

El Artículo 23 del PIDCP protege el “derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.” El Derecho a fundar o formar una familia está protegido de forma similar en instrumentos regionales de derechos humanos.<sup>1</sup> ¿Las lesbianas, los gays y las personas transgénero tienen el mismo derecho a ser padres como todos los demás? ¿La orientación sexual o identidad de género de una persona afecta su capacidad de criar a un hijo? Los casos en este capítulo abordan estas preguntas.<sup>2</sup> Debido a que históricamente los gays y las lesbianas han sido presentados como pedófilos, criminales o degenerados moralmente, la crianza de hijos por padres gay a menudo ha sido percibida como una contradicción de términos. Una corte de los EE.UU. dictaminó que la relación homosexual de un padre biológico lo hacía “un custodia no apto e impropio como una cuestión de derecho”.<sup>3</sup> Incluso, los tribunales que no adoptaron en sí las reglas de ineptitud imponían cargas probatorias adicionales a los progenitores homosexuales. Otra corte consideró, por lo tanto, que “hay suficientes distinciones sociales, morales y legales entre la relación de la familia tradicional heterosexual y la relación homosexual ilícita para aumentar la presunción de regularidad en favor de lo lícito, cuando está establecido, cambiando a lo ilícito, la carga de refutar los daños a los hijos”.<sup>4</sup>

Similarmente, en Portugal, el Tribunal de Apelaciones de Lisboa, al revirtir la decisión de custodia compartida proferida por un tribunal de primera instancia, consideró que:

*El niño debe vivir en un ambiente familiar, una familia portuguesa tradicional, lo cual ciertamente no es el esquema que su padre ha decidido tener, puesto que él está viviendo con otro hombre como si fueran marido y mujer. No es nuestra tarea aquí establecer si la homosexualidad es o no una enfermedad o si es una orientación sexual hacia personas del mismo sexo. En ambos casos, es una anomalía y los niños no deben crecer a la sombra de situaciones anormales.*<sup>5</sup>

Especialmente en Europa, muchos de los Estados que han otorgado reconocimiento legal a las parejas del mismo sexo no les reconocen el derecho de adoptar o de acceder a Tecnologías Reproductivas Asistidas (ART).<sup>6</sup> Los Países Bajos fue el primer país en Europa occidental que permitió a las parejas del mismo sexo adoptar conjuntamente, pese a que se les seguía prohibiendo adoptar en otros países.<sup>7</sup>

No obstante, los individuos LGBT tienen hijos, quieren tener hijos, y buscan su reconocimiento legal como padres de los hijos que crían. La realidad de la crianza de hijos por parte de gays y lesbianas surgió inicialmente en los tribunales como resultado de batallas por la custodia después de un divorcio.<sup>8</sup> En el caso de 1999 *Salgueiro da Silva Mouta*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos concluyó que el Tribunal de Apelaciones de Lisboa había violado los derechos del demandante, protegidos por los Artículos 8 (vida familiar) y 14 (no discriminación). Para llegar a ese punto de vista, el Tribunal Europeo sostuvo que la orientación sexual era un concepto que estaba indudablemente cubierto por el Convenio.<sup>9</sup> Un caso similar ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pendiente al momento de esta publicación, examinó la negación de custodia a una madre lesbiana en Chile. Cuando Karen Atala y su esposo se divorciaron, el arreglo original de custodia le otorgó la misma a Atala. El padre de los niños presentó una demanda con el argumento de que la “nueva alternativa de estilo de vida sexual” de Atala era dañino para los niños. En

el 2004, la Corte Suprema de Chile estuvo de acuerdo, y le otorgó custodia permanente al padre.<sup>10</sup>

Los casos de Argentina y Filipinas se refieren a litigios por la custodia después del divorcio o de la separación de los padres biológicos. En el caso de Argentina, [LSF y ACP](#), la madre argumentaba que el hecho de que su ex esposo viviese con un hombre ponía a los niños en una situación de "peligro moral". La corte reconoció el grado de intolerancia social y hostilidad frente a la orientación sexual de personas del mismo sexo, pero concluyó que la cuestión única y esencial era la idoneidad de un padre como padre. El "estilo de vida" de un padre era relevante solamente si tenía un impacto negativo en el desarrollo del niño. Sostener que el "comportamiento sexual no convencional" de un padre significa necesariamente que él o ella no podrían ejercer autoridad parental equivaldría a una discriminación prohibida.

En el caso [Pablo-Gualberto v. Gualberto](#), la Corte Suprema de Filipinas llegó a la misma conclusión, cuando consideró una presunción legal a favor de la custodia materna para niños menores de siete años de edad. La Corte determinó que para quitarle un niño a su madre antes de esa edad, una corte tendría que establecer "razones de peso". Demostrar simplemente que la madre era lesbiana no era suficiente razón. Para tener éxito, el padre tendría que demostrar que el "desarrollo moral y psicológico" del niño se había afectado, y, en el caso, no hubo tal demostración.

Este tema también ha surgido con relación a padres biológicos que hacen tránsito de un sexo a otro. En el caso [P.V. vs. España](#), el Tribunal Europeo no halló ninguna violación al Convenio cuando un tribunal español redujo las visitas con un progenitor biológico que estaba sometiendo a un cambio de sexo; pero hizo hincapié en que la identidad de género era un motivo prohibido de discriminación.<sup>11</sup> El Tribunal señaló los derechos de visita habían sido reducidos sólo temporalmente y que aumentarían una vez terminado el período de "inestabilidad emocional".<sup>12</sup>

En un caso anterior incluido aquí, [Christian vs. Randall](#), una corte de los Estados Unidos revisó una orden de custodia originalmente otorgada a la madre después del divorcio. El padre pidió la custodia en razón de que su ex esposa se había sometido a un cambio de sexo y ahora estaba casada con una mujer. La corte no estuvo de acuerdo, por razones que no aludían a la moral, perjuicio social o igualdad. En cambio, se basó en una ley estatal que estipulaba que "la corte no tendrá en cuenta la conducta de un custodio potencial que no afecte su relación con el niño". Puesto que nada en el expediente indicaba que la transición de sexo de la madre hubiera afectado el "desarrollo emocional" del niño, o su relación con su progenitor titular de la custodia, la corte confirmó la orden original de custodia.

Un segundo tipo de temas surgen en el contexto de adopción original, adopción de parejas, y adopción por parte de padres de crianza. En el caso [E.B. vs. Francia](#), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos determinó que era discriminatorio que el Estado rechace una solicitud de adopción con base a la orientación sexual del candidato. Al tomar esta posición, el Tribunal Europeo distinguió (y tácitamente revocó) el anterior caso [Fretté vs. Francia](#).<sup>13</sup> Pese a que la ley francesa permitía la adopción por parte de individuos, el historial interno había revelado una preocupación

desproporcionada por la relación de E.B. con otra mujer y la falta de "referente parental".<sup>14</sup>

Algunos Estados prohíben la adopción por parte de individuos gay, pese a que estas prohibiciones han sido impugnadas judicialmente. En el 2006, en el caso *Departamento de Servicios Humanos y Junta de Revisión de la Agencia de Bienestar Infantil vs. Howard*, la Corte Suprema de Arkansas anuló una regulación administrativa que prohibía a una persona fungir como padre sustituto si un miembro adulto del hogar era homosexual. La Corte consideró que la exclusión se basaba en el "estándar de moralidad y los prejuicios" de la agencia de bienestar infantil y que la legislatura estatal no le había otorgado mandato a la agencia para promover la moral.<sup>15</sup> En el caso [\*In re Caso de adopción de X.X.G. y N.R.G.\*](#), una corte del Estado de la Florida confirmó la decisión de un tribunal de primera instancia, según la cual una ley que prohibía sin excepción a todos los gays y lesbianas adoptar violaba la garantía de la igualdad de protección de la Constitución de la Florida. El Departamento de Niños y Familias no argumentaba que las personas homosexuales, como grupo, no eran aptas para ser padres, sino que los niños tendrían mejores modelos a seguir y enfrentarían menos discriminación si eran colocados en "hogares no homosexuales" con padres casados de sexo opuesto. La corte determinó que este argumento era poco convincente en vista a la evidencia de que la ley de Florida permitía la adopción por parte de individuos homosexuales y también permitía que los homosexuales fueran padres sustitutos y guardianes legales. No había argumento racional para distinguir entre ser padres sustitutos, o guardianes, o padres adoptivos, en base a la orientación sexual. Una opinión concurrente hizo hincapié en que, hasta el momento de la decisión judicial, ambos niños habían pasado una porción significativa de sus vidas con su padre adoptivo. La implementación de una prohibición categórica sería directamente contraria al interés superior de los niños.

Hoy día, todavía, muchos países prohíben la adopción conjunta o de un padre de crianza de parejas del mismo sexo, ya sea porque no están casadas o por su orientación sexual.<sup>16</sup> Por ejemplo, en el caso [\*Gas & Dubois\*](#) los demandantes impugnaron una decisión de un tribunal francés que le negó a una mujer lesbiana el derecho de adoptar legalmente a la hija que su pareja había concebido por medio de Tecnologías Reproductivas Asistidas (ART).<sup>17</sup> Similarmente, en mayo de 2011, el Tribunal Federal de Suiza dictaminó que la pareja registrada de una mujer no podía adoptar a la hija que habían planificado y criado juntas.<sup>18</sup> En casos de adopción conjunta y de padres de crianza, el miembro de la pareja no reconocido de un progenitor puede no tener derechos legales sobre los niños. Si la pareja se separa o el progenitor legal muere, la relación entre el niño y su padre o madre 'de facto' puede ser cortada. En uno de los primeros casos en los Estados Unidos, decidido en 1993, en el cual se reconoció la adopción por parte de una madre de crianza, la Corte Suprema de Vermont aseveró:

Nuestra principal preocupación debe ser el efecto de nuestras leyes en la realidad de las vidas de los niños. No son los tribunales los que han engendrado la composición diversa de las familias de hoy. Es el avance de las tecnologías reproductivas y el reconocimiento social de estilos alternativos de vida, los que han producido familias en las que una relación biológica, y por lo tanto legal, ya no es el único principio de organización... No es nuestra función aprobar o condenar la relación entre los apelantes. Ya sea que lo aprobemos o no, el hecho es que Deborah ha actuado como

madre de B.L.V.B. y E.L.V.B. desde el momento en que nacieron. Negar la protección legal de su relación, como cuestión de derecho, es inconsistente con los intereses superiores de los niños y, por lo tanto, con la política pública de este Estado.<sup>19</sup>

La Corte Constitucional de Sudáfrica abordó estos temas en un par de casos decididos en 2002 y 2003, incluidos aquí. En el primero, [\*Du Toit vs. Ministro de Bienestar y Desarrollo de la Población\*](#), los demandantes cuestionaron la legislación que limitaba el derecho de adoptar hijos conjuntamente a las parejas casadas. En ese tiempo, las parejas del mismo sexo no podían casarse en Sudáfrica. La Corte hizo hincapié en los problemas que surgieron cuando la ley no reconoció ni protegió a la madre 'de facto'.

Pese a que la primera demandante no es la madre adoptiva legalmente reconocida, ella es la cuidadora primaria... Sin embargo, ella no tiene autoridad legal sobre asuntos tales como autorizar a los médicos para administrar una inyección a cualquiera de los niños, o firmar los formularios de descargo de responsabilidad para paseos escolares o actividades deportivas. Más importante, en caso de que termine la relación entre ella y la segunda demandante, su derecho a reclamar la custodia y ser guardiana de los niños estaría en riesgo.

La Corte concluyó que la exclusión legislativa violaba no sólo las garantías de igualdad y dignidad de la Constitución, sino también el Artículo 28(2), el cual estipulaba que los intereses superiores del niño eran de "primordial importancia". El segundo caso, [\*J vs. Director General, Departamento de Asuntos Internos\*](#) se refería a la exclusión de la pareja femenina de una "madre biológica" de ser reconocida como madre de sus hijos gemelos; la Corte aplicó el mismo razonamiento.

Tribunales en Brasil y en Israel siguieron un camino similar, al dictaminar que las mujeres lesbianas podían adoptar a los hijos de sus parejas. En el caso de Brasil, [\*Ministerio Público del Estado de Rio Grande do Sul vs. LMBG\*](#), LRM había adoptado dos niños al momento de su nacimiento y era la única madre legal. Su pareja, LMBG, pidió ser reconocida como segunda madre legal. Sin embargo, la ley no reconocía la adopción por parte de padres de crianza que no fuesen cónyuges casados o miembros de una pareja en unión civil, lo cual al momento estaba limitado a parejas heterosexuales. La Corte destacó que el principio del interés superior del niño estaba consagrado en la Constitución. Negarle el derecho de adopción a la segunda madre dejaría a los niños sin el derecho a heredar del patrimonio de LMBG y, en caso de muerte de LRM, los niños perderían el derecho de vivir con LMBG. Evidentemente, la adopción era su mejor interés. En el caso de Israel, [\*Yaros-Hakak vs. Fiscal General\*](#), dos mujeres habían dado a luz mediante Tecnologías Reproductivas Asistidas (ART) y estaban criando a los niños juntas. La Corte Suprema de Israel, citando el caso de la Corte Suprema de Vermont entre otros, determinó que la ley de adopción permitía la adopción por parte de padres de crianza (sin afectar los derechos de la primera madre) de acuerdo al "principio supremo" de que el interés superior del niño debe prevalecer.

El derecho de las parejas del mismo sexo de adoptar conjuntamente fue objeto de debate en México, cuando el Procurador General impugnó una nueva ley adoptada por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal<sup>20</sup> (este caso se incluye en el capítulo 13). El Procurador General sostuvo que la situación de los niños adoptados por parejas del

mismo sexo sería distinta a la de los niños adoptados por parejas de sexo opuesto y que, por lo tanto, dichas adopciones no eran en su interés superior. No obstante, su sentencia, la Suprema Corte de Justicia señaló que asumir que las parejas del mismo sexo no eran aptas para adoptar niños debido a su orientación sexual era un argumento comparable al excluir a una categoría de parejas de la adopción por motivos de su raza o etnicidad, lo cual constituye una violación de la Constitución.

Los casos de crianza por personas gay y lesbianas también surgen cuando los padres buscan el reconocimiento de órdenes de custodia o de adopción en el exterior, como en los casos de Italia, Eslovenia y Francia, mencionados aquí. Los casos de Italia y de Eslovenia ilustran interpretaciones muy distintas del requisito de orden público. En el caso [Decreto del 26 de septiembre, 2006](#), un tribunal italiano se negó a reconocer una adopción en el exterior por parte de personas del mismo sexo, argumentando que era abiertamente contrario al orden público. En el caso [In re Adopción en el Exterior](#), por el contrario, la Corte Suprema de Eslovenia consideró que el orden público en Eslovenia incluía el concepto internacional de orden público expresado por la Unión Europea y el Consejo de Europa. Puesto que el orden público de Europa prohibía la discriminación por motivos de orientación sexual, la Corte rechazó la apelación del Fiscal General contra el reconocimiento de una adopción en el exterior por parte de personas del mismo sexo.

Muchos de los casos en este libro plantean cuestiones relativas a la igualdad, la igualdad de protección, la no discriminación, la privacidad y a la dignidad. Sin embargo, en este capítulo los casos presentan un nuevo conjunto de preocupaciones. Como varias de las decisiones explícitamente lo indican, el principio rector es, o debería ser, el interés superior del niño, conforme lo reflejan la [Convención sobre los Derechos del Niño](#) y la ley nacional. La manera como se aplica ese principio en la práctica está en función de las percepciones cambiantes sobre la orientación sexual, su relevancia para la crianza de los hijos y el reconocimiento que existen familias de parejas del mismo sexo.

---

<sup>1</sup> [Convenio Europeo sobre Derechos Humanos](#), Artículo 12; [Convención Americana sobre Derechos Humanos](#), Artículo 17; [Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos](#), Artículo 18.

<sup>2</sup> El tema de la esterilización forzada, que es a veces una condición requerida para el reconocimiento legal de un cambio de identidad de género, y que obviamente afecta la capacidad de una persona de ser un progenitor biológico de un hijo, se aborda en el Capítulo 8. También hay casos en los cuales a los progenitores transexuales se les ha negado la custodia y se le ha privado de derechos parentales porque los tribunales dictaminaron que sus matrimonios, puesto que fueron matrimonios entre personas del mismo sexo, no eran por lo tanto válidos. Ver *Kantaros vs. Kantaras*, 884 So.2d 155, Corte de Distrito de Apelaciones de Florida (2004) (sostuvo que la ley no permite a un transsexual post-operatorio el casarse en el sexo reasignado y revirtió una orden de un tribunal de primera instancia que otorgó la custodia residencial primaria de los niños a Michael Kantaras); *In re Marriage of Simmons*, 355 Ill. App. 3d 942, Corte de Apelaciones de Illinois, Primer Distrito (2005) (sostuvo que el matrimonio de un hombre transsexual era inválido como matrimonio entre personas del mismo sexo, pese a la emisión de un nuevo certificado de nacimiento con el sexo masculino, y determinando que la *Ley de Paternidad del Estado*, según la cual un hijo nacido por inseminación artificial a dos padres casados mantiene los derechos de paternidad con

---

ambos progenitores aún si el matrimonio es declarado posteriormente inválido, no se aplicó a los matrimonios que incluyan a un hombre transexual). Ver también Katie D. Fletcher & Judge Lola Maddox, 'In re Marriage of Simmons: A Case for Transexual Marriage Recognition' ('In re Marriage of Simmons: Un caso para reconocimiento del matrimonio transexual') (2006), 37 Publicación Loyola University Chicago Law Journal 533. El tema del matrimonio transgénero se aborda en el Capítulo 9.

<sup>3</sup> *Roe vs. Roe*, Corte Suprema de Virginia, EE.UU., 1985, at 694.

<sup>4</sup> *Constant V vs. Paul C.A.*, Corte Superior de Pensilvania, Estados Unidos, 1985 (desestimada por *M.A.T. v. G.S.T.*, Corte Superior de Pensilvania, 2010).

<sup>5</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 21 de diciembre de 1999, [Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal](#), Solicitud No. 33290/96, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 21 de diciembre de 1999, párrafo 14.

<sup>6</sup> Erez Aloni, 'Incrementalism, Civil Unions, and the Possibility of Predicting Legal Recognition of Same-sex Marriage' ('Incrementalismo, uniones civiles y la posibilidad de predecir el reconocimiento legal del matrimonio entre personas del mismo sexo') (2010), 18 Publicación Duke Journal Gender Law & Policy 105, 113; Kees Waaldijk, 'Others May Follow: The Introduction of Marriage, Quasi-Marriage, and Semi-Marriage for same-sex couples in European Countries' ('Otros seguirán: La introducción del Matrimonio, Cuasi Matrimonio, y Semi matrimonio para parejas del mismo sexo en países europeos') (2004), 38 Publicación New England Law Review 569; Nancy Polikoff, 'Recognizing Partners But Not Parents/Recognizing Parents But Not Partners: Gay y Lesbian Family Law in Europe y the United States' (2000), 17 Publicación New York Law School Journal of Human Rights 711.

<sup>7</sup> Paul Vlaardingerbroek, 'Trends on (Inter-Country) Adoption by Gay and Lesbian Couples in Western Europe' ('Tendencias en Adopción (Inter país) por parte de parejas gay y lesbianas en Europa Occidental') (2005), 18 Publicación St. Thomas Law Review 495, 502.

<sup>8</sup> Nancy Polikoff, 'Lesbian and Gay Parenting: The Last Thirty Years' ('Madres lesbianas y padres gay: los últimos treinta años') (2005), 66 Publicación Montana Law Review 51.

<sup>9</sup> [Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal](#), párrafo 28.

<sup>10</sup> Solicitud ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Karen Atala e hijas vs. Estado de Chile*, 17 de septiembre de 2010, párrafo 62.

<sup>11</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 30 de noviembre de 2010, [P.V. vs. España](#), Solicitud No.# 35159/09, párrafo 30.

<sup>12</sup> *Ibid.*, en los párrafos 32-33.

<sup>13</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, [E.B. vs. Francia](#), Solicitud No. 43546/02, Sentencia de 22 de enero de 2008; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, [Fretté vs. Francia](#), Solicitud No. 36515/97, Sentencia de 26 de febrero de 2002.

<sup>14</sup> [E.B. vs. Francia](#), párrafo 73.

<sup>15</sup> [Departamento de Servicios Humanos y Junta de Revision de la Agencia de Bienestar del Niño vs. Howard](#), Corte Suprema de Arkansas, 29 de junio de 2006. En mayo de 2011, la Corte Suprema de Arkansas determinó la inconstitucionalidad de una ley que prohibía a individuos no casados que vivan juntos como pareja íntima con parejas del mismo sexo o del sexo opuesto el adoptar niños o ser padres de acogida (Foster). *Departamento de Servicios Humanos de Arkansas vs. Cole*, Corte Suprema de Arkansas, 7 abril de 2011.

<sup>16</sup> Hasta febrero de 2011, 10 de 47 Estados Miembros del Consejo de Europa permitieron la adopción por un segundo padre/madre. Los cambios legislativos se anticiparon en Hungría, Eslovenia, y Luxemburgo para permitir la adopción por un segundo padre/madre. Ver Comentarios Suplementarios Escritos de FIDH, CIJ, ILGA-Europe, BAAF & NELFA, 21 de febrero, 2011, [Gas y Dubois vs. Francia](#), Solicitud No. 25951/07, presentada el 15 de junio de 2007 (archivado ante la CIJ).

---

<sup>17</sup> [Gas y Dubois vs. Francia](#), Solicitud No. 25951/07.

<sup>18</sup> 'Une femme pacsée ne pourra pas adopter l'enfant de sa compagne' ('Una mujer no puede adoptar al hijo de su compañera'), Publicación *Tribune de Genève* (5 de mayo de 2011). 'Adoption toujours refusée aux couples homosexuels' ('Adopción siempre negada a parejas homosexuales') *20 Minutes* (Ginebra, 6 de mayo de 2011), 3.

<sup>19</sup> *In re adoption of BLVB*, Corte Suprema de Vermont, 18 de junio de 1993, p. 376.

<sup>20</sup> [Acción de Inconstitucionalidad 2/2010](#), Suprema Corte de Justicia de México, 16 de agosto de 2010.