

UNIVERSIDAD ESTATAL A DISTANCIA

SISTEMA DE ESTUDIOS DE POSGRADO

Escuela de Ciencias Sociales y Humanidades

Maestría en Derechos Humanos

***“La adopción por parte de parejas o personas homosexuales:
un desafío en el reconocimiento de los derechos humanos”***

Estudiante: Luis Daniel Redondo Vega

Trabajo final de Graduación para optar por el Grado de Máster en Derechos
Humanos

Sede de Sabanilla de Montes de Oca

Mayo, 2006

“Hasta que los leones tengan su propio historiador, las historias de cacería seguirán glorificando al cazador”

Proverbio africano

Índice

Tema	Página
Introducción.....	4
La adopción por parte de parejas o personas homosexuales: un desafío en el reconocimiento de los derechos humanos.....	5
I-) Instrumentos internacionales de derechos humanos y su relación con la posibilidad o no de adopción por parte de parejas o personas homosexuales.....	6
Derecho a la igualdad.....	6
Derecho al matrimonio.....	8
Interés superior del niño y la adopción.....	10
Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional.....	12
Convenio Relativo a la protección del Niño y a la Cooperación en materia de adopción internacional.....	13
II-) Mitos, realidades y cuestionamientos.....	14
III-) Adopción de personas o parejas homosexuales en Costa Rica.....	20
Constitución Política.....	20
Leyes en protección a la niñez y la adopción.....	20
Requisitos para la adopción en Costa Rica: procedimiento.....	21
Jurisprudencia relacionada al tema.....	25
La realidad de la adopción de una persona homosexual: primer caso sometido al debate público.....	27
Conclusiones y recomendaciones.....	33
Bibliografía.....	35

Introducción

El proceso de la reivindicación de los derechos humanos de todas las personas pasa por etapas de reconocimiento, respeto, reflexión y asimilación de las diferencias y similitudes que tenemos como seres humanos, así como de cuales han sido eliminadas o negadas a pesar de su carácter inherente, universal e inalienable. Este proceso que de por si es complejo, empieza por eliminar estereotipos, patrones sociales aprendidos, concepciones sobre el “otro” y sobre lo que consideramos “normal” y “correcto” en una sociedad.

En el caso de la homosexualidad, existe una serie de desafíos que vencer con respecto a los estereotipos y concepciones que sobre el tema se maneja, especialmente cuando desde hace varios años estos estereotipos se han convertido en parte de las herramientas para obstaculizar el reconocimiento de los derechos humanos de los gays, lesbianas, transexuales y bisexuales.

Unido a lo anterior, la interiorización de la misma homosexualidad es un proceso muchas veces muy difícil para aquellas personas que deben enfrentarla venciendo prejuicios propios, de la sociedad y de lo que es socialmente aceptable. Para la sociedad igualmente no es un aspecto sencillo, pero es parte igualmente de un proceso que debe iniciar en aras de mejorar las condiciones de todas las personas en un Estado.

Dentro de ese reconocimiento de derechos, la adopción de menores por parte de personas o parejas homosexuales, es un tema de discusión actual, entre sectores a favor y en contra, especialmente entre aquellos que lo consideran un derecho humano, así como que niegan esta posibilidad debido a una serie de factores que describiremos a continuación.

El siguiente trabajo busca reflexionar sobre estos aspectos, especialmente para visualizar como esos patrones aprendidos y esas concepciones tienen efecto en el reconocimiento de los derechos humanos de las personas homosexuales, a través de las desmitificación y el análisis de dicha temática en el mundo actual.

La adopción por parte de parejas o personas homosexuales: un desafío en el reconocimiento de los derechos humanos

El tema en estudio nos refiere a una temática actual en el reconocimiento de los derechos humanos de las personas. La adopción en uniones civiles de personas homosexuales, así como la posibilidad de que personas homosexuales adopten (en casos tales como adoptar a un hijo (a) biológico (a) de la pareja, entre otros), es un debate internacional que ha encontrado posiciones muy diversas en cuanto a su abordaje. Cada sector en la pugna (sea religioso, conservador, activista de los derechos de la comunidad GLTB (gay-lésbica- transexual y bisexual) entre otros), destacan posiciones encontradas las cuales analizaremos con el objeto de indagar hasta donde esas posiciones pueden encontrar eco en el tema de derechos humanos.

Los diversos debates muchas veces se sustentan en opiniones, estereotipos, criterios psicológicos, morales, religiosos, y de diversa índole, pero con respecto a lo que los derechos humanos establecen, el debate debe tener una óptica integral, analizando también el carácter progresivo que tienen las normas, y sobretodo su carácter universal, inalienable e inherente al ser humano.

En el caso de Costa Rica no es la excepción, y estos debates poco a poco van tomando mas fuerza en el accionar nacional y en la opinión publica, sumada al goce o no de los derechos humanos de la población homosexual en el país.

El analizar si la legislación y la jurisprudencia costarricense han establecido criterios que violenten esos derechos humanos, es importante verlo en base a toda una serie de consideraciones particulares, que son las que permiten formar, educar y sobre todo reivindicar el goce de esos derechos, en caso que efectivamente hayan sido violentados a lo largo de los años.

A continuación analizaremos los instrumentos internacionales de derechos humanos que contienen disposiciones relacionadas al tema en estudio.

I-) Instrumentos internacionales de derechos humanos y su relación con la posibilidad o no de adopción por parte de parejas o personas homosexuales

A nivel internacional, debemos mencionar que no existe ninguna Convención en particular sobre el tema de familia, matrimonio o uniones civiles, sino que existen varios instrumentos que regulan derechos relacionados con el tema. Importante mencionar que existe una Declaración y un Convenio Internacional, ambas de Naciones Unidas, relacionadas al tema.

Dentro de este apartado de estudio, analizaremos aquellos derechos relacionados con la adopción y la familia, y que se encuentran inmersos en los instrumentos que han sido ratificados por Costa Rica, aspecto que implica su adecuamiento y cumplimiento en el sistema interno de legislación, así como su rango superior a la Constitución Política.

Derecho a la igualdad

La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) es el instrumento internacional pionero en materia de protección internacional. Podemos mencionar que muchos de sus artículos han sido traspasados y ampliados (en el carácter progresivo de los derechos humanos), a otros instrumentos a lo largo de los años.

En la DUDH, el Art. 1 nos hace referencia a que *“todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”*. Importante analizar, una variable que se menciona en otros instrumentos internacionales y en general en la doctrina de los derechos humanos: la igualdad en derechos. Hablar de igualdad es un concepto que presenta muchos retos para aquellos defensores y activistas de los derechos humanos, especialmente porque en el plano fáctico, la igualdad no es la norma aplicable a aquellos casos en que se debe aplicar.

Otros instrumentos internacionales rescatan el valor de la igualdad, y en un plano fáctico, la no discriminación, como un valor agregado al cumplimiento de ese principio supremo consagrado en varios instrumentos internacionales.

De manera similar, el Art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que: *“todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones*

políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Vemos como dicho instrumento nos habla de “personas”, y no hace distinción en cuanto a la aplicación de esos derechos. Igualmente exalta la no discriminación por varios factores, relacionados con el desenvolvimiento y desarrollo del ser humano, dentro de las características que le son propias e inherentes para vivir en sociedad. Con ello debemos mencionar que los motivos por los cuales no se puede discriminar, están ligados en todo momento a características propias de la humanidad en su desarrollo social, por lo que en este sentido, incluir la homosexualidad como una característica propia del ser humano (en ciertos individuos), es la piedra en el zapato para ciertos sectores que recriminan dicha orientación sexual. Mas adelante en el apartado II analizaremos esta orientación sexual, dentro del desarrollo social de un individuo.

Dentro de la misma línea que los dos artículos mencionados anteriormente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José menciona en su artículo 1 (de la Obligación de Respetar los Derechos) que *“los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”¹.*

Vemos como en este instrumento igualmente se menciona el derecho a la igualdad, como aquel derecho para todo ser humano, valorando la protección de aquellas características que hacen ser a toda persona, y son necesarias para su desarrollo social. En este sentido es donde debemos ampliar el entendimiento de las tres normas mencionadas, relacionándolas con el carácter progresivo de los derechos humanos, en donde los mismos están vinculados a la realización de las personas, y a todas aquellas características que les permiten vincularse plenamente a una sociedad, y las cuales deben garantizar los Estados.

Igualmente la Convención sobre los Derechos del Niño establece en su preámbulo, que *“de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad*

¹ Subrayado no es del original

intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”.

Podemos seguir mencionando una serie de instrumentos internacionales que reconocen el derecho a la igualdad. Lo que interesa sobre este aspecto, es retomar que la igualdad es esencial dentro de todo sistema democrático, y dentro del desarrollo de los derechos humanos de los individuos.

Derecho al matrimonio

Dentro del esquema tradicional (y no progresivo), del concepto de matrimonio, estamos acostumbrados a visualizar el mismo, como el componente fundamental de la familia, y esta, como el componente sobre el cual se basa la sociedad. La variable matrimonio-familia, la utilizamos llena de una serie de tintes y esquemas tradicionales. Es claro que el tema de matrimonio, encuentra sus raíces en varias tradiciones religiosas y culturales, pero para efectos del mundo occidental, su esquema mas común es el matrimonio cristiano. No siendo este trabajo un análisis de las uniones civiles del mismo sexo, no podemos igualmente dejarlo de lado, si se quiere analizar la posibilidad de adopción de parejas del mismo sexo, pues tiene un vínculo grande al tema.

El tema de las uniones civiles del mismo sexo ha tenido eco en varios países del mundo (entre ellos España, Inglaterra, Holanda, y recientemente en Costa Rica como veremos en la sección III), producto de un reconocimiento real de la existencia de personas del mismo sexo que deciden unir sus vidas en un vinculo jurídico-civil ante la sociedad. En este sentido, es claro que el reconocimiento de esas uniones ha despertado igualmente revuelo entre diversos sectores opuestos, especialmente la Iglesia Católica, que reconoce dentro de su ideología únicamente la existencia del matrimonio católico (ni siquiera del civil *per se*). En este sentido, es clara la flexibilidad que la sociedad ha tenido para el reconocimiento del matrimonio civil, como una figura distinta al matrimonio católico, aspecto que en su momento causo gran revuelo, pero que a la fecha es algo muy común a muchas personas y sociedades. El tema de matrimonio homosexual no ha tenido la misma suerte, y por el contrario en la mayoría de los países mencionados se le reconoce ese carácter de unión civil (como categoría especial) por encima de matrimonio. Para efectos de nuestro estudio, el reconocimiento de dichos uniones, va acompañado a una serie de aspectos relacionados dentro de las cuales está la adopción.

El Art. 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, menciona lo siguiente: *“los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho,*

sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

Este artículo como vemos reconoce tres aspectos puntuales:

- 1-) el derecho para todo ser humano al matrimonio,
- 2-) el derecho de todo ser humano a fundar una familia, y
- 3-) la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, con el derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

No menciona el artículo distinción, y por el contrario hace una universalización de la aplicación de dicho derecho para todos los seres humanos. Es por ello que deducimos también que dentro de esa categoría de seres humanos están las personas homosexuales (debido a su carácter de personas), por lo que podríamos decir a priori, que igualmente gozan de este derecho para casarse y para fundar una familia, y en ese esquema el Estado debe limitarse a la protección de ese derecho y a la protección de la familia. No debe por el contrario, dedicarse a realizar discriminación sobre unos y otros, basado en conceptos morales, religiosos o de otra índole, sino del reconocimiento de la humanidad de esas personas.

Por otro lado, en línea con lo expresado anteriormente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 23 establece que: *“la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello (...)”.*

Vemos como de igual manera, se reconoce esa universalidad del derecho al matrimonio del hombre y de la mujer, así como su posibilidad de fundar una familia, y recibir al efecto, la protección del Estado.

Por último, en este mismo orden de ideas, el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (de la Protección a la familia), reconoce igualmente que *“la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello*

por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención (...)”.

Con esta mención de artículos, lo que nos podemos imaginar es que en el papel existe una gran tolerancia, amplitud, y reconocimiento por si mismo, que muchas veces no debe explicarse tanto, y por el contrario debe ser tomado literalmente, puesto que es lo nos proporciona la herramienta necesaria para entender que esos derechos son universales e inherentes a la condición humana, y que muchas veces son los seres humanos quienes empiezan a realizar las divisiones y cuestionamientos.

Interés superior del niño y la adopción

En la materia en estudio es importante analizar uno de los pilares del tema: la protección del menor. Es sin lugar a dudas una de las mayores preocupaciones existentes al referirse al tema de la adopción de parejas o personas homosexuales. Al efecto, el instrumento internacional por excelencia en la protección del menor (y de su interés superior), es la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

La Convención define en su artículo 1, que se entenderá por niño a *“todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”*.

De igual manera, el Preámbulo de la Convención menciona aspectos interesantes dentro de la conceptualización de nuestro tema. A manera de ejemplo, se menciona en el mismo que *“el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”*. Este aspecto nos lleva a orientar un poco más sobre cual sería el mejor interés del niño en caso de que se deba otorgar una adopción o no a una persona o pareja homosexual. Con esto decir que ese interés debería ir ligado a la realización y desarrollo de ese menor. Este aspecto se menciona también en el artículo 3 de la Convención, en donde se hace referencia a que *“en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”*.

En el mismo sentido, el artículo 18 establece que *“los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño”*². El concepto “interés superior del niño”, se presenta muy amplio y adecuado a las situaciones que deban enfrentarse en donde debe valorarse que es lo mejor para ese menor. En este sentido, el principio establece un “compromiso social” de protección, en donde el concepto de interés superior está revestido de un ámbito integral de abordaje, en donde en todo momento se vela por ese fin de protección y por el bienestar del menor. En el caso de nuestro estudio, el interés superior del niño es el instrumento que permite a una sociedad velar por su niñez, por lo que las valoraciones que realicen las instituciones involucradas sobre si una pareja o una persona homosexual es apta o no para obtener la patria potestad, no debe estar viciada de aspectos homofóbicos, sino de visibilización si es o no correcto para ese menor estar en ese hogar (y como veremos mas adelante, existe “capacidad” en esas personas o familias homosexuales).

Un aspecto que en particular pueden enfrentar esos menores, es el tema de la discriminación. Para el presente capítulo nos interesa analizar que la misma Convención brinda una herramienta en contra de la discriminación, al mencionar en su artículo 2 que *“los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares”*. En la misma línea el artículo 5, menciona el respeto que sobre la educación del menor debe guardar la sociedad. Al respecto menciona el referido artículo: *“los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”*.

Vemos que en este último artículo un aspecto muy importante es el hecho de reconocer la diversidad de culturas y por ende, de abordajes de la autoridad parental (es

² Subrayado no es del original.

decir existe apertura y respecto por esos abordajes), los cuales deben estar orientados a la protección y el cumplimiento de los fines mismos de los derechos del niño. Es por este hecho entonces que vemos, que al igual que mencionábamos en los instrumentos internacionales anteriores, la discriminación contra personas o parejas homosexuales no nace ni emana de esos instrumentos, sino de las interpretaciones propias que muchas veces realizan los individuos, basados principalmente en estereotipos y en una gran desinformación. Sobre este particular analizaremos en el apartado II, como muchos investigadores han vencido esos estereotipos.

Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional

Esta Declaración fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 41/85, del 3 de diciembre de 1986. Siendo una Declaración, no es un instrumento vinculante a los Estados, pero si un instrumento de consenso y compromiso en cierta medida de los diversos Estados que conforman Naciones Unidas.

La Declaración define aspectos mismos del fin y objetivo de la protección del niño en la adopción, especialmente al puntualizar lo que se considera adopción. El artículo 5 define que “ *en todas las cuestiones relativas al cuidado de un niño por personas distintas de sus propios padres, los intereses del niño, en particular su necesidad de recibir afecto y su derecho a la seguridad y al cuidado continuado, deben ser la consideración fundamental*. En la misma línea, el artículo 13 establece que “*el objetivo fundamental de la adopción consiste en que el niño que no pueda ser cuidado por sus propios padres tenga una familia permanente*”. En este sentido vemos como ambos artículos establecen ese fin de velar por el bienestar social del menor a través de un cuidado especial que debe brindar la sociedad a través del amor y el vínculo con una familia.

Esta misma Declaración establece en su preámbulo la posibilidad de instituciones alternativas, que permitan la adopción de niños. Al respecto se menciona que “*reconociendo que en los principales sistemas jurídicos del mundo existen otras instituciones valiosas que representan una alternativa, como la Kafala del derecho islámico, las que proporcionan atención sustitutiva a los niños que no pueden ser cuidados por sus propios padres*”. Con este artículo, lo que interesa rescatar es que no

necesariamente las instituciones tradicionales de familia y de adopción son las que deben regir a todos los países o sociedades por igual, sino por el contrario, existe una riqueza de abordajes y sistemas que juntos cumplen un mismo objetivo: el interés superior y el desarrollo del menor.

Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional

Este Convenio fue realizado en la Haya en 1993, y retoma el tema de la adopción internacional, así como las medidas que deben atender los países en forma mutua y conjunta, en el abordaje del tema. Fue ratificado por Costa Rica en Noviembre del 2004³.

El artículo 1 del Convenio establece que Convenio tiene por objeto:

- a) *Establecer garantías para que las adopciones internacionales*
- b) *Tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto a los derechos fundamentales que le reconoce el Derecho Internacional;*
- c) *Instaurar un sistema de cooperación entre los Estados contratantes que asegure el respeto a dichas garantías y, en consecuencia, prevenga la sustracción, la venta o el tráfico de niños;*
- d) *Asegurar el reconocimiento en los Estados contratantes de las adopciones realizadas de acuerdo con el Convenio.*

Importante para el tema, puesto que establece los mínimos que deben seguir los países para verificar que la adopción de menores cumpla con estándares y normas internacionales que velen por su interés y por la protección de sus derechos humanos.

³ Para mayor información en el sitio web del PANI en www.pani.go.cr/biblioteca.php

II-) Mitos, realidades y cuestionamientos

En este punto es importante analizar algunos conceptos especialmente tratando de eliminar ciertos estereotipos que se tienen sobre la homosexualidad. El objeto es obtener un entendimiento basado en los hechos más que en los mitos. Igualmente analizaremos algunos criterios a favor y otros en contra con respecto al tema de adopción de personas o parejas homosexuales.

Para empezar definiremos aspectos mismos de la homosexualidad como una orientación sexual. La orientación sexual es un término diferente al de comportamiento sexual, ya que se refiere a *“sentimientos innatos y una conducta propia, y no necesariamente se expresa en un comportamiento en específico. Algunas teorías vinculan la orientación sexual a la genética o factores hormonales: otros a experiencias de la niñez. Otros consideran que la orientación sexual se moldea a una edad temprana a través de una combinación de factores biológicos, psicológicos y sociales”*⁴. Otra definición nos menciona que *“homosexualidad puede referirse a dos conceptos: un comportamiento sexual en la atracción sexual entre personas del mismo género, o a una orientación sexual. Cuando se describe el término “orientación sexual” se refiere a mantener una atracción sexual o romántica hacia otras personas del mismo sexo, pero no necesariamente involucra conducta sexual. La homosexualidad incluye cualquier actividad sexual entre gente del mismo sexo, sin importar su orientación sexual”*⁵.

Tanto la Organización Mundial de la Salud (OMS) como la Asociación Americana de Psiquiatría descalificaron a la homosexualidad como una enfermedad mental⁶. Sin embargo la homosexualidad es considerada en muchos lugares como inmoral, pecaminosa, e incluso penado por la legislación a veces hasta con pena de muerte (tal es el caso Arabia Saudita, Irán, Yemen, Sudan y Mauritania).

No entraremos a analizar las razones por la que una persona es homosexual u heterosexual, ya que no es el objetivo del trabajo, pero si analizaremos adelante lo que revelan los estudios sobre las “posibles implicaciones” de la orientación sexual homosexual sobre un menor. Podemos mencionar que existen numerosas teorías acerca de los orígenes de una orientación sexual. Muchos científicos coinciden hoy en día que la

⁴ En “Homosexualidad y Orientación Sexual” – Asociación Psicológica Americana en www.adoption.about.com/od/gaylesbian/f/orientation.htm

⁵ En www.wikipedia.org

⁶ En “Homosexualidad y Orientación Sexual” – Asociación Psicológica Americana en www.adoption.about.com/od/gaylesbian/f/orientation.htm

orientación sexual es el resultado de una interacción compleja de factores cognoscitivos y biológicos, los cuales se dan desde una edad temprana y varían de persona a persona.

En lo que igualmente existe consenso es en el hecho de no pensar que la orientación sexual es una elección *per se*, es decir no es una elección consciente que pueda ser voluntariamente cambiada. Muchas personas piensan que a través de la terapia puede realizarse un cambio, aspecto que presenta gran controversia entre los especialistas en terapia. Un ejemplo de ello ha sido la Asociación Americana de Psicólogos, quien en 1997 a través del Consejo de Representantes emitió una resolución afirmando su oposición al “tratamiento homosexual”, el cual consideran homofóbico y señalan el derecho del cliente a recibir terapia sin indisposición en el tema (es decir señalando que el fin de la terapia sería finalizar dicha conducta o comportamiento “negativo”)⁷.

El tema de la orientación sexual homosexual y la adopción nos lleva a una pregunta que muchas personas se cuestionan: pueden las personas con orientación sexual homosexual ser buenos padres?.

Para brindar una respuesta nos remitiremos a dos posiciones adoptadas al seno tanto de la Asociación Americana de Psiquiatría, como de la Asociación Americana de Psicólogos.

En Noviembre del 2005, la Asociación Americana de Psiquiatría⁸ aprobó una resolución sobre la adopción y patria potestad compartida de niños por parejas del mismo sexo. La resolución menciona que “*la APA (por sus siglas en inglés), apoya iniciativas, las cuales permitan a las parejas del mismo sexo, adoptar o ejercer la patria potestad compartida de niños, y apoya todos los derechos ligados, beneficios y responsabilidades que surgen de dichas iniciativas*”⁹. Según dicha Asociación, los estudios de los últimos 30 años han demostrado consistentemente que los niños criados por padres gays o lesbianas, presentan el mismo nivel emocional, cognoscitivo, social y funcionamiento sexual que niños criados por padres heterosexuales. Estos estudios igualmente mencionan que el desarrollo óptimo para los niños, no está basado en la orientación sexual de sus padres, pero si en los vínculos estables y proveedores con adultos¹⁰. En

⁷ En “Adoption about” en www.adoption.about.com/gi/dynamic/

⁸ La Asociación Americana de Psiquiatría es una sociedad medica nacional, fundada en 1844, en la cual sus 38 000 miembros se especializan en el diagnosis, tratamiento y prevención de enfermedades mentales.

⁹ En www.psych.org/archives/200214.pdf

¹⁰ Ibid.

línea con la resolución de la APA, otros gremios profesionales en los Estados Unidos (país de donde se obtiene mayor referencia al tema), tales como la Academia de Pediatras de América, la Asociación Psicoanalítica y la Asociación Americana de Psiquiatras para Niñez y Adolescencia han adoptado posiciones similares.

Por otro lado, la Asociación Americana de Psicólogos¹¹ ha realizado una resolución¹² en donde apoya los derechos de las personas con orientación sexual homosexual, enfatizando varios aspectos descritos a continuación:

- La APA (por sus siglas en inglés), apoya las políticas y legislación que promueve ambientes seguros, saludables y proveedores para niños.
- La APA ha establecido una política que deplora toda discriminación pública o privada contra gays y lesbianas, y demanda eliminar toda legislación discriminatoria contra gays y lesbianas.
- No existe evidencia científica que la efectividad de la relación parental esté vinculada a la orientación sexual: padres gays o madres lesbianas tiene las mismas condiciones para proveer un ambiente saludable para sus niños.
- Los estudios indican que el ajuste, desarrollo y bienestar psicológico de los niños no está relacionado con la orientación sexual y que los niños de padres homosexuales pueden desarrollarse igualmente que los de padres heterosexuales.
- Resuelven oponerse a cualquier discriminación basada en la orientación sexual, en términos de adopción, custodia, visitas y servicios en salud reproductiva.
- Resuelven apoyar la adopción de menores por parte de personas homosexuales.

Los dos resoluciones mencionadas anteriormente, nos brindan un panorama claro de la posición sobre la capacidad de los padres o madres homosexuales de ejercer la patria potestad de un menor.

Aspecto igualmente señalado ha sido el hecho de indagar las consecuencias mismas sobre el bienestar del menor en su rol con la sociedad. Uno de estos temas relacionados con la identidad de género (con respecto al género con que se identifican).

¹¹ La Asociación Americana de Psicólogos, es la asociación mas grande de psicólogos del mundo con un total de 148 000 miembros.

¹² En www.apa.org/about/

Por otro lado el tema mismo de la discriminación por parte de otras personas, al ser estigmatizados o rechazados.

Con respecto al primer tema mencionado, la misma APA confirma en los estudios utilizados como base para la Resolución mencionada, que la identidad sexual (en la cual incluyen la identidad de género, roles de género, y la orientación sexual) se desarrollan de manera similar en hogares de padres o madres homosexuales que de padres heterosexuales.

Con respecto al segundo tema, es innegable que mas allá de estudios, la sociedad en general mantiene prejuicios sobre el tema, lo que se traduce a la homofobia que muchas veces emana y es transmitida de generación a generación, por lo que tanto adultos como niños muchas veces señalan y sancionan a la homosexualidad. De ahí que los hijos de padres o madres de orientación sexual homosexual sufrirán igualmente señalamientos y la discriminación por este hecho. Sobre este particular es importante mencionar que los niños que viven en este tipo de familias, y han observado desde su nacimiento o desde una edad temprana el modelo, tienen a incorporar en si el tema, y es hasta que tienen su vínculo con padres o madres heterosexuales que comienzan a diferenciar sobre si mismos, y mas aun, cuando son señalados por los demás, es cuando comienzan a cuestionarse dicha situación. Para otros menores en proceso de adopción por familias de padres o madres del mismo sexo, que han aprendido socialmente lo que es la homosexualidad (en la forma en que fuera) o que tienen ideas preconcebidas de la forma “tradicional” de matrimonio o parentazgo hombre-mujer, puede ser más difícil¹³. En ambos casos, vemos como el aprendizaje forma una herramienta importante en el proceso de discernimiento de lo que es “bueno” o “malo”, y de cómo esos dos aspectos son percibidos por el resto de la sociedad. De igual forma es un hecho complejo explicar a un menor (aparte del tema de haber sido adoptado), el hecho de que sus padres o madres tengan una orientación sexual homosexual, con lo que esto representa para el patrón social. Según recomiendan los expertos de la APA, estos hechos deben ser explicados en la medida en que el niño crece, cada vez agregando información, con el objeto de que pueda absorber y entender más estos hechos.

En el debate en contra de la adopción por personas o parejas homosexuales, se cuenta con pocos afiliados en el sector profesional de la psicología o psiquiatría (al menos en la búsqueda para el presente trabajo no se pudo encontrar un estudio que manifestara

¹³ En “About adoption” en www.adoption.about.com/od/gaylesbian/f/teasing.htm

una oposición a lo mencionado anteriormente). El grueso de la oposición se encuentra en los sectores religiosos, conservadores, políticos y de otra índole que establecen posiciones opuestas. Al respecto el Papa Benedicto XVI ha sido catalogado por la organización activista de Derechos Humanos “Human Rights Watch” para el “Salón de la Vergüenza del 2007”, por su oposición a negar derechos a las parejas de personas del mismo sexo y por su rol activo en intervenir y oponerse a la política que apoya dichos derechos¹⁴. Según Human Rights Watch, en el tema de uniones civiles, en enero del 2007 el Papa dijo a políticos italianos que “reconocer uniones diferentes a las tradicionales podría parecer peligroso y contra productivo”, al tiempo que cuando el gobierno italiano propuso un proyecto sobre uniones civiles del mismo sexo, Obispos católicos advirtieron a los legisladores que ellos tenían el deber moral de hablar públicamente en contra de este tipo de leyes. En España igualmente, cuando pasó la ley que reconoce el matrimonio civil en el 2005, el Cardenal Alfonso López Trujillo de Colombia, líder del Consejo Pontificio de la Familia, declaró que las autoridades debían rehusarse “a casar o incluso a tramitar adopción de niños, para parejas del mismo sexo”¹⁵.

La organización “*Family Research Council*”¹⁶, una organización que defiende activamente los valores de la familia y el matrimonio en los Estados Unidos, con gran incidencia (al punto de tener lazos fuertes con el Presidente Bush y la Casa Blanca), menciona en su sitio web con respecto al tema en estudio que “*la FRC (por sus siglas en inglés), no considera a la homosexualidad un estilo alternativo de vida o preferencia sexual, sino que es insalubre y destructivo para muchas personas, familia y la sociedad*”¹⁷. Menciona igualmente que la “*compasión es lo que debe llevar a apoyar la sanación de homosexuales que deseen cambiar su conducta destructiva*”¹⁸.

Los políticos no están exentos de este debate. El Primer Ministro de Australia, John Howard, declaró que estaba opuesto al matrimonio y a la adopción de niños por homosexuales. En una entrevista con la Radio de Sydney, Howard mencionó que el “*era consideraba que no había que “interferir” con ciertas instituciones en nuestra sociedad, y*

¹⁴ En sitio oficial de Human Rights Watch en www.hrw.org/english/docs/2007/05/16/global15955.htm

¹⁵ Ibid.

¹⁶ En sitio oficial de Family Research Council en www.frc.org/get.cfm?c=ABOUT_FRC

¹⁷ http://adoption.about.com/gi/dynamic/offsite.htm?zi=1/XJ&sdn=adoption&cdn=parenting&tm=30&gps=145_473_1004_332&f=00&su=p284.8.150.ip_&tt=12&bt=1&bts=1&zu=http%3A//www.adoptions.com/aecgaylez.html

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Ibid.

que los niños debían ser criados en un ambiente ideal por una madre y un padre casados¹⁹.

El mismo Presidente Bush igualmente ha estado involucrado en la controversia. En una entrevista con el *New York Times*, Bush mencionó que un “niño debe ser criado por una familia donde un hombre y una mujer están casados”. Posteriormente en el 2007, cuando la hija del Vice-presidente Cheney (declarada lesbiana) quedó embarazada y se disponía a compartir la maternidad con su pareja lesbiana, y se le preguntó a Bush al respecto, respondió que “se alegraba por Cheney y su esposa”, y que sabía que la hija de Cheney sería “a loving soul to her child” (una alma entregada a su hija)²⁰.

Este panorama controvertido sobre el tema de homosexualidad nos refleja las posiciones encontradas; algunas con sustento técnico (psicológico, psiquiátrico, social) y otras más empíricas y basadas en ideologías, conceptos o fundamentalismos.

¹⁹ En revista “Life Site” en <http://www.lifesite.net/ldn/2004/mar/04030912.html>

²⁰ En sitio web de las noticias de ABC en www.abcnews.com/politicalradar/2006/12/bushs_first_com.html

III-) Adopción de personas o parejas homosexuales en Costa Rica

En el caso de Costa Rica analizaremos la legislación y jurisprudencia en la materia que se refiera al tema, así como algunas posiciones encontradas a lo interno.

Constitución Política

La Constitución Política de Costa Rica menciona en su artículo 33 el principio de igualdad al establecer que *“no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana”*. De igual manera encontramos dos artículos que hacen referencia a la familia y al matrimonio. El artículo 51 establece que *“la familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección del Estado. Igualmente tendrán derecho a esa protección la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido”*. Por otro lado, el artículo 52 establece que *“el matrimonio es la base esencial de la familia y descansa en la igualdad de derechos de los cónyuges”*. Con las anteriores definiciones vemos que no existe una definición sobre “que es una familia” o lo “que es el matrimonio” (mencionando necesariamente que debe ser conformado por un “hombre” y una “mujer”), y aun aunque fuera el caso, el mismo carácter progresivo de derechos humanos, debería ir acorde a la Constitución y reconocer esa “variedad de familias” y que el matrimonio (así como en la evolución de matrimonio católico a civil), puede ser de diversas formas.

Leyes en protección a la niñez y la adopción

Jurídicamente en Costa Rica el instituto de la adopción se encuentra regulado en la Convención sobre los Derechos del Niño, el Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional (Convenio de La Haya de 1993), en el Código de Familia, en el Código de la Niñez y la Adolescencia, la Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia y en el Reglamento para los Procesos de Adopción Nacional e Internacional del Patronato Nacional de la Infancia²¹.

Con respecto al “mejor interés del menor” el Director Ejecutivo actual del PANI Mario Alberto Víquez, ha reconocido que este principio “establece que en todas las medidas concernientes a los niños y niñas, que tomen las instituciones públicas o privadas, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos la consideración primordial será el mejor interés del niño. Este principio contiene dos elementos: La prioridad de la niñez y la consideración de las necesidades específicas de

²¹ Sitio oficial del PANI en www.pani.go.cr/descargar/adopcion_nacional.pdf

acuerdo con la edad. En materia de adopción nos permite sostener la idea de buscarle al niño o niña una familia y no a la familia un niño o niña; e incluso pensar la adopción como una institución del Derecho de Menores²².

En línea con lo que vimos en el apartado I con respecto a lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, el Código de la Niñez y la Adolescencia aborda el tema de la protección del menor y del interés superior del niño. Al respecto, el Preámbulo del Código de la Niñez y la Adolescencia, (Ley No. 7739), establece que *“este reconocimiento social y jurídico de la especial condición de las personas menores de edad, compromete a los adultos a dotar a los menores de edad de un ambiente familiar y social que garantice el pleno crecimiento y desarrollo de sus aptitudes como ser humano, y que al mismo tiempo reconozca a los niños y adolescentes la titularidad de sus derechos y obligaciones como seres humanos”*.

De igual forma el artículo 3 inciso d) de la Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia advierte, que dentro de los fines de la institución, está: *“Garantizar a las personas menores de edad el derecho a crecer y desarrollarse en el seno de una familia, sea ésta biológica o adoptiva.”*

Con respecto a la definición de adopción, el artículo 100 del Código de Familia establece que *“la adopción es una institución jurídica de integración y protección familiar, orden público e interés social. Constituye un proceso jurídico y psicosocial, mediante el que el adoptado entra a formar parte de la familia de los adoptantes, para todos los efectos, en calidad de hijo o hija”*.

Según el artículo 103 del mismo Código, existen dos clases de adopción:

- Individual: en donde el adoptante es único
- Conjunta: decretada a solicitud de ambos cónyuges y sólo pueden adoptar en esta forma, aquellos que tengan un hogar estable. Para tal efecto, deberán vivir juntos.

Requisitos para la adopción en Costa Rica: procedimiento

Los requisitos para la adopción se establecen en el Art. 106:

- a) Poseer capacidad plena para ejercer sus derechos civiles.
- b) Ser mayor de veinticinco años, en caso de adopciones individuales. En adopciones conjuntas, bastará que uno de los adoptantes haya alcanzado esta edad.

²² Sitio web del PANI, en www.pani.go.cr/libreria/La%20institucion%20de%20la%20adopcion.pdf

c) Ser por lo menos quince años mayor que el adoptado. En la adopción conjunta, esa diferencia se establecerá con respecto al adoptante de menor edad. En la adopción por un solo cónyuge, esa diferencia también deberá existir con el consorte del adoptante.

d) Ser de buena conducta y reputación. Estas cualidades se comprobarán con una prueba idónea, documental o testimonial, que será apreciada y valorada por el Juez en sentencia.

e) Poseer condiciones familiares, morales, psicológicas, sociales, económicas y de salud, que evidencien aptitud y disposición para asumir la responsabilidad parental.

Como vemos existe una serie de procedimientos rigurosos, que buscan la protección del menor, y sobretodo su “mejor interés”, ubicarle en un hogar idóneo.

Los estudios psicosociales correspondientes son parte la fase administrativa ante el PANI (primera fase del proceso), que debe cumplir una persona que busca adoptar, a lo que posteriormente pasaría (en caso del visto bueno del PANI), a la fase judicial para seguir con el procedimiento (artículo 113 del Código de Familia).

Es importante como vemos, que la ley exige el nombramiento de peritos (de acuerdo al artículo 130), y una vez recibida la solicitud, *“el Juez nombrará a los peritos para que efectúen un estudio psicológico y social de la persona menor de edad y de los adoptantes, con el fin de constatar la necesidad y la conveniencia de la adopción y la aptitud para adoptar y ser adoptado (...). Este trámite se omitirá cuando, a criterio del Juez, la autoridad administrativa competente haya realizado esos estudios”*.

El Código igualmente establece que *“tanto las resoluciones como las medidas que dicten los Tribunales en relación con los menores adoptandos, se dictarán tomando en cuenta el interés superior del menor (artículo 137)”*, así como la posibilidad de *“que el adoptando expresará su criterio siempre que, a juicio del Juez, posea el discernimiento suficiente para referirse a la adopción de que es objeto (...) y el Juez deberá explicar a la persona menor de edad los alcances del acto, con o sin la asistencia de los adoptantes o sin ellos (artículo 133 Ibíd)*. Igualmente el Código de la Niñez y la Adolescencia menciona en su artículo 5, que *“toda acción pública o privada concerniente a una persona menor de dieciocho años, deberá considerar su interés superior, el cual le garantiza el respeto de sus derechos en un ambiente físico y mental sano, en procura del pleno desarrollo personal. La determinación del interés superior deberá considerar:*

a) Su condición de sujeto de derechos y responsabilidades.

b) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales.

c) Las condiciones socioeconómicas en que se desenvuelve.

d) La correspondencia entre el interés individual y el social.

Con las referencias anteriores vemos como la legislación nacional se adecua a lo establecido por los instrumentos internacionales, y dentro de ello a la protección del menor, de su interés superior, y de una serie de procedimientos técnicos y administrativos, que valoran aspectos propios de la capacidad de los adoptandos con relación a la protección de ese interés superior, y es esa capacidad de ser “aptos” (en las diversas esferas que esto representa), para el menor.

La elaboración de la ficha para cada persona o pareja interesada, una vez que inicia el proceso de adopción, abarca una serie de parámetros o aspectos a tomar que deberán contener las evaluaciones. El PANI en específico analiza las siguientes²³:

i) Motivación para la adopción: La motivación para adoptar, la cual nos remite al proyecto adoptivo de la pareja, el cual debe basarse en motivaciones emocionalmente sanas y que no sean perjudiciales para el niño, por ello es importante que se aborde a profundidad sobre el particular. A partir de lo anterior, es importante que los profesionales evaluadores exploren los siguientes aspectos:

- Los motivos y circunstancias previas que dieron origen a la decisión de adoptar (Razones por las que desean adoptar, Cómo decidieron adoptar?, De quién fue la idea?, Cuándo empezaron a considerar la adopción?, Para ellos qué significa adoptar?)
- Necesidades individuales y de pareja asociadas a la motivación de adoptar (Significado que le confieren en su individualidad al ejercicio de la paternidad y la maternidad, lugar del futuro hijo o hija adoptivo.
- En casos de personas con situaciones de infertilidad se deberá explorar las formas como lo han enfrentado.
- Temores, fantasías, mitos y prejuicios en torno a la adopción (a nivel social, individual y de pareja.
- Explorar acerca de cómo han pensado ejercer su parentalidad adoptiva y habilidades que poseen para educar un niño, niña o adolescente.

²³ Ibid.

- Determinar el nivel de redes de apoyo familiares o de amistad respecto al proceso de adopción Si ambos trabajan fuera del hogar, quién cuidará al niño?
- Explorar la revelación del origen a la persona menor de edad adoptada y a otras personas
- Fantasías y expectativas que tiene del niño que desea adoptar.

ii.- Dinámica de pareja: La relación de pareja determina la atmósfera del hogar y por lo tanto el entorno dentro del cual se criará el hijo adoptivo. A partir de lo anterior, es importante explorar sobre los siguientes rubros:

- Historia y percepción acerca de la relación de pareja
- Comunicación y manera cómo enfrentan las dificultades conyugales
- Expresión del afecto. - Percepción (yo, tu y nosotros) y aceptación mutua de la pareja
- Nivel de satisfacción marital y proyectos.
- Relaciones Interfamiliares y estilo de vida.
- Relaciones previas.
- Manejo del dinero

iii.- Entrevistas a hijos u otras personas que vivan con los solicitantes: Si hay hijos (biológicos o adoptivos) o cualquier otro miembro que conviva con los solicitantes es conveniente valorar los siguientes aspectos:

- Cuadro familiar en caso de que convivan más miembros con los solicitantes: nombre, parentesco, edad, escolaridad, estado civil, ocupación.
- Cuál es la actitud de los hijos u otros miembros con respecto a la adopción y a la acogida familiar?.
- Características de los diferentes miembros del grupo familiar.
- En caso de que los solicitantes tengan hijos, explorar el nivel de identificación de ellos con el proyecto de la adopción

Corresponde al Consejo de Adopciones Nacionales del PANI (el cual esta conformado por un equipo interdisciplinario de profesionales en los campos legal, de trabajo social, psicóloga, salud y un representante de la sociedad civil), resolver en que persona o familia se ubica al niño, niña o adolescente. La filosofía institucional del PANI en cuanto a la ubicación de personas menores de edad con familias es la de “*buscar la*

mejor familia para el niño, niña o adolescente y no la de buscar un niño para una familia”. Para tales efectos, el Consejo Nacional de Adopciones tomará en cuenta todos los expedientes de personas solicitantes declaradas idóneas con fines de adopción nacional de acuerdo con las características (edad, antecedentes familiares, condición de salud, etc) de la (s) persona (s) menor (es) en condición de adoptabilidad que requiera ser ubicada.

Así las cosas, la ubicación de la persona menor de edad se hará en una familia que reúna las mejores condiciones psicosociales, que garanticen la restitución de los derechos de determinada persona menor de edad, aplicando el principio del interés superior²⁴.

Jurisprudencia relacionada al tema

En materia jurisprudencial analizaremos el Voto 7262 del 2006 de la Sala Constitucional. Este Voto se refiere a la acción de inconstitucionalidad presentada por el abogado Yashin Castillo contra varios artículos del Código de Familia, Código Penal, y su relación con la Constitución Política y el derecho al matrimonio entre las personas del mismo sexo. En el voto, la opinión de mayoría declaró sin lugar el recurso alegando que el matrimonio en la forma en que se encuentra conceptualizado en nuestra legislación, responde al matrimonio entre personas del sexo opuesto y que el tema de vínculos civiles de personas del mismo sexo debía ser materia que el legislador regulara.

En nuestro tema de estudio, nos interesan los Votos separados de dos Magistrados que hacen referencia al tema de adopción de parejas homosexuales en Costa Rica.

El Magistrado Jinesta estableció en su voto salvado (en el cual se separa de la votación y declara con lugar el Recurso), que *“la presencia de la figura paterna y materna y de sus distintos roles, como derecho del niño en condiciones ordinarias, determina que ciertos efectos inherentes a la institución del matrimonio, no puedan ser reconocidos a las parejas de un mismo sexo que optan por ese modelo jurídico de convivencia, tales como la posibilidad de adoptar menores de edad o bien compartir la patria potestad, en caso de disolución de un matrimonio heterosexual previo”*²⁵. En este sentido, el Magistrado Jinesta resalta su apoyo al matrimonio homosexual, pero no considera oportuno entregar los mismos derechos que devienen del matrimonio entre heterosexuales.

²⁴ Ibid.

²⁵ En sitio web del Movimiento Diversidad en www.gay.co.cr/diversidad/resolucion_sala_iv.swf

La otra mención sobre el tema, la realiza el Magistrado Adrián Vargas, quien en su Voto salvado (donde igualmente declara con lugar el recurso), apoya los derechos de las personas homosexuales al mencionar que *“rechaza categóricamente que las relaciones homosexuales sean actos inmorales o contrarios a las buenas costumbres, pues ello sería no solo sería reforzar sentimientos homofóbicos contra las parejas homosexuales, sino que además sería negar su dignidad como personas. La negación de la diversidad es el principio de la intolerancia y la intolerancia es la forma mas acabada de negación de la dignidad de las personas. El artículo 51 constitucional determina que la familia es el elemento natural y fundamento de la sociedad, por lo que tiene derecho a la protección especial del Estado. De dicho artículo no se desprende cual es la definición del concepto de familia de la cual se debe partir; sin embargo, en la actualidad ya no puede entenderse que se trata únicamente de la familia nuclear, compuesta por mama, papa e hijos.*

Con mi voto pretendo anular la norma que establece la prohibición a las personas del mismo sexo para contraer matrimonio, y en consecuencia, reconocer a las personas homosexuales todos los derechos que disfrutaban las parejas homosexuales, entre ellos los relativos a seguridad social, prestaciones laborales, adopciones, guarda y crianza conjunta de menores, entre otros. Lo anterior, por cuanto no considero que en la presente acción se pueda eliminar una discriminación, para imponer otra, como lo sería limitar cualquier derecho que ya es otorgado a las parejas homosexuales en virtud del matrimonio. Si bien no es el objeto de esta acción, estoy consciente de la puerta que se abre al aceptar el matrimonio de las parejas homosexuales en cuanto el tema de la adopción y guarda y crianza de menores, lo cual no considero sea un tema a discutir en esta sede, pues el otorgamiento de este derecho no operara de forma automática sino que las parejas homosexuales – al igual que los heterosexuales- deberán reunir todos los demás requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico para recibir un menor, y en consecuencia, debe demostrarse a través de informes psicosociales y estudios rigurosos la idoneidad o no de la pareja, lo cual obviamente escapa de la materia constitucional y corresponde determinar a las instancias técnicas correspondientes²⁶.

Sobre este último aspecto mencionado en la sentencia, es interesante analizar no solo el reconocimiento de los derechos de “todos los seres humanos” sino incluso la coherencia y relación de que el reconocimiento de un derecho conlleva otros relacionados, así como los deberes que representa ejercer esos derechos. En el caso de la adopción por personas homosexuales, no menciona el Voto salvado, diferencias de trato o de lo

²⁶ Ibid.

que debería considerarse especial para unos y para otros no, sino una línea de igualdad representada en el reconocimiento de esos derechos dejando de lado características homofóbicas en el abordaje del tema.

Importante el Voto 7262 refiere la temática al legislador. De esta forma, los activistas que trabajaron en la presentación de la Acción de Inconstitucionalidad, presentaron ante un grupo de Diputados el Proyecto de Ley de Unión Civil entre personas del mismo sexo (Expediente No 16390), el cual fue asumido por varios diputados (entre ellos Ana Elena Chacón del PUSC y José Merino del Frente Amplio) y se encuentra actualmente en la Asamblea Legislativa.²⁷

La realidad de la adopción de una persona homosexual: primer caso sometido al debate público

En nuestro país existen muchos hogares conformados por padres o madres homosexuales, aspecto que debido a la misma idiosincrasia de la cultura costarricense, no es tema de discusión o puesta en evidencia, como una situación común e histórica dentro del esquema “no tradicional” de familia.

El caso mas conocido quizás en cuanto al ejercicio de la patria potestad de una persona homosexual, sea el caso del travesti Sr. Luis Gerardo Mairena. La historia de “Mairena” como se le conoce popularmente, inicio cuando su actual hijo tenía 4 meses de edad. En esa época, Mairena comenzó a ayudar a la madre biológica del menor, con dinero para criarle, hasta que un día, ella le entregó al menor. Según testimonio del mismo Mairena *“la buscaba (a la madre del menor) para darle la plata del Seguro y cada vez que iba, ella me trataba muy mal, le humillaba y le decía que así como comían excremento los otros, que comiera excremento él (refiriéndose al menor)... entonces no me podía dar ese lujo de que el niño se me muriera en los brazos, así que lo puse en tratamiento en una clínica privada”*²⁸. Ese tratamiento se extendió casi hasta los 7 años que le dieron de alta. Cuatro años después la madre reclamó al menor y se lo quitó. Según testimonio del mismo Mairena *“la madre no me le daba de comer al niño, me lo tenía lleno de piojos, me le daban una migaja de pan”*²⁹, pero esto solo duró unos meses, la madre lo devolvió a Mairena y aquí comenzó de nuevo la lucha para este travesti.

²⁷ Se puede consultar el Proyecto en el sitio web de la Asamblea Legislativa en www.racsa.co.cr/asamblea/proyecto/16300/16390.doc

²⁸ Testimonio extraído de revista periodística “7 días” en www.teletica.com/archivo/7dias/2003/09/mairena.htm

²⁹ Ibid

Según Mairena, el menor decía que quería estar con “su mamá Mairena”. Luego la madre se lo dejó empeñado por cinco mil colones. En el 2003, Mairena decidió pedir legalmente la custodia del menor para evitar que pudieran separarlos de nuevo. Luego de varios estudios, el Patronato Nacional de la Infancia, PANI, le dio el depósito administrativo del niño y el 24 de setiembre del 2004, la Jueza Milagro Rojas del Juzgado de Niñez y Adolescencia resolvió a favor de la declaratoria de abandono y le otorgó provisionalmente el depósito legal del menor.

Los criterios encontrados igualmente aparecieron en este caso. Para el abogado especialista en derecho de familia, Pedro Beirute, este fue un caso particular, donde las leyes no avalan que un homosexual pueda adoptar un niño. Según Beirute, *“el Código de Familia establece en el artículo 106, los requisitos necesarios para poder adoptar y dentro de ellos se establece la idoneidad desde el punto de vista moral y psicológico. Esta preferencia sexual no está dentro de lo natural... al menor se le va a distorsionar una realidad sexual de su propia vida, porque no se sabe si la adopción se haría como mamá o como papá”* Para Pedro Beirute el fallo del juzgado es un precedente para que otras personas homosexuales quieran optar por la crianza de un niño, y menciona en su momento que *“tenemos que entender claramente que a la familia hay que fortalecerla y jamás debilitarla”*³⁰. De la misma manera la Iglesia Católica se opuso, y el Monseñor Victorino declaró que *“esto va a ser un problema aún más grave en los años que van a seguir, porque el niño necesita identificarse con su propia sexualidad. Respeto al señor, aprecio el gesto que él ha hecho, pero el tipo de personas que frecuente, el modo de actuar, inevitablemente proyecta en el muchacho actitudes que podrían perjudicarlo seriamente y hacer de él un homosexual”*³¹.

Sobre este caso es importante mencionar que el niño en todo momento conoció la verdad sobre la orientación sexual de su madre, al punto que la Jueza al consultarle con quien deseaba estar, el menor respondió que con “Mairena”. La posición en aquel entonces del Patronato Nacional de la Infancia, fue la de apoyar el procedimiento, al punto que la Ministra de aquel entonces Rosalía Gil reconoció lo declarado por el Tribunal, en el entendido que representaba el mejor interés del menor.

³⁰ Ibid.

³¹ Ibid.

IV-) Conclusiones y recomendaciones

En la construcción de la propia identidad, cada ser humano pasa por un proceso diferente. Sin embargo lo que es similar, es la imposición social de lo que debe ser y de lo que no debe ser. Con ello, una serie de patrones culturales y sociales de los valores esperados en una sociedad, muchos que son enseñados. Muchas veces esos mismos patrones traen consigo estereotipos, discriminación y violación de ciertos derechos humanos.

Vivimos en una sociedad muy diversa, en donde los patrones culturales y sociales tienden a variar de una comunidad a otra, y en donde las personas poco a poco conocen de lo que existe “más allá” de su propia existencia. Con ello se da un proceso para darse cuenta y conocer la realidad de muchas personas y comunidades en el mundo.

Es curioso si analizamos la historia y nos damos cuenta como muchas cosas han cambiado: antes era imposible pensar en la posibilidad de matrimonios interraciales, aspecto que hoy en día es común, y por el contrario se condenan las ideas racistas que aun sancionan dicho tipo de uniones. Igualmente, en el pasado las mujeres no podían votar, ya que no se consideraba que fuera un derecho. Con todo este tipo de dilemas y la reivindicación de los derechos humanos (unido a cambios de mentalidad), han hecho que la sociedad en general reconozca poco a poco la igualdad en el plano real de las personas y el reconocimiento de sus derechos.

Este tipo de desavenencias de lo que el “yo” considera correcto que debe ser el “otro”, ha desembocado en guerras mundiales, genocidios, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, siempre dentro del ámbito de intolerancia de la población mundial.

Con esa imposición constante de lo que debe ser el “otro”, el “yo” exterioriza criterios personales, muchas veces egoístas y que no tienen la empatía o el abordaje integral de la temática del vecino: por el contrario es una imposición desde lo que el “yo” considera bien (especialmente porque no le implica daño, miedo o cualquier ataque contra si).

En el caso de la homosexualidad y con ella los derechos de las personas de dicha orientación sexual, hemos visto como se han cometido crímenes de odio, de homofobia, y sobretodo grupos que señalan la homosexualidad como un acto inmoral, en donde todos los homosexuales van al infierno o están predestinados a morir de SIDA. Con señalamientos tan duros por parte de una sociedad intolerante, es claro que la reivindicación de derechos de dicha comunidad conlleva el vencer una serie de barreras

ideológicas con el objeto de hacerle entender a las personas algo que puede ser muy obvio y natural: que las personas homosexuales también son seres humanos.

En ese esquema de que “también son seres humanos”, y no individuos de una segunda clase (como se considera a otros grupos en la Roma Antigua, o en el sistema de castas de la India), es donde muchas veces los criterios externos de personas homofóbicas tienden a separar “derechos”, es decir a señalar cuales derechos corresponden y cuales no a este grupo (similar a lo que sucedía con los indígenas durante la época de la conquista).

En toda esta temática, la historia nos hace ver claramente que aquellos debates que en un momento fueron tan “sensibles”, luego se convirtieron en las luchas de aquellos héroes y heroínas que con sus conquistas abrieron las puertas para que las futuras generaciones gozaron de un mundo mejor, mas justo, mas pacifico y mas capaz de recibir a esas generaciones.

Como hemos visto en el presente trabajo, existe una serie de derechos humanos consagrados en diversos instrumentos internacionales, los cuales presentan un marco ideal de una sociedad justa, igualitaria, democrática, pacifica dentro de una concepción occidental de ver el mundo. Los derechos humanos establecidos en dichos instrumentos son prueba de las aspiraciones de una sociedad en la que nos queremos convertir, y sobretodo de luchas que deben darse para que esos derecho salgan del papel y se conviertan en realidades.

El derecho a la igualdad, al matrimonio, a los derechos devenidos de este, la protección del menor, de su interés superior, y una serie de reconocimiento de derechos al respecto, es prueba de que existe una base jurídica para el reconocimiento de los derechos de los seres humanos (incluyendo a los homosexuales). La limitante son los mismos seres humanos que se apropian de esos derechos y colectivamente reclaman que unos derechos para sí mismos y otros no para ciertos grupos (el poder de las “mayorías”). Este criterio egoísta se ha repetido a lo largo de la historia, y como mencionaba con ejemplos, debe darse un cambio que inicia en la mentalidad de las personas, y sobre todo en las construcciones sociales sobre las cuales tienden a establecer que es bueno y que es malo. Podemos mencionar que existen los derechos, pero el reconocimiento es la tarea más difícil.

Todo lo anterior para mencionar que en el caso de la adopción de menores por parte de personas o parejas homosexuales, el valor que se ha perdido es justamente ese: reconocer que existen derechos humanos para todas las personas, y que no reconocen

discriminación basado en la homofobia o cualquier conducta contraria a la naturaleza misma de las personas.

Hemos visto como la homosexualidad no es una enfermedad, y que ha existido en los últimos años un cambio de percepción al respecto, señalando que muchos de los estereotipos e ideas erróneas que se han pregonado en los últimos años, carecen de fundamento y por el contrario es mas demostrable (incluso por medios técnicos), que las personas homosexuales son seres iguales a los heterosexuales, con la única diferencia en su orientación sexual. En lo demás, realizan las mismas funciones y actividades que los demás.

Aun mas lamentable es ver como esos estereotipos se siguen perpetuando y como muchos agentes externos (Iglesia católica por ejemplo aun en contra de sus propios principios de tolerancia e igualdad) fomentan muchas veces con sus ideas, la perpetuidad de esos estereotipos.

Un cambio debe darse, y comienza en desaprender esas ideas, y en pensar que como en un lienzo en blanco, la construcción del reconocimiento de los derechos humanos de todas las personas empieza desde adentro hacia fuera, y sobre todo que en ese proceso, existen derechos que se deben respetar en todo momento.

Con respecto a la adopción de personas o parejas homosexuales se recomienda lo siguiente:

- Que el Estado costarricense establezca políticas publicas fieles al respeto de los derechos humanos de los habitantes de la República
- Que en ese reconocimiento de la igualdad de los derechos humanos de todas las personas, no se sigan perpetuando ideas homófobas o discriminatorias en contra de la población homosexual.
- Que se permita la unión civil de personas del mismo sexo, dentro del derecho humano de toda persona a unirse a otra con el objeto de compartir una vida en común
- Que se respete el derecho a la familia que tiene toda persona, especialmente cuando existe un núcleo familiar dispuesto a brindar los cuidados y atenciones a un menor que así lo requiera
- Que se sigan realizando las valoraciones psicosociales necesarias para determinar la aptitud de una persona o pareja de adoptar un menor, sin que en esas valoraciones pesen criterios homófobos o discriminatorios en caso que los aplicantes sean de orientación sexual homosexual.

- Que se respete el mejor interés del menor y su protección ya que el proceso de adopción es también un proceso de la más alta vulnerabilidad donde se está jugando el destino de una persona, por lo que se deben respetar todos los criterios establecidos por el legislador y las autoridades involucradas en el proceso.

Todo esto es un ideal, pero es parte de la lucha que muchas personas han venido dando en los últimos años, especialmente para hacer mas igualitario y tolerante a un mundo que lo necesita cada día mas.

BIBLIOGRAFIA

Sitios web:

- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en: www.ohchr.org/spanish/
- Asamblea Legislativa de Costa Rica en: www.asamblea.go.cr/
- Asociación Americana de Psicólogos en: www.adoption.about.com/od/gaylesbian/
- Asociación Americana de Psiquiatría en: www.psych.org/
- Asociación Americana de Psicólogos en: www.apa.org/about/
- Sala Constitucional de Costa Rica en: www.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/
- Family Research Council en: www.frc.org/
- Human Rights Watch en: www.hrw.org/english/docs/
- Movimiento Diversidad en: www.gay.co.cr/diversidad/index
- Noticias ABC en: www.abcnews.com/politicalradar/
- Patronato Nacional de la Infancia de Costa Rica en: www.pani.go.cr
- Revista Life Site en: www.lifesite.net/ldn/2004/mar/04030912.html
- Teletica Canal 7/7Dias en: www.teletica.com/archivo/7dias/2003/09/mairena.htm
- Wikipedia en: www.wikipedia.org

Libros:

- Castañeda, Marina. La experiencia homosexual. Editorial Paidós. Segunda impresión. México. 2000.
- Eichberg, Rob. Coming out: an act of love. Editorial A Plume Book. Primera Edición. Estados Unidos. 1991.
- García-Mina Freire, Ana. “Desarrollo del género en la feminidad y masculinidad”. Editorial Narcea 2003.
- Powers, Bob, Alan Ellis. “Acéptate, acéptalo. Cómo explicar y comprender las distintas orientaciones sexuales”. Editorial Paidós. España. 1999.
- Salas, José M. “La mentira en la construcción de la masculinidad”. Pág 67-78. En Revista Costarricense de la Psicología. No 24. 1996

- Sandino Segnini, Carlos. "El paciente homosexual y la psicoterapia". Universidad Autónoma Monterrey. II cuatrimestre. 2000.

- Shifter, Sikora Jacobo. "Amor de machos". Segunda edición. San José, Costa Rica. ILPES. 1998.

- Shifter, Sikora Jacobo. "Ojos que no ven"... ILPES. Segunda edición. San José, Costa Rica. 1998.