). Una visión del control constitucional en Brasil. En V. Bazán, *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*. Buenos Aires.
- Gil, I. (17 de Agosto de 2012). *BBC Mundo*. Recuperado el 30 de Abril de 2012, de [http://www.bbc.co.uk/mundo/america\\_latina/2010/08/100816\\_2315\\_gay\\_parejas\\_mexico\\_adopciones\\_alf.shtml](http://www.bbc.co.uk/mundo/america_latina/2010/08/100816_2315_gay_parejas_mexico_adopciones_alf.shtml)
- Hernández, O. A. (1966). *Curso de amparo, instituciones fundamentales*. México: Ediciones Botas
- Human Rights Watch. (16 de Agosto de 2010). Obtenido de <http://www.hrw.org/es/news/2010/08/17/mexico-sentencia-hito-sobre-adopcion-para-parejas-del-mismo-sexo>

- Instituto Amigos de Lucas*. (21 de Diciembre de 2011). Recuperado el 30 de Abril de 2012, de <http://www.amigosdelucas.org.br/blog/?tag=adocao-homoafectiva>
- La Opinión*. (23 de Abril de 2011). Recuperado el 30 de Abril de 2012, de [http://www.laopinion.com.co/noticias/index.php?option=com\\_content&task=view&id=371759&Itemid=94](http://www.laopinion.com.co/noticias/index.php?option=com_content&task=view&id=371759&Itemid=94)
- La libertad. (10 de Febrero de 2007). Recuperado el 25 de Febrero de 2012 , de <http://es.scribd.com/doc/41956393/10-02-07-La-Libertad-Fallo-de-Corte-Constitucional-sobre-derechos-a-parejas-del-mismo-sexo-atenta-contr-estabilidad-juridica>
- Manrique Guerrero, P. (1975). *La Estructura Constitucional del Estado Mexicano*. México: Universidad Nacional Autónoma de México Ciudad Universitaria.
- Manrique Reyes, A. (2004). *Fundamentos de la Organización del Estado Colombiano*. Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké.
- México, Acción de Inconstitucionalidad 2/2010 (Suprema Corte de Justicia de la Nación 16 de Agosto de 2010 ). Ministro Ponente Dr. Sergio A. Valls Hernández.
- Ministerio del Interior y de Justicia. (s.f.). Recuperado el 19 de Enero de 2012, de <http://www.mij.gov.co/econtent/newsdetailmore.asp?id=1511&idcompany=2>
- Ortega García, M. E. (2011). El interés superior del menor en la adopción por parejas del mismo sexo. *Amicus Curiae*, 1-5.
- R, F. (1 de Noviembre de 2011). *Semana*. Recuperado el 30 de Abril de 2012, de <http://www.lideranca.org/cgi-bin/index.cgi?action=forum&board=atualidades&op=printpage&num=8800>
- Rivera Sierra, J. (2003). Un debate a propósito de la familia constitucional. ¿Las parejas homosexuales estables conforman una familia? Algunas notas sobre el juicio de Salomón. En E. Montealegre Lynett, *Anuario de Derecho Constitucional: Análisis de jurisprudencia de la Corte Constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Rogue. (16 de Agosto de 2010). Recuperado el 19 de enero de 2012, de <http://lesbicanarias.es/2010/08/16/las-parejas-gay-podran-adoptar-en-mexico/>
- Semana. (17 de Agosto de 2010). Recuperado el 20 de Enero de 2012, de <http://www.semana.com/mundo/parejas-gay-ciudad-mexico-podran-adoptar/143134-3.aspx>
- Semana*. (26 de Abril de 2012). Recuperado el 30 de Abril de 2012, de <http://www.semana.com/nacion/iglesia-academia-chocan-sobre-adopcion-parejas-gay/176188-3.aspx>
- Tascón, C. O. (14 de Noviembre de 2009). *El Espectador*. Recuperado el 30 de Abril de 2012, de <http://www.elespectador.com/impreso/cuadernilloa/entrevista-de-cecilia-orozco/articuloimpreso172228-adopcion-de-ninos-parejas-ga>

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

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

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

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

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