

ADOPCIÓN HOMOPARENTAL: UN DESAFIO ENTRE LA HETERONORMATIVIDAD Y LA LUCHA POR LA IGUALDAD

Juliana S. Díaz Pantoja¹

Fecha de publicación: 23/07/2017

Sumario: Introducción. 1. Adopción. 2. Aclarando el panorama - La verdad que subyace. Comentarios finales. Bibliografía.

Resumen: El progresivo reconocimiento de los derechos de las personas con orientación sexual diversa ha generado en el mundo jurídico una transformación en los modelos legales clásicos caracterizados por la heteronormatividad. Uno de los principales conflictos que subyace en el ámbito familiar es la adopción por parte de parejas homoparentales, la cual si bien se instituye como una medida de restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y no como un derecho de los adultos a adoptar, adquiere relevancia cuando se indaga por la existencia o no de una justificación que impida el ejercicio de los derechos de los niños a tener una familia cuando ésta se ha constituido por parte de personas del mismo sexo.

Es por tanto que este trabajo no solo evidenciará los conflictos que se han esbozado en torno al interés prevalente de niños, niñas y adolescentes y la prohibición de discriminación por motivos de orientación sexual, hecho que no ha sido ajeno en las legislaciones latinoamericanas tales como la chilena y colombiana, sino también la clara contradicción argumentativa

¹ Abogada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño (Col). Estudiante becaria de Magíster en Derecho mención Derecho Familia de la Universidad de Talca. Correo electrónico: juliana.sdp@outlook.es

que prevalece en las tesis opositoras a la adopción homoparental.

PALABRAS CLAVE: Adopción Homoparental – Interés Superior del Niño – Heteronormatividad - Discriminación.

INTRODUCCIÓN

Deslindar el ánimo discriminatorio del contenido jurídico instaurado a través de la defensa de principios -que en su espíritu nacen como alicientes al avance progresivo de derechos colectivos, pero que en su uso e interpretación inadecuados se convierten en la principal herramienta de desconocimiento de otros derechos y principios de igual categoría- es la principal labor que la profesión jurídica debe esbozar al momento de usar la ley como la construcción programática de ampliación de garantías sociales, que no pueden ser armonizables con una visión restrictiva que impida el fin último de dignificación humana y respeto de la diversidad de formas de vida.

Es en tal sentido que el abordaje de la adopción por parte de parejas del mismo sexo se ha convertido en una discusión que ha tomado el eje del Interés Superior del Niño (ISDN) como un mecanismo bisagra del que parten los argumentos de apoyo y controversia, frente a esta forma de adopción, mismos que devienen de posiciones históricas afianzadas en la resolución segregacionista y prohibitiva ante las diferencias sociales, cuando en su versión original parten del empoderamiento jurídico de las personas menores de edad y la defensa prevalente de sus derechos, siendo enmarcados dentro de ellos perjuicios que tanto una versión como la otra pretenden desligarlos o incluirlos como forma de dominación del discurso proteccionista de la infancia.

Es por tanto que trataremos de vislumbrar de una manera concisa, mientras transitamos por los avances legales y jurisprudenciales de Chile y Colombia, como la aceptación de la adopción homoparental tiene directa conexidad con la concepción de la familia tradicional vinculada a través del matrimonio, siendo este último el génesis argumentativo de la continua discriminación institucionalizada a través de la aparente colisión del principio de ISDN como pauta que impide una posición garantista y amplia ante la conformación de familias.

Finalmente presentaremos las inconsistencias de la posición restrictiva y discriminadora de la familia y la adopción homoparental, los argumentos constitucionales y supraconstitucionales en su contra y

algunos comentarios finales que guiaran la perspectiva de la autora hacia a resolución integral frente a la controversia planteada.

1. ADOPCIÓN, CONCEPTO, FINES Y FUNDAMENTOS

La condición de orfandad generada por el abandono, por la muerte o incapacidad de los padres se ha producido a lo largo de la historia de la humanidad, por lo que la adopción como respuesta y paliativo no es un fenómeno reciente. No obstante su permanencia, las transformaciones históricas y culturales propias de cada sociedad han impactado el desarrollo de esta figura en sus fines, fundamentos, evolución de sus características y los vínculos que constituye.

1.1. Fines y fundamentos

En la figura de la adopción subyacen fines plurivalentes, cambiantes de conformidad con los momentos históricos caracterizados por mutaciones culturales, sociales, religiosas e incluso económicas que impactan la conciencia colectiva ligada a los conceptos de familia, matrimonio, infancia y adolescencia².

En este sentido, la edificación de la figura de la adopción no fue siempre pacífica, así por ejemplo en ciertos periodos históricos era considerada contraria a las normas de sana convivencia y las buenas costumbres³, mientras que en las sociedades y los momentos históricos en los que gozaba de aceptación, los fines se enfocaron esencialmente en las necesidades del adoptante de tener un heredero bien sea por razones (1) políticas, (2) patrimoniales –a fin de evitar la dispersión de los bienes, traspasando la unidad de su patrimonio al adoptado- y, (3) religiosas – como forma de asegurar el culto domestico-⁴.

² CORRAL (2002), P, 57.

³ En la época codificadora por ejemplo, la adopción es fuertemente desacreditada en razón a los fines fraudulentos para los que era usada, tanto en el aspecto familiar como fiscal. CORRAL (2002), p, 15.

⁴ Las tres finalidades de la adopción encontraban su justificación en el objetivo de otorgar continuidad a las familias con ausencia de descendientes varones, siendo necesario precisar la estructura organizacional patriarcal propia de sociedades como la romana, en donde se caracterizaba por el ejercicio de la autoridad del *pater familia* sobre los demás integrantes de la familia a través de cuatro poderes 1) la autoridad del *pater* sobre los esclavos, 2) la autoridad paterna, 3) la *manus*, autoridad del marido sobre la mujer casada y 4) el *mancipium*, autoridad especial de un hombre libre sobre otro hombre libre. El poder del *pater* comprendía además, derechos tales como el de *ius vitae necis* -derecho a la vida y la muerte-, *ius vendendi* –derecho de venta- y el *ius exponendi* –derecho de abandonar al hijo recién nacido-. GARCIA (1993), P, 686 y 687

Finalmente la visión contemporánea de la adopción se consolida en el periodo posterior a las guerras mundiales en donde en razón de la extensión de las situaciones de orfandad y abandono de la población infantil generados como flagelo de la guerra, se instituye la adopción como respuesta y paliativo frente a la necesidad de otorgar un ambiente familiar a aquellos niños, niñas y adolescentes privados de su vínculo familiar biológico⁵. Bajo esta tendencia se transforma el paradigma de la adopción despojándose de su objetivo como fuente de satisfacción de las necesidades de los adoptantes, para desplazarse hacia un modelo en el que se propende por el máximo desarrollo de los derechos de las personas menores de edad en situación de adoptabilidad, siendo el objetivo prevalente brindarles un ambiente familiar idóneo⁶.

Producto de lo anterior, en el escenario internacional los esfuerzos en pro del reconocimiento y la garantía de los derechos de los niños se han instituido bajo cuatro consideraciones principales (1) la consolidación de un catálogo de derechos enfocados en la niñez y adolescencia (2) la relevancia de la familia como núcleo esencial para el desarrollo de los derechos de la población infantil, (3) la responsabilidad solidaria de la sociedad y el Estado en la garantía de sus derechos y (4) el interés superior del niño y la capacidad progresiva del ejercicio de sus derechos.

En este proceso de construcción de una nueva mirada hacia la infancia y adolescencia, es necesario destacar la Declaración de Ginebra de 1924 como el primer texto en la historia de los Derechos Humanos que abordó particularmente los derechos de la niñez. Posteriormente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 se incorporó en el Art. 25 el derecho de la infancia a recibir cuidados especiales, además de catalogar a la familia como el *elemento natural y fundamental de la sociedad sujeta a la protección de la sociedad y del Estado*.

Más adelante con la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 se estableció expresamente *el Interés Superior del Niño (ISDN)*, reiterándose la importancia de la familia como entorno de afecto, seguridad moral y material en el desarrollo del niño. En el mismo sentido la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989⁷ reiteró y extendió la exigencia de

⁵ LARRAIN (1991), p, 12.

⁶ LARRAIN (1991), p, 13.

⁷ No obstante los derechos de los niños habían sido recogidos con anterioridad a la Convención, esta significó un avance importante en el reconocimiento de los niños como sujetos de derechos a través de la doctrina de la protección integral, reflejando *una nueva*

consideración del *ISDN* a todas las medidas concernientes a los niños y la asimilación de la familia como el *grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños*.

Es por tanto en este panorama internacional que reafirma la importancia de la familia y el derecho fundamental de los niños a crecer en un ambiente familiar como condición de materialización de otros derechos, es donde se establece la institución jurídica de la adopción como respuesta estatal frente a los casos de ausencia de la familia biológica o el incumplimiento de sus deberes de crianza, formación, socorro y asistencia, a fin de proporcionar al niño o adolescente el derecho a tener una familia a través de procesos de adopción orientados principalmente por la búsqueda del *ISDN*.

1.2. Concepto

El vocablo adopción tiene su origen en el latín *adoptatio*, derivado del verbo *adoptare* que significa “adoptar” y que según la Real Academia de la Lengua refiere a la acción de *tomar legalmente en condición de hijo al que no lo es biológicamente*⁸.

Dado el contenido histórico, cultural e ideológico de la institución de la adopción, se han advertido una multiplicidad de conceptos tendientes a su *definición*⁹. Lo cierto es que figuras como la adopción generan un ambiente de transformación de los conceptos clásicos de filiación¹⁰ -definido tradicionalmente como *un hecho natural, una relación biológica que une a sus procreantes y procreadores*¹¹-, maternidad y paternidad biológica, ya que en virtud de la adopción se permite el establecimiento de relaciones paterno-filiales que van más allá de una relación engendrante–engendrado, tal como sucede con los hijos adoptivos con los que no existe lazos de sangre.

perspectiva en torno a las personas menores de edad que dejan de ser vistos como propiedad intrínseca de sus progenitores, beneficiarios pasivos de una obra de caridad; para pasar a ser contemplados como plenos ciudadanos, destinatarios de sus propios derechos. RAVETLLAT y PINOCHET (2015), p. 910.

⁸ DICCIONARIO REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA

⁹ Al respecto véase CAMPILLAY (2005), p, 13 y ss.

¹⁰ Contrario a tesis de doctrinantes como HERNAN CORRAL que insiste en establecer que la realidad esencial de la filiación es aquella que se produce mediante la procreación natural, negando consecuentemente las tesis que promueven la instauración de la filiación sobre la base de la voluntad y la autorresponsabilidad de los padres. CORRAL (2002), p, 60.

¹¹ COURT (2010), p.5.

Por tanto, la filiación adoptiva se entiende *como una filiación puramente jurídica, que reposa sobre la presunción de una realidad no biológica, sino afectiva: a petición de una persona, el derecho establece artificialmente entre ellas y otra persona una relación de padre (o madre) e hijo*¹².

1.3. Realidad chilena y colombiana

La adopción, como se mencionó anteriormente, está íntimamente ligada al concepto de familia –en cuanto tanto como medida de restablecimiento de derechos del niño (Colombia) o institución jurídica que vela por su interés superior (Chile) pretende restablecer el derecho del niño a tener una familia-, es por tanto necesario abordar desde el ordenamiento jurídico chileno y colombiano las principales transformaciones culturales y sociales que han impactado la estructura de la familia tradicional y la consecuente visibilización de las demás tipologías de familia, incluida la familia homoparental.

1.3.1. Chile

Las ideas dominantes a la época de dictación del Código de Andrés Bello se estructuraban en torno a la concepción de la familia fuertemente guiada, entre otros, bajo los principios de matrimonio religioso e indisoluble, la incapacidad relativa de la mujer casada, la patria potestad y filiación matrimonial ampliamente favorecidas. Fue gracias a las transformaciones culturales y sociales aunadas a la incorporación de los tratados internacionales que se abrió paso a la instauración en el derecho de familia de nuevos principios tales como el de protección a la familia, protección al matrimonio, principio de igualdad, protección del más débil y autonomía de la voluntad¹³.

Por su parte, el principio de protección a la familia está presente a lo largo de la legislación chilena, tanto por la incorporación de tratados como la Convención de derechos humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención de derechos del niño, como por la propia Constitución Política que reconoce a la familia como el núcleo fundamental de la sociedad y sujeto de protección por parte del Estado. Sin embargo persiste la controversia acerca de la extensión que ha de atribuirse al concepto de familia, esto es, en un sentido restrictivo respecto de aquella

¹² CARBONNIER como se citó en CORRAL (2002), p. 60.

¹³ LEPIN (2014), p, 12 y ss.

constituida a través del matrimonio, o por el contrario en un sentido más amplio frente aquellas constituidas por vínculos diferentes al matrimonial.

Desde este panorama, el debate no es menor y tiene vital importancia en la aceptación de la adopción homoparental por cuanto, en primera instancia el matrimonio está reconocido de forma exclusiva a las parejas heterosexuales y segundo porque desde una visión restrictiva legal del concepto de familia solo se entendería desde el vínculo matrimonial de las parejas heterosexuales.

Al respecto cabe señalar que a pesar que la legislación chilena mediante la Nueva Ley de Matrimonio Civil 19.947 (NLMC) reitera la consideración del matrimonio como la base principal de la familia, mediante una interpretación más garantista del precepto, es posible inferir que paralelamente reconoce la existencia de otras formas de constituir familia¹⁴, *dejado atrás una imagen institucionalizada de la familia, erigida sobre la base del matrimonio, (...), sustituyéndola por una concepción de base contractual, cuya tipología no es necesariamente matrimonial*¹⁵.

Adicionalmente, la promulgación la Ley 20.830 mediante la cual se crea el acuerdo de unión civil y que no es excluyente de las parejas homoparentales afianza la construcción de un concepto de familia más amplio e incluyente de las minorías sexuales.

No obstante lo anterior, desde las visiones más conservadoras el concepto de familia sigue estando ligado a la vinculación del matrimonio, desconociendo la pluralidad de vínculos que pueden darle origen. Esta visión impacta la institución de la adopción que sigue estando restringido a las personas unidas mediante el vínculo matrimonial y/o personas solteras, quedando excluida por tanto la adopción conjunta por parte de parejas de mismo sexo.

1.3.2. Familia y adopción en Colombia

La sociedad colombiana –al igual que la mayoría de las sociedades latinoamericanas- ha estado marcada por la fuerte influencia de la Iglesia Católica que otorga al matrimonio la posición prevalente y a veces exclusiva para la formación de familias. En conjunto la influencia generada por el Código Napoleónico -base de los códigos civiles de la época en Latinoamérica- planteaba una estructura basada en tres principios: la desigualdad de los cónyuges, la discriminación en perjuicio de los hijos

¹⁴ LEPIN (2014), 20.

¹⁵ DEL PICO (2011), p, 39.

nacidos fuera del matrimonio y finalmente la indisolubilidad del matrimonio¹⁶.

Sin embargo al panorama anterior, las exigencias reivindicativas de derechos de las mujeres generadas tanto en el contexto internacional como nacional, así como el auge de movimientos sociales conscientes acerca de las dificultades que enfrentaban las familias constituidas por vínculos distintos al del matrimonio, se materializaron a través de una pluralidad de reformas legales que visibilizaron tanto la existencia de modelos familiares diversos al clásico paradigma, como el reconocimiento de la capacidad de ejercicio de derechos de los demás integrantes de la familia, permitiendo de esta manera la decadencia de los tres pilares establecidos en el clásico derecho familiar.

Es en tal sentido que un hito que marcaría la transformación del modelo legal familiar tradicional se generó con la promulgación de la Constitución Política de 1991 y la creación de la Corte Constitucional¹⁷, que a través de su jurisprudencia ha otorgado un alcance mucho más amplio e incluyente a la familia. De tal forma, la Corte ha reiterado que no existe un único tipo de familia, sino que en virtud del reconocimiento del pluralismo y la diversidad de la sociedad colombiana, el Estado debe proteger en un plano de igualdad a las diferentes tipologías de familia¹⁸.

Tratándose de personas con orientación homosexual, la Corte Constitucional ha construido un sistema de precedentes judiciales encaminado a superar el secular déficit de protección que se presenta en relación con sus derechos fundamentales. Desde sus inicios la Corte ha proferido fallos “en cadena” encaminados a amparar, de forma *armónica, coherente y evolutiva, los derechos de las minorías sexuales en Colombia*¹⁹. Así por ejemplo mediante sentencia T-716 de 2011 reivindicó el derecho de las parejas del mismo sexo a la conformación de familia afirmando *que el vínculo familiar se logra a partir de diversas situaciones*

¹⁶ LEPIN (2014), 11.

¹⁷ Organismo perteneciente a la rama judicial del poder público, creada por la Constitución de 1991, con el objetivo principal de guardar la integridad y supremacía de la Carta Política. Sus funciones están descritas en el artículo 241 de la Constitución, entre las que se encuentra el conocimiento exclusivo de los asuntos de constitucionalidad atribuyéndole en su condición de intérprete, la facultad de pronunciamiento de las reglas jurisprudenciales sobre el alcance de las normas contenidas en la Constitución.

¹⁸ Corte constitucional Colombia, Sentencia T-523 de 1992

¹⁹ Corte Constitucional Colombia, Sentencia SU-214 DE 2016.

*de hecho, entre ellas la libre voluntad de conformar la familia, al margen del sexo o la orientación de sus integrantes. Por lo tanto, la heterosexualidad o la diferencia de sexo entre la pareja, e incluso la existencia de una, no es un aspecto definitorio de la familia, ni menos un requisito para su reconocimiento constitucional*²⁰.

La evolución jurisprudencial continuó su curso con la sentencia C-577 de 2011 mediante la cual la Corte Constitucional de manera frontal reiteró que las parejas homoparentales eran un tipo de familia, para posteriormente en la sentencia SU-617 de 2014 establecer que la orientación sexual o el sexo de la pareja no podía ser considerado un impedimento en el proceso administrativo de adopción consentida y finalmente la sentencia C-683 de 2015 eliminó el requisito de la heterosexualidad para optar en los procesos de adopción conjunta²¹.

Por tanto, el ordenamiento jurídico Colombiano acepta en un plano de igualdad las diversas tipologías de familia, incluida la homoparental, y ve en ella –siempre que apruebe los requisitos de idoneidad propios del proceso de adopción establecidos en el Código de Infancia y adolescencia²²- un entorno capaz de brindar el máximo desarrollo del ISDN de los niños, niñas y adolescentes en situación de adoptabilidad.

2. ACLARANDO EL PANORAMA - LA VERDAD QUE SUBYACE

2.1. Debate de la adopción como medida de restablecimiento de derechos del niño

Entre el derecho del niño y el falso derecho de la pareja

La adopción se establece como una medida de restablecimiento de los derechos del niño a tener una familia capaz de brindar las condiciones para

²⁰ Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-716 de 2011

²¹ Adicionalmente mediante la sentencia SU-214 de 2016, la Corte Constitucional de Colombia aprobó la posibilidad de que las personas del mismo sexo contrajeran matrimonio, argumentando que *no existe una razón constitucionalmente admisible para que el Estado niegue este derecho a unas personas, basándose en su orientación sexual, pues ello atentaría contra el conjunto de garantías de dignidad humana, libertad e igualdad que irradia el ordenamiento, como cláusulas de erradicación de todas las injusticias.*

²² Al respecto la Corte constitucional aclaró que no se estaba autorizando de manera directa la adopción por parte de las parejas del mismo sexo, ni mucho menos pretendía fijar nuevos parámetros en los procesos de adopción, pero que dada la ausencia de justificación constitucionalmente válida, la restricción genérica a la adopción por parte de parejas homosexuales debía ser eliminada. Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-683 de 2015.

su desarrollo integral. No obstante y como reminiscencia de sus patrones históricos muchas veces la adopción se visualiza como un derecho de las personas a adoptar.

Si bien es cierto la adopción crea un vínculo filial entre adoptante y adoptado, surgiendo de esta manera derechos y obligaciones recíprocos, es preciso entender que el fundamento principal es la protección del adoptado, por lo que debe reiterarse que *la adopción no pretende primariamente que quienes carecen de un hijo puedan llegar a tenerlo sino sobre todo que –la persona menor edad- que no tiene padres pueda llegar a ser parte de una familia*²³.

No obstante lo anterior y sin pretender recaer en el argumento del falso derecho a la pareja a adoptar, la negación absoluta de la posibilidad de las parejas del mismo sexo a aplicar los procesos de adopción vulnera los derechos humanos a la igualdad y la prohibición de discriminación, la libertad de expresión y de conciencia, los derechos de identidad de género y orientación sexual, que se ven menoscabados cuando bajo el argumento de protección del ISDN se perpetua un trato arbitrariamente discriminatorio por la orientación sexual de la pareja.

2.2. Acercamiento a la discriminación. Imperio de la heteronormatividad en los modelos clásicos

Históricamente la comunidad homosexual ha afrontado condiciones de marginalidad y desconocimiento de sus derechos producto de un proceso de invisibilización afianzado por la estructura patriarcal de la sociedad, en el cual las diferencias sexuales entre hombres y mujeres establecen modelos de poder legitimantes de pautas culturales de subordinación y dominación de la heterosexualidad, el desconocimiento de la multiplicidad de identidades y la desigualdad e inequidad de género²⁴.

Adicionalmente la influencia de la teología moral judeo-cristiana que veía en las prácticas homosexuales uno de los peores pecados y que fue introducida durante la colonización de América²⁵ transmitió su posición al interior de la comunidad médica que lo catapultó como un trastorno psicológico, que a su vez el derecho lo plasmaría como un delito.

²³ Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-093 de 2001

²⁴ LAMAS (2005), p, 70 y ss.

²⁵ MOTT (2005), p, 3.

Es así que la discusión médica frente a la homosexualidad a pesar de encontrar posturas opuestas, por un trasfondo moral, religioso y sin mayor sustento científico se catalogaría a la homosexualidad como una enfermedad mental en el “Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales” de la Asociación Estadounidense de Psiquiatría en 1968. Sin embargo los movimientos de grupos activistas y la evidencia empírica que lo descartaba como una enfermedad logró que en 1973 se removiera del Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales²⁶ y finalmente en 1990 la Organización Mundial de la Salud lo eliminó como enfermedad mental.²⁷

Por otro lado en el ámbito legal fue solo por *la inspiración modernizadora del Código Napoleónico que la sodomía fue despenalizada en la mayor parte de los nuevos países latinoamericanos, dejando de estar incluida en los respectivos Códigos Penales*²⁸. En Colombia con la entrada en vigor el Decreto 100 de 1980 se despenalizó los actos homosexuales, mientras que en Chile la despenalización de las prácticas sodomíticas solo se generaría hasta 1998.

Paralelamente en el marco internacional desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos se reconoció que todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, precepto que marcaría el inicio de grandes avances hacia la igualdad entre los géneros y las acciones afirmativas de los Estados contra la violencia. No obstante lo anterior, y en razón a la fragmentación e inconsistencia de la respuesta internacional frente a las violaciones de derechos humanos de la población LGTBI, en el año 2006 se promulgaron los Principios de Yogyakarta como la solución a las deficiencias de discriminación por orientación sexual y cuya finalidad fue establecer una comprensión sólida del régimen legal internacional en materia de derechos humanos frente a las distintas orientaciones sexuales y de expresiones de género.

²⁶ PENGUELLY (2010), p, 21.

²⁷ Un 17 de mayo de 1990 fue aprobada por la Asamblea General de la Organización Mundial de la Salud (OMS) la 10 revisión la Estadística Internacional de Clasificación de las Enfermedades y Problemas de Salud Relacionados reconociendo que la orientación sexual per-se no era un trastorno. Esta fecha se convertiría en el Día internacional contra la Homofobia y la Transfobia y la insignia de los activistas de derechos humanos.

²⁸ Hasta mediados de los años 90, la homosexualidad seguía siendo considerada un delito en Chile, Ecuador, Cuba, Nicaragua y Puerto Rico. A comienzos del siglo XXI todavía persisten leyes contra la sodomía en dos países: Puerto Rico y Nicaragua. MOTT (2005), p, 5.

Pero, aun cuando la homosexualidad ha dejado de considerarse una patología y se ha generado grandes avances en el entendimiento de que *no existe una manera unívoca de enfocar la sexualidad, no hay clasificaciones incontestables ni verdades absolutas que puedan explicar el fenómeno de la sexualidad, asaz tan complejo y variopinto como la vida misma*²⁹, subsiste en el imaginario social una estigmatización hacia las personas con orientación sexual diversa, que traducida al ámbito legal impone barreras hacia la construcción de sociedades más incluyentes y respetuosas de la diversidad y la dignidad humana y que adentrándonos al tema en discusión, impide la regularización social y legal de la adopción homoparental.

2.3. Del interés prevalente del niño y la contradicción argumentativa de la oposición a la adopción homoparental.

El ámbito del derecho de familia puede ser considerado uno de los escenarios donde en mayor medida se visibiliza las controversias ligadas a los derechos de las personas con orientación sexual diversa, siendo la adopción homoparental uno de los debates neurálgicos en la actualidad. A continuación, se expondrán los argumentos propuestos por las teorías opositoras de la adopción homoparental y algunas de las falacias en las que incurrén.

2.3.1. Carácter indeterminado del ISDN

Es preciso empezar afirmando que la mayoría de las tesis esbozadas por los opositores a la adopción homoparental utilizan el ISDN como eje central de sus argumentos. Al respecto, cabe señalar que dada la ausencia de definición legal y convencional, este principio adquiere un carácter indeterminado y de difícil concreción, lo cual es una de sus principales falencias dada su vaguedad e imprecisión y a su vez considerada su *verdadera fuerza (...) -puesto que- facilita su adaptación a los diferentes supuestos de hecho que puedan ir suscitándose*³⁰.

Pero es precisamente esa indeterminación la base argumentativa con la que los detractores de la adopción homoparental enfocan su posición hacia un proteccionismo paternalista exacerbado, que contrario a reafirmar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, les niega y restringe su ejercicio pleno del derecho a tener una familia, desconociendo con ello el espíritu emanado por la normativa internacional y específicamente de la

²⁹ CIEZA, (2007), p, 4.

³⁰ RAVETLLAT y PINOCHET (2015), p. 904.

Convención Sobre los derechos del Niño³¹, las que reiteran la necesidad del que el ISDN deba ser examinado en los casos en concreto y de acuerdo con las condiciones de cada individuo y de cada potencial familia adoptante, examen que en todo caso debe realizarse con independencia del sexo y de la orientación sexual de sus integrantes³².

Corolario a lo anterior, la adaptación del ISDN a las teorías en contra de la adopción homoparental, más que resguardar los derechos de la infancia, persigue el encubrimiento de posturas fundamentalistas y de carácter religioso a través de un aparente detrimento y desconocimiento del ISDN del que subyace un fin netamente discriminatorio.

2.3.2. Falacias de las tesis opositoras a la adopción homoparental

La primera falacia de los argumentos en contra de la adopción homoparental consiste en afirmar la presunta vulneración al ISDN de los niños criados por parejas del mismo sexo por los impactos negativos tanto directos como indirectos generados en su desarrollo. Al respecto cabe señalar que no existe en la literatura científica evidencias que demuestren que la crianza por parejas del mismo sexo influya en el bienestar y el desarrollo personal y emocional de los niños, con experiencias sólidas y consistentes que permiten inferir que la sexualidad no tiene conexidad con la salud mental y mucho menos con la aptitud de crianza de los padres, encontrándose adicionalmente escasas diferencias comparativas con la estructura familiar heterosexual³³.

Adicionalmente, un segundo argumento se traza frente a la posibilidad de que los niños adquieran una orientación sexual también diversa. Frete a esta posición, la contradicción argumentativa se evidencia cuando paralelamente a la expresión de igualdad de trato, respeto y la prohibición de discriminación frente a las distintas manifestaciones de orientación sexual, se visibiliza a la homosexualidad como un fenómeno indeseable y evitable en las futuras generaciones y más específicamente los niños en situación de adoptabilidad. Es dable por tanto plantearse el interrogante; Si partimos de la premisa que todas las formas de orientación sexual gozan de igual protección y respeto, ¿Sobre que base radica el problema si los niños

³¹ RAVETLLAT y PINOCHET (2015), p. 916.

³² Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-683 de 2005.

³³ Al respecto puede observarse diversos estudios, tales como, el Concepto científico de la American Sociological Association (2014); el concepto científico del Williams Institute, de la Universidad de California (2014) y el concepto científico del Concepto científico del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, (2014).

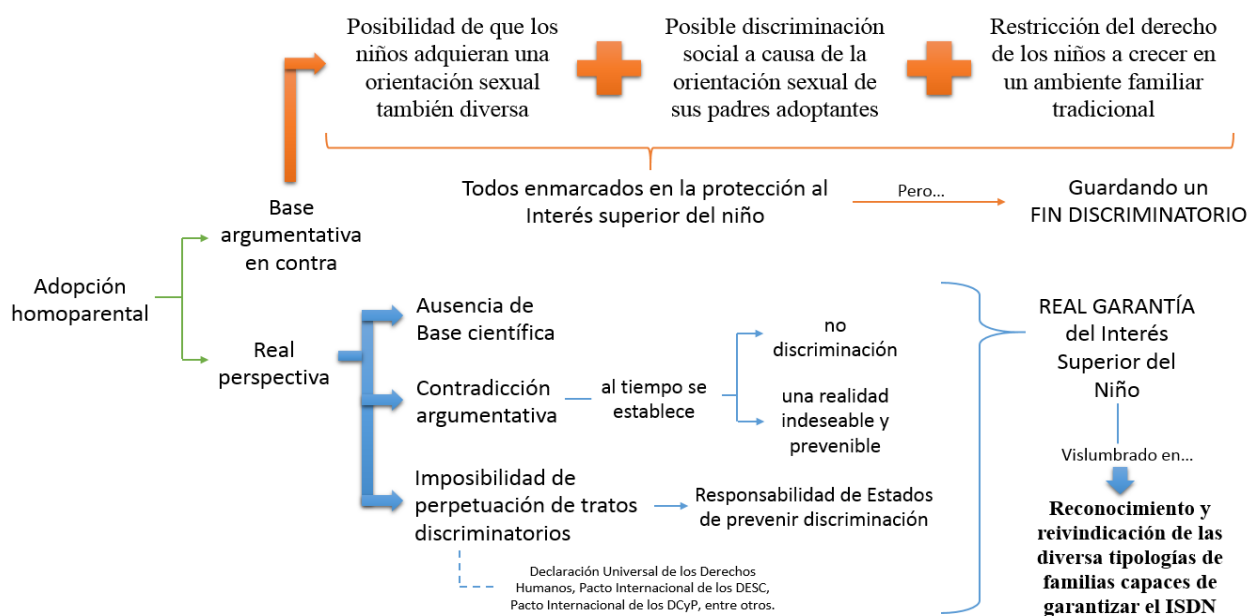
criados por parejas homoparentales adquieren a su vez una orientación homosexual?

Otro argumento frecuente es el de la posible discriminación a la que se verían avocados los niños en razón de la orientación sexual de su padre y/o madre adoptante. No siendo posible desconocer los prejuicios sociales y culturales que envuelven a las familias homoparentales, no sería tampoco válido este argumento como justificación para perpetuar tratos discriminatorios, máxime cuando son los Estados los llamados a adoptar las medidas necesarias a fin de garantizar el goce efectivo de todos los derechos de sus ciudadanos y la eliminación de cualquier manifestación discriminatoria o excluyente³⁴. Por otro lado un posible estigma social debido a la orientación sexual de la madre o el padre no puede considerarse un “daño” válido efectos de la determinación del interés superior del niño³⁵.

Finalmente, se aduce la presunta vulneración del ISDN cuando se restringe el derecho de los niños a crecer en un ambiente familiar tradicional conformado por una pareja heterosexual. Al respecto es necesario recalcar la decadencia vivida por el paradigma de familia cimentado sobre las bases de la heterosexualidad de la pareja, el matrimonio religioso y la procreación biológica, que paulatinamente ha permitido el reconocimiento y reivindicación de las diversas tipologías de familias, ignoradas y relegadas bajo el modelo tradicional. Es por ello que no es posible sostener que la protección de los derechos de los niños sea exclusivamente resguardada bajo un único modelo familiar.

³⁴ La obligatoriedad de los Estados de asegurar la protección contra todo tipo de discriminación se encuentra dada por la normativa internacional recopilada, entre otras, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Art. 1,2,7, 23), Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales (2, 3, 7, y 13), Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (Art. 2, 3, 14, 23, 24, 26 y 27), la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (Art. 2, 7, 10, 11, 12, 13, 14, 15 y 16), Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Art. 2, 5, y 7), Convención de los Derechos del Niño (Art. 2, 28 y 30) y la Convención contra la Discriminación en la esfera de la Enseñanza (Art. 3, 4 y 5).

³⁵ Sentencia Atala Riffo Y Niñas Vs. Chile, Corte Interamericana de Derechos Humanos.



COMENTARIOS FINALES

- La discriminación originada por la diversidad identitaria y sexual, ha perdido toda posibilidad de sustento legal; sin embargo, la reminiscencia sociocultural de los modelos tradicionales, ha encontrado en la flexibilidad propia de los principios, la posibilidad de que a través de una interpretación erróneamente restrictiva se perpetúen los modelos institucionales de segregación.
- La adopción homoparental presenta en la actualidad una contraposición fuertemente vislumbrada entre los criterios generales esbozados desde el marco regulatorio de los derechos humanos y la Convención de los derechos del niño, frente al paradigma cotidiano de las normatividades locales latinoamericanas que pese a haber adscrito estos marcos internacionales que posibilitan la consolidación de una familia más incluyente, se conserva una perspectiva sesgada por factores principalmente morales y religiosos que impide, tanto el desarrollo de una legislación progresiva hacia la protección de la infancia como la efectivización de las normas sobre la eliminación de discriminación por motivos de orientación sexual.

- Aun cuando las contradicciones argumentativas de las tesis opositoras a la adopción homoparental son actualmente evidentes, el proceso de reivindicación de los derechos de los niños a crecer en una familia - independiente de la orientación sexual de sus padres- es aún una lucha que debe generarse desde los distintos escenarios normativo, académico, social y cultural a fin de generar sociedades más incluyentes y equitativas.

BIBLIOGRAFÍA

Referencia de libros

- ABELIUK MANASEVICH, René. (2000): La filiación y sus efectos. (Santiago, Editorial jurídica de Chile). Tomo I.
- CAMPILAY FERNANDEZ, Jordan. (2005): La adopción y los nuevos tribunales de familia. (Santiago, Editorial Librotecnia).
- CORRAL TALCIANI, Hernán. (2002): Adopción y filiación adoptiva. (Santiago, Editorial jurídica de Chile).
- COUT MURASSO, Eduardo. (2010): Curso de Derecho de Familia la filiación por naturaleza. (Santiago, Editorial Legal Publishing).
- GARCIA BARRIDO, Manuel (1993): Derecho privado romano. (Madrid, Editorial Dykinson).
- LARRAIN ASPILLAGA, Teresa. (1991): La Adopción: Un análisis crítico comparado de la legislación chilena. (Santiago, Editorial jurídica de Chile).

Referencia de artículo de revista

- DEL PICÒ RUBIO, Jorge (2011): “Evolución y actualidad de la concepción de familia. Una apreciación de la incidencia positiva de las tendencias dominantes a partir de la reforma del derecho matrimonial chileno”, en: Revista Ius et Praxis (Año 17, N° 1), pp. 31-56.
- LEPIN MOLINA, Cristián (2014): “Los nuevos principios del derecho de familia”, Revista Chilena de Derecho Privado Diciembre (N° 23)) pp. 9-55.
- RAVETLLAT BALLESTÉ, ISAAC Y PINOCHET OLAVE, Ruperto (2015): “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del Niño y su configuración en el Derecho Civil chileno”, en Revista Chilena de Derecho de la Facultad

de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, (Volumen 42, número 3) pp. 903-934.

Referencia a documentos en formato electrónico

- American Psychological Association (2014): “Lesbian & Gay Parenting”. Disponible en: <https://www.dropbox.com/s/k15uzpfm1patibc/Asociaci%C3%B3n%20americana%20de%20psicolog%C3%ADa%20LGparenting.pdf?dl=0> [visitado el 28/11/202016].
- Asamblea General de las Naciones Unidas (1948): “Declaración Universal de los Derechos Humanos”. Disponible en: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf. [visitado el 29/11/202016].
- CIEZA, Jairo (2007): “El cambio de sexo y el derecho a propósito de la reciente sentencia del tribunal constitucional peruano”. En derecho y cambio social (N°10) Disponible en: http://www.derechocambiosocial.com/revista010/transexualidad.htm#_ftnref5. [visitado el 28/11/202016].
- Comité de los Derechos del Niño (2013): “Observación General número 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”. Disponible en: http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf. [Visitado el 24/11/202016].
- Instituto Colombiano De Bienestar Familiar (2014): “Concepto científico”. Disponible en <https://www.dropbox.com/s/rcf9n1ew7xtpu6v/MINISTERIO%20DE%20SALUD.pdf?dl=0> [visitado el 28/11/202016].
- LAMAS, Marta (2005): “*Cuerpo: Diferencia sexual y género*. Madrid”: Disponible en: http://www.psi.uba.ar/academica/carrerasdegrado/psicologia/sitios_catedras/electivas/816_rol_psicologo/material/unidad4/obligatoria/cuerpo_diferencia_sexual_y_genero.pdf [visitado el 25/11/2016].
- MOTT, Luiz. (2005): “Las raíces de la homofobia en América Latina”. Disponible en: [http://www.censida.salud.gob.mx/descargas/drhMott\(2005\),umanos/luizmott.pdf](http://www.censida.salud.gob.mx/descargas/drhMott(2005),umanos/luizmott.pdf) [visitado el 23/11/202016].
- PENGUELLY PERAZA, Karen Anaid (2010): “Homosexualidad”. Disponible en: <http://www.monografias.com/trabajos->

pdf4/lashomosexualidad/lashomosexualidad.pdf [visitado el 23/11/202016].

Principios de Yogyakarta (2006): “Principios sobre la aplicación de legislación internacional de los derechos humanos en relación a la orientación sexual y la identidad de género”, Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/orientacion_sexual_Principios_de_Yogyakarta_2006.pdf [visitado el 28/11/202016].

Real Academia De La Lengua Española (2015): “Diccionario” Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=0oKpOJX> [visitado el 23/11/202016].

Sociedad de Naciones (1924): “Declaración de ginebra de 1924”. Disponible en: <http://ojd.org.do/Normativas/Penal%20NNA/Instrumentos%20internacionales/Declaracion%20de%20Ginebra%201924.pdf> [visitado el 23/11/202016].

Williams Institute- Universidad De California (2014): “Concepto científico”. Disponible en: <https://www.dropbox.com/s/9sjpf0zfh5jz0xs/U.%20CALIFORNIA.pdf?dl=0> [visitado el 25/11/202016].

Jurisprudencia citada

Sentencia C-093 de 2001, Corte Constitucional de Colombia, MP. Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia caso Atala Riffo Y Niñas Vs. Chile, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de febrero de 2012.

Sentencia SU-214/ de 2016. Corte Constitucional Colombiana, MP. Alberto Rojas Ríos.

Sentencia T-523 de 1992, Corte Constitucional de Colombia, M.P. Ciro Angarita Baron.

Sentencia T-716 de 2011, Corte Constitucional de Colombia, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Sentencia C-577 de 2011, Corte Constitucional de Colombia, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Sentencia C-683 de 2015, Corte Constitucional de Colombia, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Sentencia SU-617 de 2014, Corte Constitucional de Colombia, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.