

COLOMBIA EN EL MARCO DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS: EL DESAFÍO DE LA ADOPCIÓN CONJUNTA POR PARTE DE PAREJAS DEL MISMO SEXO¹

NICOLÁS EDUARDO BUITRAGO REY²

ANGIE PAULETTE CABRERA CAMACHO³

RESUMEN

La sentencia C-577 de 2011, proferida el 26 de junio del mismo año en que la Corte Constitucional colombiana habilitó la formalización de un vínculo contractual para las parejas del mismo sexo, ha tenido diversos problemas interpretativos en cuanto a sus efectos jurídicos. En concreto, si esta otorga los mismos efectos en cuanto al estado civil de la pareja que el matrimonio, esto daría el estatus de cónyuge y habilitaría la adopción conjunta de estas parejas. Por ello, este documento plantea que trayendo criterios de interpretación utilizados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), mediante el ejercicio del control de convencionalidad, se puede establecer que la adopción conjunta es una posibilidad válida y legal a la luz del control de convencionalidad al momento de interpretar dicha providencia.

*Fecha de recepción: 12 de mayo de 2014
Fecha de aceptación: 26 de septiembre de 2014*

- 1 Esta ponencia obtuvo el Segundo lugar en el Concurso de estudiantes, semilleros de investigación y clínicas jurídicas “El control de convencionalidad y la justicia constitucional”, organizado por el Centro Colombiano de Derecho Procesal Constitucional y realizado el 18 de marzo de 2014 en la Universidad del Bosque (Bogotá, Colombia), fue realizada bajo la orientación y tutoría del Dr. Jonathan Riveros Tarazona.
- 2 Estudiante de noveno semestre de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Becario de la Universidad del Rosario. buitrago.nicolas@urosario.edu.co
- 3 Estudiante de octavo semestre de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Becaria de la Universidad del Rosario. cabrera.angie@urosario.edu.co

Palabras clave: parejas del mismo sexo, vínculo contractual, control de convencionalidad, derechos humanos, adopción.

COLOMBIA IN THE INTER-AMERICAN HUMAN RIGHTS SYSTEM: THE CHALLENGE OF ADOPTION BY SAME-SEX COUPLES

ABSTRACT

Decision C-577 of 2011, issued by the Colombian Constitutional Court, which enabled the formalization of a contractual relationship for same-sex couples, has had various problems in terms of its legal effects. In particular, if it gives the same effects in terms of the civil status of a married couple, this would provide the same status as a spouse and consequently this would enable their joint adoption. For this reason, this document states that bringing interpretative criteria used in the framework of the Inter-American Court, through the exercise of the control of conventionality, joint adoption can be a valid and legal possibility in light of this control when interpreting this judgment.

Key words: same-sex couples, contractual relationship, conventionality control, human rights, adoption.

INTRODUCCIÓN

Desde diferentes ámbitos, el estado colombiano ha venido reconociendo derechos en relación con la comunidad de lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales (en adelante LGBTI). Así, desde la perspectiva constitucional, a partir de 2007 se otorgaron efectos civiles a uniones de parejas del mismo sexo⁴, al igual que se reconocieron derechos a la seguridad social⁵ y a partir del 20 de junio de 2013 se creó el vínculo contractual que permite la formalización de la unión de parejas homosexuales⁶. Por su parte, desde la perspectiva penal, a

4 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-075 de 2007 (M.P. Rodrigo Escobar Gil: Febrero 7 de 2007).

5 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-811 de 2007 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra: Octubre 3 de 2007).

6 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-577 de 2011 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo: Julio 26 de 2011) Vale aclarar que la figura equivalente al matrimonio para las parejas del mismo sexo fue llamada “vínculo contractual de parejas del mismo sexo”. La Corte exhortó

partir de 2011, se incluyó el tipo penal de actos de racismo o discriminación, uno de cuyos elementos subjetivos específicos consiste en cometer el crimen con ocasión de la orientación sexual del sujeto pasivo⁷. A su vez, desde la Ley 599 de 2000 se constituyó como una circunstancia de mayor punibilidad, que el móvil de un crimen sea la orientación sexual de la víctima⁸.

Si bien estos avances posicionan a Colombia dentro del grupo de países que protegen los derechos de los homosexuales y sus parejas (donde se pueden encontrar países como Argentina, Ecuador, México y Brasil) actualmente la ley civil colombiana no permite la adopción conjunta a estas parejas⁹. Esto se da, en la medida en que tampoco se les reconoce la posibilidad de contraer matrimonio propiamente dicho, lo que a juicio de los autores de este documento denota desprotección de los DDHH de las parejas homosexuales.

Esta desprotección se evidencia cuando se analiza el avance que han presentado otros países, tanto suramericanos como europeos, que han reconocido y permitido que las parejas del mismo sexo puedan contraer matrimonio y por lo tanto puedan tener la oportunidad de optar por la adopción. Tal es el caso de Argentina¹⁰ y Uruguay¹¹ quienes por medio de la promulgación de leyes expedidas por su órgano legislativo, han dado amplia facultad para que el matrimonio gay sea permitido en sus países en contraposición de paradigmas sociales.

Todos los anteriores avances permiten dilucidar una falta de voluntad política en el Congreso colombiano para regular el matrimonio civil igualitario¹², al igual hace falta jurisprudencia sobre la posible integración de los derechos de adopción de las parejas homosexuales en Colombia.

a regular en un plazo de dos años el matrimonio homosexual, y al no hacerlo el Congreso, la sentencia permitió la formalización del vínculo ante jueces o notarios.

7 Ley 1482 de 2011. Por medio de la cual se modifica el Código Penal y se establecen otras disposiciones. Noviembre 30 de 2011. DO. N° 48.270 Arts. 3 y 4

8 Código Penal Colombiano [CPC]. Ley 599 de 2000. Julio 24 de 2000 (Colombia). Art. 58.

9 Código de la Infancia y la Adolescencia [CIA]. Ley 1098 de 2006. Noviembre 8 de 2006 (Colombia). Art. 68 literales (2) y (3).

10 Ley No. 26618. Matrimonio Civil. Código Civil Modificación. Julio 15 de 2010. Boletín Oficial No. 31949. (Argentina) y Decreto 1054. Promulgase la Ley 26.618. Julio 21 de 2010. Boletín Oficial No. 31949.(Argentina)

11 Ley No. 19075. Matrimonio Igualitario. Abril 10 de 2013. No. 28710. (Uruguay)

12 En la sentencia C-577/11 la Corte Constitucional dio un plazo de dos años al Congreso de la República para que reglamentara el vínculo contractual de parejas del mismo sexo, so pena de que la misma sentencia permitiera la formalización de dicho vínculo para el 20 de junio de 2013 y el Congreso no acogió la exhortación de la Corte. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-577 de 2011 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo: Julio 26 de 2011).

Esto es lo que ha llevado a que la Corte Constitucional colombiana haya establecido un marco de protección para la comunidad LGBTI mediante sentencias de constitucionalidad. La última y más controversial es la C-577 de 2011, que hace referencia al matrimonio igualitario.

La sentencia C-577 de 2011 de la Corte Constitucional ha generado diversos problemas jurídicos en cuanto a cómo interpretar su parte motiva y resolutive, ya que esta indica que los vínculos familiares, sean jurídicos o naturales, no se pueden limitar a una interpretación literal del artículo 42 de la Constitución Política que hace mención a una familia heterosexual constituida mediante el vínculo del matrimonio, estableciendo que una pareja de dos personas del mismo sexo puede conformar una familia mediante la “voluntad responsable de conformarla”. Esto nos permite concluir que existe una desprotección legislativa a estas parejas al no darles una forma de solemnizar su vínculo jurídico como lo hacen las parejas heterosexuales con el matrimonio, por lo que en la parte resolutive se determina que “si el 20 de junio de 2013 el Congreso de la República no ha expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual”¹³.

Como la sentencia de la Corte Constitucional no hizo mención a la figura del matrimonio, no es claro si con dicho vínculo contractual se adquiere el estado civil de casado y en consecuencia, la calidad de cónyuge, que faculta la adopción conjunta. No queda entonces claro si se estableció el matrimonio para las parejas del mismo sexo o una institución jurídica diferente.

Por consiguiente, teniendo en cuenta que se plantea la inquietud sobre la institución jurídica del matrimonio igualitario, la misma duda surge sobre la adopción conjunta entre parejas del mismo sexo. El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos no ha conocido de casos en los que resuelva esta cuestión, pero hay reglas jurídicas jurisprudenciales que pueden ser traídas al ordenamiento jurídico nacional por vía de la doctrina del “control de convencionalidad” para resolver el asunto. De esta manera, el problema jurídico que este documento pretende resolver es: ¿Es viable la adopción conjunta por parte de parejas homosexuales que hayan formalizado su vínculo contractual, mediante la utilización de criterios interpretativos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en ejercicio del control de convencionalidad?

13 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-577 de 2011 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo: Julio 26 de 2011). Pág. 193, literal quinto de la parte resolutive.

1. JUSTIFICACIÓN

En la práctica no hay certeza respecto de los efectos jurídicos de la sentencia C-577 de 2011, ante lo cual el presente texto brinda una solución jurídica a los problemas en torno a la adopción conjunta de parejas homosexuales, utilizando un análisis a partir de la aplicación de criterios interpretativos de protección internacional de DDHH. Para ello, hacemos uso del control de convencionalidad, sustentado en argumentos jurídicos y jurisprudencia reciente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que han implicado un vital avance en la protección de los derechos de la Comunidad LGBTI. En este sentido, el texto brinda una hipótesis sobre cómo se podría interpretar dicha sentencia y cuál es el alcance adecuado que se le debe dar utilizando el control de convencionalidad, manejando un lenguaje práctico y útil que permita la comprensión de diferentes audiencias.

2. OBJETIVOS: GENERAL Y ESPECÍFICOS

Objetivo general: Analizar el estatus actual de la adopción conjunta de las parejas del mismo sexo a la luz de la sentencia C-577 de 2011, y contrastarlo con los criterios interpretativos que ha fijado la jurisprudencia de la CIDH al respecto, evaluando la procedencia del ejercicio del control de convencionalidad para suplir los vacíos de la sentencia constitucional.

Los objetivos específicos son: (i) investigar la jurisprudencia nacional e internacional relevante para el Estado colombiano referente a los derechos de las parejas homosexuales a adoptar de forma conjunta, (ii) identificar el problema jurídico interpretativo que se plantea y analizarlo a la luz de los DDHH y de los criterios internacionales de interpretación de la Corte IDH y (iii) establecer el rol del control de convencionalidad como herramienta para utilizar los criterios interpretativos de los pronunciamientos de los órganos del SIDH por parte de los jueces nacionales.

3. METODOLOGÍA

El presente ensayo parte de una providencia nacional en materia de constitucionalidad que estudió el artículo 113 del Código Civil colombiano respecto de la falta de regulación de una figura matrimonial para las parejas del mismo sexo. A raíz de las diversas interpretaciones prácticas que se han dado de dicha sentencia, se traen a colación criterios en materia de protección de DDHH de la población LGBTI de la Corte IDH por vía del control de convencionalidad, utilizando diferentes elementos que permitan establecer la posible adopción conjunta por parte de parejas homosexuales en Colombia.

Como punto de partida, el presente escrito toma diferentes pronunciamientos de Cortes internacionales de protección de derechos humanos, que permiten dilucidar la progresividad en la protección de derechos de las parejas homosexuales a través del tiempo, generando reglas claras de no discriminación y tendiendo a una mayor amplitud en la cobertura de los derechos para este tipo de parejas.

4. DESARROLLO

4.1 Derechos a la igualdad y no discriminación, vida privada y la familia: rompimiento de esquemas en la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La imposibilidad de adopción conjunta de parejas del mismo sexo puede implicar la violación de algunos derechos reconocidos internacionalmente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), como por ejemplo los derechos a la igualdad y no discriminación¹⁴, vida privada¹⁵ y familia¹⁶. Lo anterior en relación con que al no permitir dicha adopción, se está realizando un trato discriminatorio entre parejas del mismo sexo y de diferente sexo, existiendo una injerencia arbitraria en la vida privada y, a su vez, una limitación al derecho a fundar una familia de las parejas del mismo sexo.

La CIDH emitió su primera sentencia de protección a la Comunidad LGBTI el 24 de febrero de 2012 en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*¹⁷, en la cual se estableció que la orientación sexual es una categoría protegida por el artículo 1.1 de la CADH¹⁸, bien sea que se entienda protegida en la categoría de sexo¹⁹ o de otra condición social²⁰. Así pues, para una diferenciación de trato que constituya discriminación, basta constatar que de manera explícita o implícita se tuvo en cuenta la orientación sexual de la persona para la toma de una decisión. En dicha providencia, la Corte establece que las parejas del mismo sexo pueden constituir

14 Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículos 1.1 y 24. Noviembre 22, 1969.

15 Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 11. Noviembre 22, 1969.

16 Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 17. Noviembre 22, 1969.

17 Hechos de la sentencia: Karen Atala Riffo mediante un proceso de tuición o de custodia, perdió la patria potestad de sus hijas a causa de su orientación sexual y por compartir vida privada con su pareja del mismo sexo. Se determinó la violación a los derechos de igualdad y prohibición de discriminación, a la vida privada y la familia, garantías y protección judicial.

18 Caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, Inter-Am Ct. H.R (ser. C) No. 147,169 (Febrero 24, 2012) Párr. 85.

19 *Ibidem*. Párr. 88. Así lo ha entendido el Sistema Universal de Protección a Derechos Humanos.

20 *Ibidem*. Párr. 87. Así lo ha entendido el Sistema Europeo de Protección a Derechos Humanos.

una familia y que, en consecuencia, procede la protección conjunta a la vida familiar de los artículos 11.2 y 17 de la CADH²¹.

También tuvo lugar el primer pronunciamiento en materia de fecundación *in vitro* en el caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*²², donde se reiteró que en la jurisprudencia de dicha corporación que para que una injerencia en la vida privada no sea arbitraria, esta requiere perseguir un fin legítimo y cumplir los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad²³.

En la Constitución Política de Colombia en su tenor literal, la familia se entiende como la unión entre un hombre y una mujer. Sin embargo, como ya se mencionó, la CIDH optó por un concepto más amplio y la Corte Constitucional colombiana fue aún más allá, al decir que la familia se conforma por los lazos de afecto propios de un núcleo familiar, incluyendo parejas homosexuales con vocación de permanencia²⁴. En consecuencia, se concluye que el hecho de no permitir la adopción conjunta no persigue un fin legítimo, de lo cual podría afirmarse que del concepto de familia al interior del Estado colombiano se desprende esta posibilidad, ya que *de facto* hay un núcleo familiar, y como la ley permite que adopte solo un miembro de la pareja, no habría un reconocimiento jurídico del núcleo familiar conformado.

En segundo lugar, no se debe olvidar el interés superior del niño²⁵. La adopción es una institución jurídica que le permite a un niño ser miembro de una familia, y sin la adopción conjunta, no existiría el goce de derechos que implicaría el tener el vínculo filial con ambos padres o madres del menor. De esta manera, la existencia de la adopción conjunta es una medida necesaria e idónea, toda vez que en primer lugar, permite establecer la igualdad en la relación jurídica entre

21 Caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, Inter-Am Ct. H.R. (ser. C) No. 147,169 (Febrero 24, 2012) Párr. 175.

22 Hechos de la sentencia: La Corte de Suprema de Justicia de Costa Rica declaró la inconstitucionalidad de la reglamentación de la fertilización *in vitro* al considerar que la vida se protege desde la concepción. Se determinó la violación del derecho a la vida privada y familiar, integridad personal en relación con la autonomía personal, salud sexual y reproductiva, entre otros.

23 Caso *Artavia Murillo y otros* (“fecundación *in vitro*”) *vs. Costa Rica*. Fondo, Reparaciones y Costas, Inter-Am Ct. H.R. (ser. C) No. 257 (Noviembre 28, 2012) Párr. 273.

24 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-577 de 2011 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo: Julio 26 de 2011).

25 “*lo que se propone con la idea rectora o con el principio del interés superior del niño es, justamente, que la consideración del interés del niño debe primar al momento de resolver sobre cuestiones que le afecten*”. Gonzalo. Aguilar Cavallo. *El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Buscar en: http://www.cecoch.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/revistaano_6_1.htm/Elprincipio11.pdf

el padre o madre adoptante y su cónyuge frente al menor adoptado y en segundo lugar, puede considerarse idónea para garantizar el interés superior del niño, porque la adopción es una institución jurídica de protección y garantía de los derechos del menor, por lo cual no sería adecuado enfocar la adopción hacia la pareja adoptante sino que por el contrario debe enfocarse hacia el mismo menor, quien es el principal beneficiado de pertenecer a un núcleo familiar, garantizado por medio de un vínculo jurídico de afinidad producto de la adopción.

4.2 Margen de apreciación: Tribunal europeo de derechos humanos vs. Corte Interamericana de Derechos Humanos

El concepto de margen de apreciación se entiende como el campo de acción e interpretación de los derechos fundamentales, dejado a las autoridades soberanas del Estado y a los jueces nacionales²⁶. Dicha noción nace en el TEDH, como una solución a las situaciones en las que no exista un consenso o *common ground* entre los Estados miembros del Consejo de Europa, otorgándole al Estado un “margen de apreciación”, el cual no puede exceder²⁷. En cuanto a la temática que trata este ensayo, surge entonces la pregunta: ¿impide el margen de apreciación que un tribunal internacional obligue a un Estado a regular la adopción conjunta de parejas del mismo sexo?

En el Caso J.M vs. Reino Unido²⁸ el TEDH afirmó que en las reclamaciones sobre actos discriminatorios por la orientación se-xual²⁹, los Estados contratantes cuentan con un margen de apreciación estrecho³⁰, justificando su accionar en razones convincentes y de peso que soporten el trato diferenciado.³¹ Así mismo, en el Caso Genderdocm vs. Moldavia, estableció

26 BARBOSA DELGADO, FRANCISCO R. *El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: entre el Estado de Derecho y la Sociedad Democrática*. Buscar en: file:///C:/Users/e0988195/Downloads/ESQUEMADECITACIONBLUEBOOK_000.pdf. Septiembre 28 de 2012.

27 Caso Shalk y Kopf vs. Austria. 2010 Eur. Ct. H.R 22, 23 (2010). Párr. 109.

28 Caso J.M vs. Reino Unido. Eur. Ct. H.R 24 (2010). Párr. 54.

29 Por orientación sexual entiéndase: “La orientación sexual de una persona es independiente del sexo biológico o de la identidad de género. Se ha definido como la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género o de más de un género, así como la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas”. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes*. Estudio elaborado por la CIDH en cumplimiento de la Resolución SG/RES 2653. 2012. Página 4. (XLI-O/11). Editorial Organización de los Estados Americanos.

30 Caso Kozak vs. Polonia. Eur. Ct. H.R 26, 28, 29 (2010). Párr. 92.

31 Caso E.B vs. Francia. Eur. Ct. H.R 24 (2008). Párr. 91.

que dicho trato diferenciado tiene que estar justificado en razones objetivas y razonables, esto implica que el mismo debe perseguir un fin legítimo y debe ser proporcional.³²

De esta manera, a modo de ejemplo, el TEDH en los casos referidos a matrimonio de parejas del mismo sexo³³ y efectos del cambio de género para el matrimonio³⁴ ha establecido la inexistencia de un *common ground*. En lo que respecta al registro de paternidad de parejas conformadas por una persona transgénero, estableció la existencia de un *common ground* mínimo³⁵, que permite al Estado actuar bajo el margen de apreciación.

Sin embargo, se debe resaltar que en casos donde se presentan tratos discriminatorios que no son proporcionales, como la total inexistencia de reconocimiento jurídico a las uniones de parejas del mismo sexo³⁶ y el trato diferencial a padres por su orientación sexual³⁷, ha declarado la responsabilidad internacional de los Estados por haber violado los derechos a la vida privada y la familia.

Si bien el margen de apreciación podría ser acorde a algunas teorías voluntaristas del derecho internacional, no se debe olvidar que los DDHH nacieron como un límite al poder del Estado, estando encaminados a evitar la impunidad y la discriminación³⁸. Recientemente, en el Caso X y otros vs. Austria³⁹, parece obviarse el margen de apreciación, ya que el TEDH dice que si bien no hay consenso entre los Estados respecto de si la pareja del mismo sexo puede adoptar el hijo biológico de su compañero, compañera o cónyuge,

32 Caso Genderdoc-M vs. Moldavia. Eur. Ct. H.R 10 (2012). Párr. 50.

33 Caso Shalk y Kopf vs. Austria. 2010 Eur. Ct. H.R 22, 23 (2010). Pár. 105, 108 y 109.

34 Caso Christine Goodwin vs. Reino Unido. 2002-VI Eur. Ct. H.R 30 (2002). Párr. 103.

35 Caso X, Y y Z vs. Reino Unido. 1997-II Eur. Ct. H.R 8, 9 (1997). Párr. 33 a 37.

36 Caso Kozak vs. Polonia. Eur. Ct. H.R 26, 28, 29 (2010). Párr. 98 y 99.

37 Caso J.M vs. Reino Unido. Eur. Ct. H.R 24 (2010). Párr. 54 y 55.

38 Por discriminación entiéndase: toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas. U.N. Comité de Derechos Humanos [CCPR]. Observación General No. 18, No discriminación, CCPR/C/37. (Noviembre 10 de 1989).

39 Hechos de la sentencia: El Tribunal Europeo de Derechos Humanos determinó que era discriminatorio no permitirle a una mujer adoptar el hijo de su compañera de una relación estable, ya que ahí encontró un trato diferenciado en comparación con las parejas de diferente sexo, tanto casadas como no casadas para realizar dicha adopción.

procede a analizar la existencia de un trato discriminatorio, concluyendo que en el caso no existen razones objetivas para negar la adopción a las parejas por su orientación sexual⁴⁰.

En cuanto al Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, la CIDH, a diferencia del TEDH, no ha adoptado el criterio del “margen de apreciación” de manera expresa, sino únicamente de forma tangencial⁴¹. En el único caso de derechos de población LGBTI ante la Corte IDH, fue el salvamento de voto de dicha providencia el que advierte que se debió haber aplicado el margen de apreciación ante la ausencia de *common ground* respecto de si las parejas del mismo sexo son familia en este sistema⁴².

Así, en el caso de la adopción conjunta de parejas del mismo sexo en Colombia, no es claro si los criterios de margen de apreciación harían parte del ejercicio de control de convencionalidad, ya que no ha sido adoptada expresamente por la CIDH.

4.3 ¿A partir del control de convencionalidad se puede habilitar la adopción por parte de las parejas homosexuales?

A partir de un análisis de la constante interpretación que ha realizado la CIDH de la Convención Americana, y partiendo del artículo 2 de la Convención, se crea la figura del “Control de Convencionalidad” entendido como la obligación que tienen los jueces internos de los Estados Parte de efectuar ya no solamente un control de legalidad y de constitucionalidad de los casos que son de su competencia, sino que deben adecuar las leyes y decisiones internas a las disposiciones contenidas en la CADH⁴³.

La CIDH ha reiterado en su jurisprudencia que: “Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del poder judicial

40 Caso X y otros vs. Austria. 2013 Eur. Ct. H.R 42, 43, 44 (2013). Párr. 148 a 153.

41 Francisco R. Barbosa Delgado. *El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: entre el Estado de Derecho y la Sociedad Democrática*. Buscar en: file:///C:/Users/e0988195/Downloads/ESQUEMADECITACIONBLUEBOOK_000.pdf Septiembre 28 de 2012.

42 Caso X y otros vs. Austria. 2013 Eur. Ct. H.R 42, 43, 44 (2013). Párr. 148 a 153.

43 Quinche Ramírez, Manuel Fernando. El control de convencionalidad y el sistema colombiano. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. Julio - Diciembre 2009. At. 163.

deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”⁴⁴.

Ahora bien, como se estableció anteriormente, la Corte IDH es la encargada de la interpretación de la CADH, lo que le permite en su competencia material, que no solamente pueda realizar interpretaciones exegéticas de la Convención, sino que al mismo tiempo pueda realizar interpretaciones extendidas con la aplicación de diferentes instrumentos internacionales que consagren derechos humanos, con el fin de realizar una protección progresiva de los mismos, atendiendo a que los tratados o instrumentos que la Corte IDH utilice para la interpretación extensiva debieron de ser ratificados por parte del Estado para el cual se está realizando la interpretación⁴⁵.

Es por lo anterior, que se han creado diferentes posturas alrededor de la figura del “control de convencionalidad” y la efectividad de los actos de interpretación expedidos por la CIDH. Entre estas posturas se encuentra la del magistrado Sergio García Ramírez de la CIDH, quien defiende que en el momento en que los Estados parte de la Convención acogen este instrumento y aceptan la competencia de la CIDH, la facultan para realizar las interpretaciones convencionales que deberán reproducir sus jueces internos. En consecuencia, este doctrinante del Sistema Interamericano considera que en cuanto a la medida de los deberes de los Estados y los derechos de los particulares, “no es posible sostener que las interpretaciones establecidas por la CIDH constituyan un punto de vista atendible o desatendible, y no un acto de necesaria observancia. Fijan –como se dice en Europa, no así en América– la “cosa interpretada”; implican, como prefiero decir, una interpretación vinculante de textos normativos asimismo vinculantes para los Estados, que deben ser entendidos y aplicados interiormente en los términos de la interpretación formal y final dispuesta por la Convención y ejercida por la Corte”⁴⁶.

Con el anterior argumento y en virtud del principio *pro persona* aplicado para la protección de derechos, el cual consiste en que frente a cualquier ambigüedad

44 Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) contra Perú. Fondo, Reparaciones y Costas, Inter-Am Ct. H.R. (ser. C) No. 158. (Noviembre 24, 2006) Párr. 128.

45 BUSTILLO MARIN, ROSELIA. El control de convencionalidad: la idea del bloque de constitucionalidad y su relación con el control de constitucionalidad en materia electoral. Buscar en: http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/el_control_de_convencionalidad_PJF_1.pdf. Junio 2013.

46 GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO. El control judicial interno de convencionalidad. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México. 25 de Agosto de 2011. At 123.

en la aplicación de una regla jurídica se utilizará la más favorable a la persona humana, se puede establecer que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es el piso y no el techo en la interpretación, encontrando soporte en las reglas de interpretación consagradas en el artículo 29 de la CADH.

Por otro lado, entre los deberes de los Estados frente a los DDHH, se encuentran las obligaciones de prevención y adecuación al derecho interno⁴⁷. Así, la Corte IDH ha entendido que el deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promueven la salvaguarda de los derechos humanos y que en ciertos casos, aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean consideradas y tratadas como un hecho ilícito. Ello también implica que el Estado debe educar a las autoridades estatales y a la sociedad civil para lograr el cambio de patrones culturales y así evitar graves violaciones a los DDHH, como por ejemplo las ocurridas en el Caso Campo Algodonero vs. México, caso en el que se expone la situación de ciudad Juárez, donde se cometieron graves violaciones a los derechos humanos de las mujeres por el cambio de roles en la sociedad. En consecuencia, México fue declarado responsable porque conocía de la privación de la libertad de las niñas víctima y no tomó las medidas necesarias para evitar e investigar su muerte, y en las reparaciones, le ordenó adoptar medidas para cambiar los patrones culturales de discriminación contra la mujer⁴⁸.

Al mismo tiempo, respecto del deber de adecuar el derecho interno, se ha entendido que: primero, el Estado debe adoptar todos los tipos de medidas legislativas para salvaguardar las garantías contenidas en la CADH y, en segundo lugar, debe derogar todas las leyes que sean contrarias a la misma. Así pues, las autoridades judiciales nacionales deben aplicar la CADH, realizando el explicado control de convencionalidad, con la obligatoriedad de la jurisprudencia de la misma⁴⁹.

Ahora bien, en la jurisdicción interna colombiana solo ha existido un caso publicitado en el que no se le permitió a una pareja conformada por dos mujeres

47 MEDINA QUIROGA, CECILIA & NASH ROJAS, CLAUDIO (2011). *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus mecanismos de protección*. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derechos Universidad de Chile.

48 Caso González y otras "Campo algodón" vs. México. Fondo, Reparaciones y Costas, Inter-Am Ct. H.R. (ser. C) No. 205. (Noviembre 16, 2009) Párr. 602.

49 MEDINA QUIROGA, CECILIA & NASH ROJAS, CLAUDIO (2011). *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus mecanismos de protección*. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derechos Universidad de Chile.

realizar la adopción del hijo biológico de una de ellas por parte su compañera⁵⁰. Aun cuando los casos de adopción en Colombia por parte de las parejas del mismo sexo son mínimos, el Estado no puede ser indiferente frente a la protección de los derechos de estas parejas. Por el contrario, debe adoptar las medidas necesarias en materia legislativa y judicial que garantice la adopción conjunta de menores por parte de estas uniones familiares, de acuerdo con los requisitos para iniciar un proceso de adopción, tal como se establece en el artículo 68 de la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y Adolescencia, inciso 2⁵¹.

Con la sentencia C-577 de 2011 en donde se estableció que las parejas homosexuales pueden formar familia y se reconoció que esta puede ser constituida por medio de vínculos jurídicos o de hecho, surge una dicotomía, toda vez que en Colombia solamente se encuentran dos tipos de unión: matrimonio o unión marital de hecho. Ninguna de estas modalidades se aplican para las parejas del mismo sexo, en la medida en que la Corte Constitucional, a través de su sentencia, les da la facultad de formalizar su vínculo afectivo ante cualquier notario, lo que no implicaría una unión marital de hecho, ni tampoco un matrimonio, pero sí posiblemente podría generar los mismos efectos que el matrimonio tal y como está consagrado en la legislación, en la medida en que se solemnice.

Si se permite una analogía, se puede entender que si no se trata de una unión marital de hecho, pero produce los mismos efectos que el matrimonio civil colombiano, se está ante la presencia de una figura con consecuencias idénticas a este último. Aun si se le establece un nombre o determinación diferente a las estipuladas comúnmente por las legislaciones, esta sería la postura más razonable y jurídicamente viable, en virtud del principio *pro persona* definido anteriormente.

Esta analogía encuentra sustento en el control de convencionalidad, y en la protección del derecho de las parejas homosexuales a no ser discriminados. Tal cual es el caso de *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, en donde no se le dio la custodia de sus hijas a la señora Karen Atala porque cada instancia judicial, hasta la Corte Suprema de Chile “efectuó una distinción en perjuicio de [la señora] Atala en

50 Consulta realizada a Colombia Diversa enviada el 22 de marzo de 2013, respondida el 4 abril del mismo año: El único caso que Colombia Diversa tiene conocimiento en nuestro país tiene que ver con el de las Madres Lesbianas de Medellín, quienes desde 2009 están solicitando a la Corte por medio de una acción de tutela adoptar en conjunta a la hija biológica de una de ellas.

51 El artículo 68 Inciso 2 de la Ley 1098 de 2006 establece que podrán adoptar, los cónyuges conjuntamente. Código de la Infancia y la Adolescencia [CIA]. Ley 1098 de 2006. Noviembre 8 de 2006 (Colombia).

la aplicación de la ley relevante para la determinación de asuntos de familia, con base en una expresión de su orientación sexual, como lo es la decisión de conformar una pareja y establecer una vida con ella⁵².

Ante dicha discriminación, la CIDH dictaminó que la orientación sexual no puede ser un criterio de discriminación objetiva para poder determinar que los padres homosexuales no son una adecuada figura de enseñanza para los niños y mucho menos que estas personas son capaces de formalizar una familia. En este caso, la CIDH concluyó que la orientación sexual es una categoría sospechosa que implica la vulneración del principio de no discriminación en casos como el que fue estudiado, y en este sentido, Chile no solamente es responsable por quebrantar el artículo 1.1, sino igualmente el artículo 24 de la CADH que consagra la igualdad ante la ley.

Con la regla que se afirmó en este caso en específico, se puede establecer que en virtud de los pronunciamientos de la Corte IDH sobre los derechos de las personas homosexuales, no se puede limitar el derecho de las parejas del mismo sexo a realizar procesos de adopción para lograr conformar una familia, y mucho menos atender a criterios de diferenciación cuando en el plan de vida de la persona se encuentra el plan de ser madre o padre, incluso por vía de la adopción al lado de su pareja.

A modo de discusión, aunque la regla establecida anteriormente por la Corte IDH responde a la protección de Derechos Humanos de la señora Atala sobre sus hijas, si se analizara de manera exegética el artículo convencional, no permitiría su aplicación en el caso concreto. Es de recordar que una de las principales características de los DDHH y de su protección, es la progresividad, permitiendo que los derechos se acojan con el paso del tiempo de manera progresiva, es decir, que cada vez se produzca un avance en la protección de los DDHH y correlativo a esto, se amplíe la protección del mismo hasta llegar a la garantía total del derecho en particular.

Teniendo como reglas la interpretación evolutiva y el principio *pro persona*, se establece que los derechos consagrados en la CADH no pueden ser protegidos de manera menos garantista en la legislación interna de los Estados que en el ámbito internacional. Por lo cual, si Colombia ya ha reconocido una serie de derechos para lograr la igualdad de las parejas homosexuales con las parejas heterosexuales, consecuentemente ha llegado a concluir que aquellas forman

52 Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, Inter-Am Ct. H.R. (ser. C) No. 239 (Febrero 24, 2012). Párr 55 a 58.

un tipo de familia no tradicional, para quienes sus derechos también deben ser respetados de acuerdo con los estándares internacionales de reconocimiento del estatus de las parejas del mismo sexo que ha fijado la Corte IDH en interpretación de la CADH.

Por todo lo anterior, teniendo de mano que la Corte Constitucional entiende como familia a las parejas del mismo sexo, y permite que formalicen su vínculo, y que de acuerdo con la CADH, estas parejas cuentan con la protección de la vida familiar de manera amplia, no se debe establecer una discriminación en el proceso de adopción de niños, ya que el mismo resulta siendo una injerencia ilegal dentro del núcleo familiar, atendiendo a que la orientación sexual es una categoría sospechosa, y no un criterio objetivo de discriminación que permita la limitación de los derechos.

A pesar de que Colombia no cuenta con la voluntad legislativa para abordar el tema, es pertinente recordar que quienes suscribieron la Convención Americana con una cláusula de no discriminación, no pueden ahora alegar que su nivel de desarrollo político social no les permite entender que se incluye la orientación sexual dentro de las razones prohibidas para discriminar⁵³, sino por el contrario, deben propender por la garantía plena de los derechos y la habilitación de procesos satisfactorios de adopción de parejas homosexuales que corresponda a esta evolución de los DDHH.

En cuanto a las medidas de protección y educación, el Estado debe ser enfático en que todo su aparato estatal se encuentre capacitado para respetar los DDHH de la población LGBTI. A su vez, se debe educar a la sociedad al respecto, lo cual una vez se logre, se verá reflejado en la voluntad política del Congreso y así, también evitará que los particulares cometan violaciones a los DDHH de esta población.

Teniendo en cuenta lo anterior, en caso de que llegue a un juez de tutela y eventualmente a la Corte Constitucional un caso en el que una pareja del mismo sexo haya formalizado su vínculo contractual y no se les permita adoptar de manera conjunta al no considerárseles cónyuges, dicho juez deberá hacer ejercicio del control de convencionalidad. Ante la ambigüedad de la sentencia C-577 de 2011, el juez deberá evaluar que al poder otorgar o no el mismo estado civil del matrimonio de una pareja heterosexual, deberá hacerlo en virtud del principio *pro persona* y habida cuenta de la obligación que tienen los jueces de realizar control de convencionalidad *ex officio*, deberán protegerse los derechos

53 Ibidem. Párr 73.

de esta pareja a formar una familia con el debido cumplimiento de los demás requisitos legales para adoptar.

Por último, es posible concluir que el Estado colombiano debe incluir en su ordenamiento jurídico interno la posibilidad a las parejas del mismo sexo de adoptar de manera conjunta. Para tal efecto, en caso que el Congreso no apruebe una ley de matrimonio o de adopción por parte de parejas homosexuales⁵⁴, sería la Corte Constitucional la llamada a establecerla. Así mismo, en caso de que dicha adecuación de derecho interno no ocurra, en la hipótesis de que llegue un caso de adopción conjunta ante el SIDH, se podría llegar a establecer la responsabilidad internacional del Estado por violar los derechos a la familia, vida privada e igualdad y no discriminación.

CONCLUSIONES

1. La ausencia de regulación sobre la adopción conjunta por parte de parejas homosexuales acarrea la responsabilidad internacional del Estado por violación de los derechos a la familia, vida privada, igualdad y no discriminación, en razón de la falta de un criterio objetivo que permita al legislador establecer de manera idónea, adecuada, proporcional y necesaria una diferenciación en el proceso de adopción en Colombia.
2. Teniendo en cuenta que el margen de apreciación es propio del Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos, no es posible, que los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos se excusen en este criterio para evitar el cumplimiento de disposiciones consagradas y protegidas convencionalmente y que la Corte IDH ha determinado como exigibles en todo el continente.
3. A partir de un control de convencionalidad y constitucionalidad, un juez ordinario puede llegar a proteger el derecho de una pareja homosexual a la adopción conjunta, por considerar que negar la adopción implica la violación de derechos fundamentales. Esto lo podría hacer el juez ejerciendo su facultad de excluir las leyes que no están de acuerdo con instrumentos internacionales que consagran una mayor protección que la legislación

54 En caso de que se establezca el matrimonio para las parejas del mismo sexo, en lugar del vínculo contractual, no habría discusión jurídica respecto de si tendrían el carácter de cónyuges y en consecuencia tendrían la posibilidad de adoptar en su conjunto conforme al Código de la Infancia y la Adolescencia.

interna, conforme al principio *pro persona* y el mandato de ejecutar el control de convencionalidad por parte de las autoridades judiciales nacionales.

4. La falta de claridad en la definición del vínculo jurídico que pueden establecer las parejas homosexuales a partir de la sentencia C-577 de 2011, puede generar una inestabilidad jurídica para estas uniones, toda vez que la jurisprudencia no les genera un estado civil conforme a las leyes colombianas que los acredite directamente como casados, ante lo cual no pueden determinarse como una familia ni pueden iniciar un proceso de adopción ante las autoridades competentes.
5. No obedecen a criterios objetivos y fundados los argumentos expuestos por algunas autoridades que no han permitido que las parejas homosexuales accedan a procesos de adopción de manera conjunta. Estas autoridades requieren un mayor conocimiento sobre la protección de derechos en el ámbito internacional y su aplicación a casos domésticos.
6. De acuerdo con el deber general de los Estados de garantizar los derechos humanos, se llama la atención a la necesidad de la capacitación de las autoridades administrativas y judiciales para la protección de derechos humanos de parejas del mismo sexo cuando lleven a cabo procesos de selección para la adopción de niños(as), de manera que el fin principal sea encontrar una familia que garantice el interés superior del niño, y no se acuda a criterios de discriminación en razón de la orientación sexual para negar la adopción.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR CAVALLO, GONZALO. *El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Buscar en: http://www.cecoch.cl/html/revista/docs/estudiosconst/revistaano_6_1.htm/Elprincipio11.pdf
- BARBOSA DELGADO, FRANCISCO R. *El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: entre el Estado de Derecho y la Sociedad Democrática*. Buscar en: file:///C:/Users/e0988195/Downloads/ESQUEMADECITACIONBLUEBOOK_000.pdf. Septiembre 28 de 2012.
- BUSTILLO MARIN, ROSELIA. El control de convencionalidad: la idea del bloque de constitucionalidad y su relación con el control de constitucionalidad en materia electoral. Buscar en: http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/el_control_de_convencionalidad_PJF_1.pdf. Junio 2013.
- Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica. Fondo, Reparaciones y Costas, Inter-Am Ct. H.R. (ser. C) No. 257 (Noviembre 28, 2012).
- Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, Inter-Am Ct. H.R. (ser. C) No. 147, 169 (Febrero 24, 2012).

Caso Christine Goodwin vs. Reino Unido. 2002-VI Eur. Ct. H.R 30 (2002). Caso E.B vs. Francia. Eur. Ct. H.R 24 (2008).

Caso Genderdoc-M vs. Moldavia. Eur. Ct. H.R 10 (2012).

Caso González y otras “Campo algodónero” vs. México. Fondo, Reparaciones y Costas, Inter-Am Ct. H.R (ser. C) No. 205. (Noviembre 16, 2009).

Caso J.M vs. Reino Unido. Eur. Ct. H.R 24 (2010).

Caso Kozak vs. Polonia. Eur. Ct. H.R 26, 28, 29 (2010).

Caso Shalk y Kopf vs. Austria. 2010 Eur. Ct. H.R 22, 23 (2010).

Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) contra Perú. Fondo, Reparaciones y Costas, Inter-Am Ct. H.R (ser. C) No. 158. (Noviembre 24, 2006).

Caso X y otros vs. Austria. 2013 Eur. Ct. H.R 42, 43, 44 (2013). Caso X, Y y Z vs. Reino Unido. 1997-II Eur. Ct. H.R 8, 9 (1997).

Código de la Infancia y la Adolescencia [CIA]. Ley 1098 de 2006. Noviembre 8 de 2006 (Colombia).

Código Penal Colombiano [CPC]. Ley 599 de 2000. Julio 24 de 2000 (Colombia).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes*. Estudio elaborado por la CIDH en cumplimiento de la resolución SG/RES 2653. 2012. Página 4. (XLI-O/11). Editorial Organización de los Estados Americanos.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Noviembre 22, 1969.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-075 de 2007 (M.P. Rodrigo Escobar Gil: Febrero 7 de 2007).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-811 de 2007 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra: Octubre 3 de 2007).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-577 de 2011 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo: Julio 26 de 2011).

GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO. El control judicial interno de convencionalidad. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México. 25 de Agosto de 2011. At 123.

Ley No. 26618. Matrimonio Civil. Código Civil Modificación. Julio 15 de 2010. Boletín Oficial No. 31949. (Argentina) y Decreto 1054. Promulgase la Ley 26.618. Julio 21 de 2010. Boletín Oficial No. 31949.(Argentina).

Ley No. 19075. Matrimonio igualitario. Abril 10 de 2013. No. 28710. (Uruguay).

Ley 1482 de 2011. Por medio de la cual se modifica el Código Penal y se establecen otras disposiciones. Noviembre 30 de 2011. DO. N° 48.270 Arts. 3 y 4.

MEDINA QUIROGA, CECILIA & NASH ROJAS, CLAUDIO (2011). *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus mecanismos de protección*. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derechos Universidad de Chile.

QUINCHE RAMÍREZ, MANUEL FERNANDO. El Control de Convencionalidad y el sistema colombiano.
Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Julio - Diciembre 2009.
At. 163.

U.N. Comité de Derechos Humanos [CCPR]. Observación General No. 18, No discriminación,
CCPR/C/37. (Noviembre 10 de 1989).

