



# UNIVERSIDAD JUÁREZ AUTÓNOMA DE TABASCO

“ESTUDIO DE LA DUDA ACCIÓN DE LA FE”

División Académica de Ciencias Sociales y Humanidades

Tesis:

## **ADOPCIÓN DE NIÑOS POR PAREJAS CASADAS DEL MISMO SEXO.**

Que para obtener el grado de

**MAESTRÍA EN DERECHO**

Presenta

**Yordi Alexander Albarenga Pérez**

Asesor:

**DR. José Antonio Morales Notario**

Villahermosa, Tabasco, Noviembre 2019.



DIRECCIÓN

No. de Oficio. DACSyH/CP/4898/2019  
Villahermosa, Tabasco a 12 de noviembre de 2019  
Asunto: Modalidad de Tesis

LIC. YORDI ALEXANDER ALBARENGA PÉREZ  
EGRESADO DE LA MAESTRÍA EN DERECHO  
PRESENTE

En atención a su solicitud de autorización de modalidad de titulación, me permito comunicarle que con fundamento en el artículo 69 fracción III del Reglamento General de Estudios de Posgrado vigente, se aprueba que pueda titularse mediante la **modalidad de tesis** con el trabajo recepcional "Adopción de niños por parejas casadas del mismo sexo", para la obtención del grado de Maestría en Derecho.

Sin otro particular, hago propicia la ocasión para saludarlo afectuosamente.

ATENTAMENTE  
"ESTUDIO EN LA DUDA. ACCIÓN EN LA FE"  
D.A.C.S. y H.

DR. FERNANDO RABELO HARTMANN  
DIRECTOR



DIRECCIÓN

C.c.p. Archivo  
DRA. FSH/arc



DIRECCIÓN

No. de Oficio. DACSyH/CP/4897/2019  
Villahermosa, Tabasco a 12 de noviembre de 2019  
Asunto: Autorización de Impresión de Tesis

LIC. YORDI ALEXANDER ALBARENGA PÉREZ  
EGRESADO DE LA MAESTRÍA EN DERECHO  
PRESENTE

Con fundamento en el artículo 71 del Reglamento General de Estudios de Posgrado vigente y en atención a la tesis titulada "Adopción de niños por parejas casadas del mismo sexo", para obtener el grado de Maestra en Derecho, la cual ha sido revisada y aprobada por su asesor el Dr. José Antonio Morales Notario y la Comisión Revisora, me permito comunicar a usted que se **autoriza la impresión de la misma**, a efectos de que esté en posibilidad de presentar el examen respectivo.

Sin otro particular, hago propicia la ocasión para saludarlo afectuosamente.

ATENTAMENTE  
"ESTUDIO EN LA DUDA. ACCIÓN EN LA FE" DACSyH.

DR. FERNANDO RABELO HARTMANN  
DIRECTOR



DIRECCIÓN

C.c.p. Archivo  
DRA.FSH/arc

## CARTA AUTORIZACIÓN

El que suscribe, autoriza por medio del presente escrito a la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, para que realice tanto física como digitalmente la tesis de grado denominada **“Adopción de Niños Por Parejas Casadas del Mismo Sexo”**, de la cual soy autor y titular de los derechos de autor.

La finalidad del uso por parte de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco de la tesis antes mencionada, será únicamente para difusión, educación y sin fines de lucro; autorización que se hace de manera enunciativa mas no limitativa, para subirla a la Red Abierta de Bibliotecas Digitales (RABD) y a cualquier otra red académica con la que la Universidad tenga relación institucional.

Por lo antes manifestado, libero a la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco de cualquier reclamación legal que pudiera ejercer respecto al uso y manipulación de la tesis antes mencionada y para los fines estipulados en este documento.

Se firma la presente autorización en la ciudad de Villahermosa, Tabasco, el día 22 del mes de noviembre del dos mil diecinueve

AUTORIZO

Yordi Alexander  
Albarena Pérez

MTRO. YORDI ALEXANDER ALBARENGA PÉREZ

TESISTA

## DEDICATORIA

El presente trabajo está dedicado a todas aquellas personas que creyeron en mí, a las que confiaron que no los defraudaría cuando elegí ser licenciado en derecho, todas las personas a las que no les falle cuando depositaron en mis sus esperanzas para llegar a este momento de mi vida.

A mi padre, quien, pese a que es una persona con una personalidad y una manera de ser muy distinta a la mía, sé que en el fondo de su alma yo soy lo más importante y valioso de su vida. Sé que, para él, el día más feliz de su vida fue cuando yo llegue al mundo. Se lo dedico a mi padre, pues ha sido gracias a sus esfuerzos, sus luchas, sus noches de desvelos, y a su trabajo incansable, tuve la oportunidad que muchas personas quisieran o quieren tener, la oportunidad de estudiar una carrera, a él le debo la oportunidad de haberme convertido en la persona que soy ahora.

A mi madre, quien ha sido mi brazo fuerte en los momentos malos, buenos, de alegría y de tristeza, mi guía cuando he necesitado un consejero, quien me instruyo para caminar en un camino lleno de piedras y poder levantarme cuando me tropezara con una.

Mi abuela, quien me enseñó que la razón por la cual los abuelos comprenden mejor a los nietos, se debe a que ellos ya vivieron aquello que les falta por vivir a los padres, ninguna persona tiene un hijo sabiendo ser padre/madre, eso es algo que te enseña la vida a lo largo de muchos años de experiencia. Mi abuelo, quien siempre fue un segundo padre, la persona que siempre está a mi lado como un amigo y compañero.

Al maestro, aquella persona que dedico su labor para hacer de mí un estudiante, la mejor herencia que un maestro puede dejar a sus alumnos es su legado, la transmisión de todos los conocimientos que le es posible difundir.

Por último y por ello menos importantes a todas aquellas personas que dicen lo que piensan, tener la libertad de expresarse también implica tener el valor para hacerlo, muchas personas se callan lo que sienten por temor a lo que opinen los demás. La verdadera libertad/esclavitud de las ideas y la expresión de estas, están en el pensamiento de cada persona, y solo es libre aquella persona que no se limita para decir lo que quiere decir.

---

## Índice

---

### Capítulo 1.- Conceptos generales

- 1.1.- Adopción
  - 1.1.1- Naturaleza jurídica
  - 1.1.2- Adopción simple y adopción plena
  - 1.1.3. El proceso legal de adopción
- 1.2.- Adopción de menores
- 1.3.- Filiación
- 1.4.- Concepto de familia
  - 1.4.1.- Paternidad
  - 1.4.2.- Maternidad

### Capítulo 2.- Derecho superior del menor adoptado

- 2.1.- Derecho del menor a integrarse a una familia
- 2.2.- Derecho a alimentos y a la seguridad social.
- 2.3.- Derecho a una vida digna y desarrollo integral

### Capítulo 3.- Derecho de la adopción por Parejas del Mismo Sexo

- 3.1.- Antecedentes generales de la adopción por PMS
- 3. 2.- La no discriminación por cuestión de preferencia sexual.
- 3.3.- El derecho humano de los homosexuales a adoptar.
- 3.4.- Derecho comparado de los menores adoptados con el derecho de las PMS a adoptar.
- 3.5.- Consecuencias del derecho de adopción por PMS

### Capítulo 4.-Derecho Comparado

- 4.1.- Adopción por parejas del mismo sexo en el derecho internacional.
- 4.2.- La Adopción en los países europeos.
- 4.3.- El Derecho comparado con los Estado Unidos de Norte América.

4.4.-Criterios de la Corte Europea de Derechos Humanos en materia de familia homoparental, adopción e interés superior del menor.

4.5.- Criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Universidad Juárez Autónoma de Tabasco.  
México.

---

## INTRODUCCIÓN

---

El presente tema de investigación es de interés, dado la complejidad de su naturaleza hablar de adopción por parejas del mismo sexo en un país tan conservador como lo es México implica un reto para todo investigador, se debe dejar atrás el criterio personal “religioso”, prejuicios morales. La ignorancia es el cáncer de una sociedad, la intolerancia provocada por la falta de cultura y educación es la causante que la humanidad se autodestruya mediante la discriminación.

La adopción desde sus orígenes religiosos, jurídicos, después evoluciona a conceptos laicos, como una figura del derecho, el cambio de las instituciones encargadas, las facultades y obligaciones que cumple la adopción como un elemento de la sociedad y la familia. Los diferentes puntos de vista de muchos autores que han conceptualizado la adopción, los propósitos iniciales de esta figura jurídica.

La comunidad LGBT es constantemente objeto de abuso, burlar y violaciones a sus derechos, el atraso educativo en México provoca una mentalidad demasiado ignorante, apegada a conceptos mediocres provenientes de la doctrina religiosa, la cual impide el avance cultural, la aceptación de la diversidad sexual de las personas. La discriminación afecta los derechos de los niños, quienes no se les permite aspirar a un hogar adoptivo por el simple hecho de tener padres homosexuales.

En el año 2009 se reformó el artículo 146 del código civil de la Ciudad de México, a raíz de una iniciativa presentada en la asamblea legislativa de la ciudad de México, la cual se resolvió mediante un juicio de garantías en el que la Suprema Corte de Justicia de la Nación fallo a favor de la institucionalidad del termino “matrimonio es la unión de un hombre y una mujer”, contrario a lo expuesto por el artículo 1 constitucional, el cual expresa el derecho a la igualdad entre todas las personas.

La ley regulatoria de sociedades civiles de convivencia del Estado de Campeche que prohíbe la adopción fue declara inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia de la Nación al violentar de manera clara los artículos 1 y 4 constitucionales y la Convención Interamericana de Derechos Humanos, en los cuales se establece la libertad de tener la cantidad de hijos que se desee, casarse con la persona que se desee, la discriminación por el motivo que fuere.

Hacer la recopilación de ideas por medio de la investigación documental acerca de los elementos que componen la adopción, teórica, doctrinal y su significado en el aspecto jurídico, la función que cumple el Estado como intermediario de las partes, la protectora y tutelar de los intereses del adoptado.

Rescatar las ideas que muchos pensadores del derecho tienen sobre la adopción, el significado jurídico como relación artificial que emana del derecho del hombre, la evolución al grado de ser una relación que si bien es cierto no es biológica, si es natural al surgir de naturaleza del hombre, la libre voluntad de tener hijos. La resolución del juicio de inconstitucionalidad ante el alto Tribunal, la filiación de los hijos nacidos. Los elementos que diseñan y estructuran la adopción en el derecho, los mecanismos de control, el análisis doctrinario para el cumplimiento de las previsiones jurídicas, el objeto de integrar al menor desamparado en una nueva familia, la nueva realidad social sin perder la presunción legal.

Siguiendo el método de investigación cualitativa, al existir suficiente información y literatura del tema, se recurrió al método documental y bibliográfico, yendo de lo general a lo particular, la investigación se estructuró en los siguientes capítulos.

## CAPÍTULO 1.- CONCEPTOS GENERALES

### Sumario

1.1.- Adopción 1.1.1.- Naturaleza jurídica 1.1.2- Adopción simple y adopción plena 1.1.3. El proceso legal de adopción 1.2.- Adopción de menores 1.3.- Filiación 1.4.- Concepto de familia 1.4.1.- Paternidad 1.4.2.- Maternidad.

### 1.1.- CONCEPTO DE ADOPCIÓN

Uno de los primeros conceptos de adopción es el *adoptio est imago naturae*, del Código de Justiniano,<sup>1</sup> que conceptualiza la adopción como un modelo artificial creado por el derecho del hombre y por medio de la naturaleza. La paternidad fingida es artificialmente constitutiva de la relación paterno filial, y sitúa al hijo adoptivo en el mismo nivel y condición que el legítimo.<sup>2</sup>

En la antigüedad dicha figura tenía por objeto cubrir una necesidad de carácter religiosa, así mismo darle cumplimiento al culto doméstico. En las culturas clásicas hindúes, griegas y romanas, el no contar con descendencia, imposibilitaba para que alguien estuviese legitimado para llevar a cabo su banquete fúnebre. Adoptar, tenía como objeto garantizar que los antepasados tuvieran una placentera estancia en su nueva morada.<sup>3</sup>

La palabra adopción proviene del latín *adoptio, onem*, adoptar adoptare, de edad, *ad* y *optare*, que significa acción de adoptar o prohijar, desear.<sup>4</sup> Es un concepto utilizado desde la antigüedad, al igual que la mayoría de las instituciones jurídicas, la adopción surgió en Roma donde cumplió una función trascendental, jurídica y política-

---

<sup>1</sup> EL CORPUS IURIS CIVILIS o Código de Justiniano, es la compilación legislativa llevada a cabo por el emperador de Bizancio Justiniano I, edición completa publicada en 1583 por Dionisio Godofredo en Ginebra. BERNAL, BEATRIZ Y LEDESMA, JOSÉ DE JESÚS, *Historia del derecho romano y de los derechos neorromanos*, 5a. ed., México, Porrúa, 1992, p. 54

<sup>2</sup> MAGALLÓN IBARRA, JORGE MARIO, *Instituciones de derecho civil*, t. IV, 3 ed., Editorial: PORRUA, 2009.

<sup>3</sup> BARROSO FIGUEROA, JOSÉ, *La adopción efectuada por matrimonio homosexual*, México, UNAM, núm. 2, abril-junio de 2011, p. 55.

<sup>4</sup> DE IBARROLA ANTONIO. - *Derecho Familiar*, Editorial Porrúa, - México, 1980, p. 645

social. Constituía un recurso de caracteres religiosos y se daba a través de la iglesia,<sup>5</sup> por medio de leyes que permitían a aquellas personas que no podían procrear herederos naturales poder perpetuar su descendencia; de esta forma se aseguraba la continuidad del culto doméstico, así como la transmisión de los bienes que en vida fuesen del adoptante. La adopción representaba un modelo que implicaba la protección de las leyes del Estado, a diferencia de hoy que se contemplan leyes laicas alejadas del credo.

Un concepto no tan diferente enfocó a la adopción por medio de la creación de una relación jurídica de parentesco consanguíneo entre las dos personas, una llamada adoptada y otra adoptante, quienes no comparten un vínculo biológico de filiación.<sup>6</sup>

Es importante señalar que se distingue a la adopción de las demás fuentes del parentesco consanguíneo en razón que se trata de una relación construida por el derecho del Estado.<sup>7</sup> Un ejemplo de las principales diferencias que existen entre aquellos autores que definen este concepto es que se comienza a utilizar términos como la consanguinidad, pero comparten un punto de vista al definir la adopción como una relación no natural que no emana de la naturaleza humana sino de leyes que el propio ser humano crea para regir su conducta dentro de la sociedad.<sup>8</sup>

No sólo es una figura sino también un acto jurídico que se crea entre dos personas al establecer un vínculo de parentesco civil, del cual se derivan relaciones análogas a las que resulte la paternidad y filiación por naturaleza jurídica del Estado.<sup>9</sup> Por tanto, la adopción se conceptualiza como un acto de voluntad de las partes, manifiesta en la creación de una relación bilateral nacida por la disposición libre e independiente de las partes que conforman dicha relación.<sup>10</sup>

---

<sup>5</sup> La iglesia era quien llevaba en la antigüedad el control de natalidad, Cardenal Jiménez, Arzobispo de Toledo ordenó la introducción de registros que tenían que mantener con regularidad los párrocos. ESCOBEDO AGUIRRE, ANTONIO Y VÁZQUEZ DÍAZ, LOURDES, *El sistema de estadísticas vitales en México. Situación actual y perspectivas*, UNAM, México 2000

<sup>6</sup> Global Rights: Partners for Justice, *Cómo lograr credibilidad y fortalecer el activismo: una guía para la incidencia en temas de sexualidad*, 2010, Pág. 14.

<sup>7</sup> RICO ÁLVAREZ, FAUSTO, *De la persona y de la familia en el Código Civil para el D. F.*, México, Porrúa, 2006, p. 296

<sup>8</sup> RICO ÁLVAREZ, FAUSTO, *Derecho de familia*, Editorial: PORRUA / ELD, Edición: 3, año 2013, p. 47

<sup>9</sup> CASTÁN TOBEÑAS JOSÉ. *Derecho Civil Español común y foral*. Tomo I, Madrid Renu, 1976 p. 272

<sup>10</sup> ARTÍCULO 392. Del *Código Civil para el Estado libre y soberano de Tabasco*; El menor o el incapacitado que hayan sido adoptados, podrán impugnar la adopción dentro del año siguiente a la mayor edad o a la fecha que haya desaparecido la incapacidad.

Existen dos tipos de adopción: la plena y la simple. Y se describe como una institución de derecho familiar mediante la cual una persona (mayormente aquella que se encuentra en estado de vulnerabilidad) se integra plenamente al núcleo familiar de otra persona, además de que adquiriere todos los derechos y efectos jurídicos que produce la filiación biológica. Como regla general se rompen los vínculos jurídicos que este tenía con la familia anterior.<sup>11</sup> La adopción tiene un carácter de integración plena. Implica que cualquier relación referente al parentesco consanguíneo de la familia de origen del adoptado se extingue por completo; ya que éste último pasa a ser un integrante completo de la familia del adoptante o los adoptantes.

La adopción es considerada una rama del derecho civil, pues los actos de la voluntad son competencia del derecho privado, una institución en la cual no sólo intervienen las partes que los conforman (adoptado y adoptante), sino también el Estado (juez) como un intermediario entre las partes. La adopción es una institución del derecho privado fundada en un acto de voluntad del adoptante, nacida de la decisión de este bajo el amparo del juez del Estado, quien establece la filiación legítima entre dos personas y da fe de ser un acto de buena voluntad.<sup>12</sup>

Existen conceptos más recientes con respecto a la filiación. Desde un punto de vista laico, el modelo adoptivo debe estar separado de las tradiciones y de la religión. La adopción de un niño(a) ya no es una exclusividad de la familia tradicional formada por un hombre y una mujer que no puede tener hijos;<sup>13</sup> sino la manifestación de un deseo por parte de una pareja o una persona adulta de tener un hijo, un medio para la realización del deseo de ser padre o madre; se puede utilizar cuando por distintos motivos esta vía es elegida como una alternativa a la paternidad o maternidad biológica. Tiene diversas implicaciones legales, afectivas y sociales.

Conceptualmente la doctrina pretende explicar la adopción como un modelo jurídico que puede y debe estar al alcance de cualquier persona que tenga la voluntad

---

<sup>11</sup> PÉREZ MARTÍN CITADA POR DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, JORGE ALFREDO, *Derecho civil, familia*, 2a. ed., México, Porrúa, 2011, p. 578

<sup>12</sup> BORDA, GUILLERMO AR, *Tratado de Derecho Civil. Familia H*, Abeledo-Perrot, 1999, Pág. 197

<sup>13</sup> Ellis y Rowers, Colli Magaña Gretty Carolina, *Revista Electrónica de Psicología Iztacala*. Vol. 14, (3), UNAM. 2011

de ser madre o padre. Se puede concebir como un acto jurídico, acto del padre o de la madre de familia dirigido a agregar a su persona o a su familia una persona externa.<sup>14</sup>

La adopción es un acto jurídico solemne, en virtud de la voluntad de los particulares quienes hacen uso de su derecho para crear una relación filial entre quien(es) adopta(n), y quien(es) es (son) adoptado(s); dicha relación cuenta con la legalidad de las leyes y la conformidad de las autoridades.<sup>15</sup> El acto solemne se da a causa de la voluntad de quien integra el acto, siempre y cuando las partes lo estén haciendo de manera lícita ante una autoridad competente y con el respaldo de la ley del Estado.

En este aspecto, el contractualismo tiene un concepto más enfocado al modelo familiar. Para éste, la adopción es una manera de crear una familia, por lo que se resume a que ésta constituye un contrato de derecho de Familia destinado a establecer ciertos derechos y obligaciones entre adoptante y adoptado;<sup>16</sup> ambas figuras determinadas por la ley y similares a aquellas que existen entre los padres e hijos biológicos.

Es cierto que una persona no es lo mismo que un bien patrimonial, pero constituye un acto de voluntad pues nace del libre ejercicio de derecho de cada una de las personas, ello implica un beneficio bilateral. El concepto contractualista de adopción manifiesta que se trata de una institución creada con el fin de proteger a la familia y a la sociedad, especialmente a los niños en el entorno social.<sup>17</sup>

En otras palabras, la adopción es aquel vínculo filial creado por el derecho tutelado y los principios de constitucionalidad encontrado en la Constitución Mexicana, pues en la actualidad existe diversos modos de adopción entre las cuales se encuentran: la adopción simple, la plena, la internacional.<sup>18</sup> Por tanto, para comprender la adopción es necesario dejar claro que todos los trámites legales deben realizarse ante el juez de lo familiar de primera instancia; lo que se darán por concluidos en el momento que

---

<sup>14</sup> BONET RAMÓN, DUSI, LEHMANN, CALVENTO SOLARI, entre otros

<sup>15</sup> BONET RAMON, FRANCISCO, *Compendio de Derecho Civil*, t. IV, Derecho de Familia, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960, p. 6542.

<sup>16</sup> Ibidem Pág. 6550.

<sup>17</sup> Lang, Sabine, "Lesbians, Men-Women and Two-Spirits, in Blackwood and Wieringa, Evelyn and Saskia, *Female Desires: Same-sex Relations and Transgender Practices across Cultures*", Columbia University Press, Nueva York, 1999, Pág. 93.

<sup>18</sup> Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, capítulo décimo primero, la adopción, Pág. 131

cause ejecutoria la resolución del juez que conoce de la causa en el procedimiento correspondiente.<sup>19</sup>

Por ello, se puede concebir a la adopción como el estado jurídico mediante el cual el Estado confiere al adoptado el carácter de hijo del o de los adoptantes, y a éstos, los deberes y derechos inherentes a la relación paterno-filial.<sup>20</sup>

Como el vínculo filial creado por el derecho nace de las voluntades de las partes que lo conforman como un acto voluntario de aquellos que tienen el derecho de hacerlo, se destaca el punto de vista emocional, pues la adopción supone la incorporación de un menor a la familia y generar en éste nuevos vínculos afectivos, se trata una relación amplia en el carácter emocional del niño y sus padres adoptivos que debe crearse para que exista una verdadera relación paterno filial y se desarrollen los roles. Cuando ese vínculo se establece de forma sana, en el niño se genera seguridad y confianza.<sup>21</sup>

Se puede conceptualizar la adopción tomando como referencia estudios realizados por otros países como España, que define la adopción como aquella institución por medio de la cual nacen relaciones de carácter civil paternal entre dos personas, semejantes a las que tienen lugar en la filiación legítima,<sup>22</sup> ambas personas adquieren el carácter de padre/hijo al igual que en los casos de hijos biológicos.

La perspectiva histórica jurídica considera la adopción como una imitación de la naturaleza desde la más remota antigüedad. Ejemplo de ello es el “*Adoptium inmatatur naturam*”.<sup>23</sup> Por lo que es claro que existe una variedad de pensamientos con diferentes conceptos, que toman en consideración que esta palabra nació con un punto de vista religioso y posteriormente fue evolucionando hacia el campo jurídico que es

---

<sup>19</sup> ARTÍCULO 730 Del *Código Civil para el Estado libre y soberano de Tabasco*. Rendidas las justificaciones que se exigen en este código y obtenido el consentimiento de las personas que deban darlo conforme al Código Civil, el Juez de primera instancia resolverá dentro del tercer día lo que proceda sobre la adopción.

<sup>20</sup> Barroso Figueroa, José, op. cit., Pág. 57.

<sup>21</sup> Ídem

<sup>22</sup> FEDERICO PUIG PEÑA, *Tratado de derecho civil español, tomo II, derecho de familia, vol. II, paternidad y filiación*, Madrid. 1972 p.170

<sup>23</sup> LA FILIACIÓN BIOLÓGICA CONSTITUYE EL MODELO A CUYA IMAGEN SE CREAN LOS VÍNCULOS «ARTIFICIALES» DE FILIACIÓN ADOPTIVA: “PARA CREAR UNA SITUACIÓN SEMEJANTE A LA JURÍDICO-NATURAL, LA RELACIÓN CREADA DEBE SER SEMEJABLE A LA NATURAL”, ELIMINANDO CUALQUIER VÍNCULO JURÍDICO PREEXISTENTE CON LOS PROGENITORES BIOLÓGICOS DEL ADOPTADO. DE PINA, RAFAEL. *Derecho Civil Mexicano Vol.03*, Editorial: PORRUA, 2005 P. 366

donde actualmente se encuentra, y que en la actualidad pretende llegar a un nuevo concepto menos cerrado a la realidad.

Al ser un acto solemne que nace de la voluntad de los particulares, se necesita el permiso de la autoridad competente, la cual crea una relación entre dos personas, análoga naturalmente extraña a las de la filiación legítima.<sup>24</sup> Existe una gran diversidad de investigadores definen a la adopción como el acto jurídico por medio del cual se recibe como hijo a aquella persona con la que no se tiene ninguna relación biológica, después de haber cumplido con los requisitos y solemnidades que establece la ley para adherir como descendiente al que no lo es naturalmente.<sup>25</sup> Concepto que manifiesta que el valor parental que se crea o nace del acto jurídico que realizan dos personas ya que en este caso no existe una relación natural que establezca la unión de estas dos personas.

La adopción es un acto jurídico que tiene por objeto el crear una relación bilateral entre el adoptante y adoptado, de ello nacen los mismos derechos y obligaciones de ambas personas,<sup>26</sup> lo que origina la filiación natural entre padre e hijo, por lo que le da una connotación de acto jurídico mixto que se constituye por la intervención de uno o varios particulares y uno o varios funcionarios públicos, pues es este último quien funge como fedatario de las intenciones que atienden al particular en su interés por adoptar.

Se puede conceptualizar no sólo un acto sino una figura jurídica, mediante la cual se terminan los vínculos paterno-filiales o de parentesco de un menor con su familia de origen para trasladarlos a una familia adoptiva.<sup>27</sup>

Dicho de otra manera, se puede definir a la adopción como la figura que tiene como finalidad no terminar, sino crear nuevos vínculos paternos entre un menor con una nueva familia; esto con el objetivo de velar por el interés superior del menor y brindarle seguridad jurídica; ya que ante el Estado de derecho gozará de todas y cada

---

<sup>24</sup> DE IBARROLA ANTONIO CITANDO A DUSI, *Derecho de Familia*, Editorial: PORRUA, Edición: 05, Año: 2011 p.352.

<sup>25</sup> BAQUEIRO ROJAS, EDGARD Y ROSALÍA BUEN ROSTRO BÁEZ, *Derecho de familia*, Ed. Oxford, México, 2008. P 248.

<sup>26</sup> ROJINA VILLEGAS RAFAEL, *derecho Civil Mexicano*, Tomo II. *derecho familiar IV*, Edición Porrúa, 2008 P 158

<sup>27</sup> GONZÁLEZ MARTIN NURIA. *La Adopción en México*. Ediciones Nostra, 2012 p.11 y 12

una de las garantías otorgadas por el solo hecho de tener un reconocimiento por parte del ascendiente.<sup>28</sup>

Un acto de libertad que constituye un estado filiatorio entre dos personas, se logra fuera de los vínculos de sangre, a través de un proceso especial, para todo efecto, pasa a formar parte de la familia de los adoptantes, como hijo de estos y se desvincula en forma total de su familia biológica respecto de la cual ya no le corresponderán derechos ni deberes. Es parecido decir que la adopción es el “estado jurídico mediante el cual se confiere al adoptado la situación de hijo del o de los adoptantes, y a éstos, los deberes y derechos inherentes a la relación paterno-filial”.<sup>29</sup> La adopción es el vínculo filial creado por el derecho, pues surge única y exclusivamente por voluntad de aquella persona que sea el titular de los derechos que confiere a la persona adoptada.

La adopción es la fuente del parentesco civil y la función que desempeña dentro de un sistema jurídico es su razón social. Nace entre el adoptante y el adoptado al hacer pasar la patria potestad sobre el hijo adoptivo, dejando subsistentes la relación, derechos y obligaciones de parentesco consanguíneo que éste tenga con sus ascendientes naturales. En el fondo tiene la finalidad de dar una apariencia de verdad a la ficción del legislador.<sup>30</sup> Es la relación jurídica de filiación entre dos personas que no son biológicamente parientes; la adopción es una relación que se crea por el derecho para aquellas personas que no comparten relación biológica, ni por afinidad, progenitor (padre o madre) e hijo.<sup>31</sup> Dicho concepto considera que la adopción nace de una relación jurídica que otorga un carácter aun cuando biológicamente no se cuente con un carácter filial.

### 1.1.1.- NATURALEZA JURÍDICA

---

<sup>28</sup> Ibidem. Pág. 16.

<sup>29</sup> MARÍA DE MONTSERRAT PÉREZ CONTRERAS. *Derecho de Familia y Sucesiones*. Nostra ediciones 2010, p.131.

<sup>30</sup> De Pina, Rafael, *Derecho civil*, Porrúa, México, 2012, p. 363

<sup>31</sup> MONTERO DUHALT SARA *Derecho de Familia*, Ed. Porrúa, México, 1987, p. 320.

En sus orígenes, la adopción fue creada por los pueblos antiguos con el propósito de beneficiar a aquellas personas que a la falta de descendencia pudieran continuar con sus estirpes y heredar sus bienes.<sup>32</sup>

Para reglamentar la adopción el Código napoleónico retomó al derecho romano, bajo una idea individualista y pensando como un contrato entre el adoptante y el adoptando, se redactó en forma auténtica por el tribunal francés.<sup>33</sup> Solo se permitía la adopción de mayores de edad, pues sus efectos se limitaban a la transmisión del nombre y del patrimonio.

No es sino hasta 1923 que en Francia la adopción se extiende a menores de edad. Posteriormente se produce un cambio con la Ordenanza del 23 de diciembre de 1958 en la cual se cambia la configuración de la adopción, pasando a la imagen que la adopción en una institución desligada de todo contrato y resultante primordialmente de una decisión judicial.<sup>34</sup> En un principio la denominación de contrato fue aceptada debido a que satisfacía las necesidades de la época.

La adopción tiene como prioridad el interés superior del menor, este se encuentra en posición prevalente frente al derecho del adoptante/adoptantes.<sup>35</sup> Esta figura exige que el Estado asegure que los niños se convertirán en adultos, crezcan en un contexto familiar que les garantice un cuidado, un sustento y una educación.<sup>36</sup>

El Estado salvaguarda los derechos de los adoptados por medio un sistema legal, garantiza su desarrollo en un ambiente sano, representando su mejor calidad de vida, asegura que el juzgador en el caso concreto de la adopción, valore cuidadosamente la actualización de los supuestos normativos, estos se apegarán a todos

---

<sup>32</sup> Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México <http://biblio.juridicas.unam.mx>. DR © 2013.

<sup>33</sup> DÍEZ-PICAZO, LUIS Y GUILLÓN, ANTONIO, *Sistema de derecho civil, derecho de familia*, 10a. ed., Madrid, Tecnos, 2001, vol. IV, p. 276

<sup>34</sup> CHÁVEZ ASENCIO, MANUEL F., *La adopción*, México, Porrúa, 1999, p. 3.

<sup>35</sup> CÁRDENAS MIRANDA, ELVA L., "México y la adopción", en Barriguete M., Armando J. et al., *Adopción en el siglo XXI: actualidades internacionales en el estudio multidisciplinario de la adopción, un modelo franco-mexicano*, México, Embajada de Francia-Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, 2000, p. 169.

<sup>36</sup> SAJON, RAFAEL, *Derecho de Menores*, Edit Abelado-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1990, Pág. 439.

los elementos necesarios para que se proteja el interés superior de la niñez, especialmente aquella que se encuentre desvalida (calle).<sup>37</sup>

La naturaleza jurídica de la adopción ha variado con el transcurso del tiempo y según las distintas legislaciones de cada lugar. Cuatro de las concepciones a su respecto son la contractual, acto condición, institucional, relación jurídica.<sup>38</sup> Para el caso de la legislación mexicana actual, la teoría que la acoge la considera una institución del derecho de familia. Desde el aspecto netamente jurídico, uno de los temas para analizar es: ¿realmente el Código Civil admite la posibilidad que una pareja pueda adoptar a un menor? ¿Llena esa pareja los requisitos que hacen procedente la adopción? La interpretación jurídica en lo referente a la reforma del código civil sostiene que la meta a seguir es conducir a la legislación a solucionar la negatividad existente.

La adopción como un contrato solemne, es aquel que está sometido a la aprobación judicial por medio de un contrato, crea una relación análoga entre dos personas, de esta nace la filiación legítima, a lo que se llama un acto jurídico (generalmente un contrato) crea una relación ficticia/civil entre dos personas de paternidad y filiación.<sup>39</sup> La teoría contractual no perduró, a medida que los fines políticos de las instituciones cambiaron, surge la necesidad de un cambio, la idea que una adopción es un simple acto de voluntad de las partes en un contrato difiere, a diferencia de la adopción el contrato tiene un fecha de terminación, con la mismas voluntad de las partes se puede terminar.

La adopción no puede ser un contrato, el contrato es aquel acto que de crea y se termina por la voluntad de las partes mientras que la adopción no tiene terminación ni fecha de vencimiento. La idea de la adopción como un contrato resulto insuficiente, al no poder tener como objeto de contrato a un ser humano.<sup>40</sup>

La teoría de la institución manifiesta que la adopción es una institución jurídica solemne perteneciente al orden público, por medio de la creación de un vínculo

---

<sup>37</sup> VALLES AMORES, MARÍA LUISA, *La adopción*, exigencias subjetivas y su problemática actual, Madrid, Dykinson, S. L., 2004, p. 83

<sup>38</sup> MAZEAUD, HENRÍ Y LEÓN Y OTROS, *Lecciones de Derecho Civil*, Parte 1ª Volumen III, Edit. Ediciones Jurídicas, Europa-América, Buenos Aires, Argentina, 1976, Pág. 553.

<sup>39</sup> HENRI CAPITANT, jurista francés, *Cours élémentaire de Derecho Civil* (1914-1916 Ambroise con Colin)

<sup>40</sup> Ídem

semejante a aquel que existen entre padre o madre unidos en legítimo matrimonio y su hijo, dos personas que pueden ser extrañas una de la otra.<sup>41</sup>

La idea de contrato para la adopción no es aceptada en la actualidad al no estar reglamentada para todos los efectos, formas y manera. Se trata de un conjunto de disposiciones legales ordenadas, que reglamentan la adopción y no tiene una fecha de caducidad o terminación. Desde este punto de vista puede decirse que la adopción es una institución de naturaleza mixta, un acto voluntario bilateral y judicial a la vez.<sup>42</sup>

El poder Estatal señala que el acto jurídico que da lugar a la adopción es la intervención del Estado, el cual es el único que puede dar fe y legalidad al acto. Sólo éste está facultado para que, en el caso de la ausencia de los padres, pueda dar su consentimiento y entregar un niño en adopción; el vínculo jurídico entre adoptante y adoptado es consecuencia de la aprobación judicial.<sup>43</sup> La naturaleza jurídica de la adopción es un acto jurídico mixto, en el que intervienen la voluntad de varias personas y el Estado representado por un juez, el cual, por medio de las aplicaciones del conocimiento en derecho da la aprobación legal que le concede el Estado, para crear el vínculo jurídico dentro del marco legal.

El problema de la naturaleza jurídica de la adopción ha variado con el transcurso del tiempo, retomar las cuatro grandes concepciones: a) La Contractual; b) Acto Condición; c) Institucional, y; d) Relación Jurídica.<sup>44</sup> Es importante observar que, en nuestra legislación actual la única teoría que tiene acogida es la institucional, en específico la que considera a la adopción como una institución del modelo de familia, pero para efectos de análisis haremos referencia, en este ítem a las demás teorías, pues si bien es verdad que la adopción es un tema jurídico, su área más específica, adecuada para resolver una situación legal es la rama del derecho familiar.

### **TEORÍA CONTRACTUAL.**

Esta teoría manifiesta que la adopción es un contrato, se refleja la voluntad de las partes que lo formulan, presentado dos formas en específico, una se denomina

---

<sup>41</sup> Biblioteca virtual del Instituto de Investigación Jurídica de la UNAM.

<sup>42</sup> HENRI, JEAN, LEÓN, francois Mazeaud, *derecho Civil*, Librería La Candela, España, 1997, Editorial: Zavalía.

<sup>43</sup> Al respecto mencionamos, por obviedad, el mismo señalamiento en GONZÁLEZ MARTÍN, NURIA, *Familia internacional en México: adopción, alimentos, sustracción, tráfico y trata*, México, UNAM Porrúa, 2009

<sup>44</sup> ARÉVALO, RAFAEL DAVID., *La Adopción en El Salvador*, Tesis, Universidad de El Salvador, septiembre de 1998, San Salvador, El Salvador, Pág.5.

amplia, todas las condiciones bajo las cuales se constituye la protección quedan a la libre voluntad de las partes. Y otra más limitada, algunas condiciones y efectos que produce el contrato de adopción son señaladas en la ley, la cual indica qué formalidades debe cumplir el contrato de aceptación para tener validez.<sup>45</sup> Para el caso de la legislación actual del Estado nótese que nuestra normativa familiar no es un contrato, la ayuda no habla de un bien patrimonial sino de un ser humano que pasa a formar parte de la vida de otro.

La adopción como un contrato solemne, pero a diferencia de uno común se agrega a este, que es un acto jurídico.<sup>46</sup> La salvaguardia es un tratado concluido entre el adoptante y el adoptado, esta corriente también tiene otras consideraciones para el patrocinio, como un acto de dos personas que lo desean es un acuerdo formal que debe ser aprobado por la justicia. Cabe distinguir según la teoría contractual, la adopción es un acto jurídico que crea entre las partes relaciones civiles de paternidad/filiación, también se acepta la creación de ciertos lazos de parentesco semejantes a los que provienen de la filiación legítima.

### **TEORÍA DEL ACTO DE CONDICIÓN.**

Esta teoría nos dice que la adopción es un acto jurídico especial; sostiene que adoptar es un suceso legal sometido a formas particulares, por medio de las cuales las personas interesadas ponen en marcha un movimiento para aprovechar la institución de la aceptación. Es un acto de naturaleza jurídica inherente de la persona. Se crea a partir del derecho propio de cada individuo.<sup>47</sup>

Refiriéndose a los episodios similares procedentes al contractualismo, la adopción es una serie de actos jurídicos, hasta cierto punto asimilable a los contratos, pero en su totalidad es un modelo propio de este. En el derecho como en el orden natural existe actos de condición entre los hechos de voluntad de las personas, tipos intermedios que difícilmente entran en los términos rígidos de una clasificación,<sup>48</sup>

---

<sup>45</sup> Citados por SAJON, RAFAEL., Op. Cit., Pág. 440.

<sup>46</sup> BOSSERT, GUSTAVO A. Y ZANNONI, EDUARDO A., *Manual de Derecho de Familia*, Sexta Edición Actualizada, Edit. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2004. Pág.481.

<sup>47</sup> Biblioteca Virtual del Instituto de Investigación jurídica de la UNAM.

<sup>48</sup> BOSSERT, GUSTAVO A. Y ZANNONI, EDUARDO A., Op. Cit., p. 484.

entre estos actos de condición, se marcan las pautas de la adopción que confieren a la persona una situación jurídica especial, por el sólo hecho de prestar su consentimiento.

Concluyendo que según esta teoría la adopción no es un tipo de contrato, sino un acto jurídico bilateral más complejo, al comprender las condiciones es un acto de voluntad que si bien es cierto afecta a ambas partes, el derecho de una persona está por encima de otra, pero es esta quien tiene la decisión de llevar a cabo dicho la acción, porque dicha faena no implica un bien material sino un bien jurídico protegido que es el interés superior del menor, por lo que no se puede asemejar con su totalidad a un contrato sino a un acto jurídico bilateral.<sup>49</sup>

### **TEORÍA DE LA INSTITUCIÓN.**

Para explicar esta teoría es necesario hacer una subdivisión en tres nociones independientes, derecho privado, derecho de familia y derecho de menores.<sup>50</sup>

La teoría de la institución de derecho privado defiende en su tesis que la adopción es una institución de derecho privado; se funda en el acto de voluntad del adoptante y nace de la sentencia del juez en virtud de la cual, se establece una relación análoga entre dos personas, de la que surge la filiación matrimonial.<sup>51</sup>

Análogamente pero no idéntica, existen diferencias entre los contratos y las instituciones, al no existir especulación en la adopción como tampoco cálculos de beneficios; adoptante y adoptado son parte de la relación bilateral pero no se encuentran en una relación de igualdad, todo lo cual es característico de los contratos. Entre las instituciones y los contratos existe un consorcio, los intereses de ambos son parecidos, coincidentes y no opuestos. Entre ellos existen una comunión, no una concurrencia; sus relaciones están basadas en la jerarquía lejos de desenvolverse en un plano de igualdad, sus derechos y obligaciones no están fijados por la voluntad de las partes, sino que surgen de la ley y la disciplina.<sup>52</sup>

### **LA TEORÍA DE INSTITUCIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA.**

---

<sup>49</sup> MENÉNDEZ DE ARGUMEDO, MARCELA., El Proceso de Adopción visto desde el que hacer de la Procuraduría General de la República, Tesis, Universidad Matías Delgado, junio de 1993, San Salvador, El Salvador, Pág. 64.

<sup>50</sup> Revista de Derecho Privado, Cuarta Época, año II, núm. 3, enero-junio 2013

<sup>51</sup> Ibidem Pág. 440.

<sup>52</sup> FALCÓN, ENRIQUE M, *Derecho Procesal Civil, Comercial, Concursal, Laboral y Administrativo*. Tomo II, Primera Edición, Edit. Rubinzal-Culzoní Editores, Buenos Aires, Argentina, 2003, Pág. 2

La adopción es vínculo que se crea mediante una institución, el derecho de familia descansa en el derecho público al crear un estado de familia. El carácter de adopción como una institución proviene como consecuencia de un conjunto de reglas determinadas por el legislador, esta teoría afirma que la adopción no surge de una relación igualitaria sino jerárquica, donde el adoptado tiene un deber de obediencia y de respeto hacia el adoptante, quien manifiesta su voluntad de establecer la relación parental con el adoptado.<sup>53</sup> Esta institución no se contrapone a los intereses de ninguna persona, la solicitud de adopción procura el beneficio de ambos.

Esta teoría afirma que adopción es aquella que surge para durar indefinidamente, para perpetuarse para siempre, a diferencia de un contrato no tiene término de vigencia. Esta teoría manifiesta su rechazo a la teoría contractual, rechaza que la adopción sea un tipo de contrato, no se concibe un contrato donde se pacte sobre el futuro y la vida de una persona, sobre la constitución de un grupo personas, pues el correcto desarrollo integral de una persona es una cuestión de carácter público, que debe estar siempre regulado por la ley.<sup>54</sup>

El bienestar de las personas, su nivel de vida, no puede ser materia de un contrato como tampoco los efectos legales de la adopción, el contrato se crea por la voluntad de las partes mientras que la institución familiar de la adopción se produce por la sentencia constitutiva, la relación jurídica entre adoptante y adoptado.<sup>55</sup>

La teoría de institución manifiesta que la adopción es una institución del derecho de familia, si bien se origina en la voluntad individual tiene un carácter de orden público, se gobierna bajo un estatuto/régimen jurídico reglado por el Estado, las partes prestan su conformidad con el procedimiento en aras de lograr la sentencia respectiva. Esto también significa renunciar al libre actuar, no se puede hacer de manera espontánea sino mediante la órbita que la ley señala, de acuerdo con las rigurosas normas que el derecho positivo determina, al aceptar el estatuto o régimen

---

<sup>53</sup> Citada en CALDERON DE BUITRAGO, ANITA Y OTROS, *Manual de derecho de familia*, Centro de Información Jurídica, San Salvador, 2006, Pág. 516.

<sup>54</sup> GIAMMATTEI AVILÉS, JORGE ANTONIO Y OTROS, *Fundamentos Constitucionales e Internacionales del Derecho de Familia en Centroamérica*, Managua, Nicaragua, Septiembre 1996, Pág. 32

<sup>55</sup> Ídem

jurídico se somete a una norma y a sus consecuencias.<sup>56</sup> Esta teoría es la más concorde con el desarrollo de la sociedad actual, contemporánea y conciliatoria con las tendencias que inspiran a nuestras garantías constitucionales sobre el derecho a la familia, tales como el funcionalismo social y los principios de solidaridad e igualdad.

### **INSTITUCIÓN DEL DERECHO DE MENORES.**

De acuerdo con esta teoría la adopción es una institución enfocada a proteger los derechos de los menores, tiene como regla general el proteger el bien orgánico de aquellas personas que no han cumplido la mayoría de edad, comprenden una serie indefinida de relaciones derivadas de un hecho fundamental, considerado como punto de partida/base la defensa de aquellos derechos de carácter inherente a la persona como es el caso de los menores de edad que se encuentran en estado de vulnerabilidad e indefensión.<sup>57</sup>

La legislación moderna y los instrumentos internacionales nos hablan del derecho que tienen los niños a tener una familia, así como a crecer y desarrollarse en un ambiente familiar, la protección del menor se ha vuelto un derecho superior en la legislación actual, su defensa integral, recalificar al concepto de adopción, por ello la prioridad del Estado es protección de los menores sin importar cuál sea el origen de este.<sup>58</sup>

### **TEORÍA DE LA RELACIÓN JURÍDICA.**

Esta teoría se vincula a las concepciones de naturaleza procesal, la adopción vinculada a la naturaleza procesalista es una relación jurídica, por voluntad de las partes se deriva un vínculo de familia, resultando una combinación de las partes interesadas, uno prevalente o protegido y otro subordinado, el protegido se refiere al menor de edad quien debe ser salvaguardado, el adoptante quien es subordinado a la protección y el amparo de dicho menor de edad. Por consiguiente, se afirma que la adopción engendra una verdadera relación jurídica entre las partes que intervienen, es provocada por la voluntad de estas; la adopción es una acción que instaure la relación jurídica de un

---

<sup>56</sup> Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, capítulo primero, la familia, Pág. 21

<sup>57</sup> GÓMEZ PIEDRAHITA, HERNÁN, *Derecho de Familia*, Edit. Temis S.A., Santa fe de Bogotá, Colombia, 1992, Pág. 288

<sup>58</sup> Ídem

procedimiento y la actividad de las partes, estas con una sentencia. El sustento de esta teoría nos habla que la naturaleza de la adopción es aquella que emana de una relación jurídica entre el adoptado y adoptado.<sup>59</sup>

Desde sus inicios la adopción es una figura jurídica sujeta a diferentes cambios con el paso del tiempo, el conjunto de normas que la regulan debe ser interpretado en armonía con el contexto legal prevaleciente al momento de su creación, a efecto de respetar los elementos lógico y sistemático de la aplicación. Si las normas vigentes no se aplican a la realidad actual, se obtiene una solución inadecuada al entorno, al no estar profundizada en la historia del concepto de adopción desde sus inicios.<sup>60</sup>

Si analizamos profundamente los antecedentes descubriremos que en la antigüedad inicialmente la adopción era un modelo de esclavitud con derechos sobre los adoptados. Con el nacimiento de los derechos humanos hoy en día podemos entender que las principales consecuencias de la adopción es el nacimiento de derechos y obligaciones recíprocas entre el adoptado y el adoptante, sus ascendientes,<sup>61</sup> un ejemplo de ello es el de proporcionar alimentos, la asunción de la patria potestad sobre el menor, por parte del adoptante, en su ausencia, de los abuelos, paternos/maternos.

La adopción tiene como naturaleza el equipararse al hijo consanguíneo para todos los efectos legales, incluyendo los impedimentos de matrimonio”,<sup>62</sup> la naturaleza de la adopción es que el adoptado tenga en la familia del adoptante los mismos derechos, deberes y obligaciones del hijo consanguíneo. Si analizamos estos que encontramos la normativa vigente para la adopción, de manera irreflexiva e inflexible, con estricto apego al texto, sin considerar lo que el sentido común aconseja, nos daríamos cuenta que la adopción plena es algo más compleja, al hablar de los mismos derechos de consanguinidad se refiriere aquellos individuos con quienes se tiene un parentesco consanguíneo, la cual para el caso de un menor adoptado resulta contradictorio pues este no tiene consanguinidad con su hermano (impedimento para el

---

<sup>59</sup> Vid. CITADO POR SAJON, RAFAEL., Op. Cit., Pág. 446

<sup>60</sup> Ibidem, Pág. 450.

<sup>61</sup> El elemento sistemático, escribe Savigny, se refiere a la conexión interna que enlaza a todas las instituciones y reglas jurídicas dentro de una magna unidad. Este plexo se halla lo mismo en el contexto histórico que en la mente del legislador; y, por consiguiente, no conocemos por completo su pensamiento

<sup>62</sup> O'CALLAGHAN, XAVIER, “Compendio de derecho civil”, *Derecho de Familia*, 5a. ed., Madrid, Eder sa, 2001, t. IV, p. 251.

matrimonio). Es necesario analizar ambas figuras (el adoptado y la adoptante) para poder darnos cuenta que la adopción tiene una naturaleza jurídica aplicable a los derechos de los adoptados (derechos de los menores) por encima de los derechos de los adoptantes.

La resolución del juicio de inconstitucionalidad 2/2010 del pleno SCJN dio como resultado el acceso de los cónyuges/concubinos del mismo sexo a la figura jurídica de la adopción,<sup>63</sup> la posibilidad que una PMS también pueden formar una familia, el criterio que si dichas parejas están casadas también pueden adoptar, es insostenible no tener derecho a formar una familia. La protección constitucional no se limita a un modelo/estructura familiar, una costumbre conservadora, tiene una conceptualización de gran amplitud que da puerta abierta a una cultural más avanzada. no puede declarar que la adopción por PMS sea un acto jurídico que afecta el interés superior del menor o ponga en peligro a este. Cualquier argumento en esa dirección conduciría a utilizar un razonamiento dado por el artículo 1 de la constitución federal, el cual especifica que cualquier acto de discriminación no tiene cabida en el derecho mexicano. Para ser más exacto dicho artículo prohíbe la discriminación de las personas por sus preferencias sexuales o por cualquier otra razón que atente contra la dignidad humana.

El diccionario de la real lengua española define al matrimonio como la unión perpetua de un hombre y una mujer, con arreglo al derecho o como el sacramento por el cual una pareja se liga permanentemente, con acomodo a las prescripciones de la iglesia. Hace referencia a “marido y mujer”. Es la unión legal de dos personas de distinto sexo, realizada voluntariamente, con el propósito de convivencia permanente, a “el fin de perpetuar la especie y ayudarse, prestarse asistencia de manera mutua”.<sup>64</sup>

Se llama canónico al matrimonio celebrado con arreglo al código de derecho canónico; tiene carácter de obligatorio para quienes profesan la religión católica. Es un sacramento, pero también un contrato que tiene por fin la procreación y educación de los hijos, remediar la concupiscencia o promiscuidad, esta figura posteriormente

---

<sup>63</sup>. Acuerdo del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, MINISTRO PONENTE: SERGIO A. VALLS HERNÁNDEZ, 2010, Tema: Matrimonio del mismo sexo.

<sup>64</sup> DE PINA VARA, Rafael. DICCIONARIO DE DERECHO, Porrúa.

evolución con la separación de la iglesia del Estado, pasando de una etapa canónica a un Estado laico de derecho, el concepto de hombre y mujer violentaba la igual, el respeto a la diversidad que existente.<sup>65</sup>

### 1.1.2.- SIMPLE Y PLENA

Durante el imperio justiniano surgieron dos tipos de adopción: la plena realizada por un ascendiente del adoptado, en la que éste se sometía a la potestad del adoptante y quedaba desligado a de su familia de origen. La *adoptio minus plena* realizada por un extraño al adoptado, quedando éste vinculado a su familia natural, no salía de ella ni de la potestad del pater familia, pero de la relación con el padre adoptante adquiría derechos sucesorios.<sup>66</sup>

La adopción simple es aquella en la que no crea ningún vínculo jurídico entre el adoptado y la familia del adoptante, ni entre este y la familia de aquel. Este vínculo jurídico se crea únicamente entre el adoptante y el adoptado, los padres del adoptante no serán los abuelos del adoptado como tampoco los hermanos del adoptante serán los tíos del adoptado, no habrá relación entre las familias de ninguna de las dos partes, salvo para aquellos casos en los que es un impedimento para contraer matrimonio con un ascendiente y descendiente del adoptante.<sup>67</sup> La adopción sólo se puede constituir cuando se conozca la familia biológica del adoptado, con quien no se ropa la relación consanguínea que existe entre esta y el adoptado.<sup>68</sup>

La doctrina dice que la adopción simple es un acto bilateral que requiere la voluntad y el consentimiento del adoptado y el adoptante. Si el adoptado es menor lo representa alguna otra persona mayor de edad o para el caso que no exista lo represente el ministerio público. Se asemeja al matrimonio, porque en este las partes se adhieren por un acuerdo de voluntades a una institución de la cual emana una filiación cuyos lineamientos ya están fijados con anterioridad.<sup>69</sup> Este tipo de adopción se caracteriza

---

<sup>65</sup> Biblioteca Virtual del Instituto de Investigación Jurídica de la UNAM.

<sup>66</sup> CHÁVEZ ASENCIO, MANUEL F., op. cit., Pág. 116.

<sup>67</sup> La adopción de mayores de edad será tratada en el capítulo de Innovaciones en materia de adopción.

<sup>68</sup> PLANIOL-RIPERT-ROUAST, *Tratado práctico de derecho civil francés*, t. II, p. 793, citado en Zannoni, Eduardo, op. cit. Pág. 575.

<sup>69</sup> BRENA SESMA, INGRID, *Las adopciones en México y algo más*, México, UNAM, 2009. P 44.

primordialmente porque el adoptado no deja de formar parte de su familia de origen, se conservan todos sus derechos en esta y no adquiere parentesco (derechos y obligaciones) alguno con los familiares de quien lo adopta.

La segunda modalidad definida como adopción plena, es aquella en la cual se crea una relación no sólo entre los adoptantes y el adoptado, sino también con la familia consanguínea del primero, extinguiendo el parentesco de la familia del segundo. La adopción plena crea los mismos vínculos jurídicos que ligan a los padres con los hijos biológicos, una nueva relación con la familia del adoptante que se extiende al adoptado, los menores o incapaces pasan a formar parte de la familia consanguínea de sus padres adoptivos. Para todos los efectos legales se extingue el parentesco con la familia de origen.<sup>70</sup> A la adopción plena le son aplicables las normas de parentesco genético, es un requisito ser una pareja que se encuentre casa legalmente.

La mayor diferencia entre ambas figuras es que en la adopción simple sólo se crea una relación entre adoptado y adoptante, sin crear ningún vínculo con la familia de este último, el menor nunca extingue el vínculo parental con su familia de origen.<sup>71</sup>

En la adopción simple lo único que se trasfiere al adoptante es la maternidad/paternidad del adoptado, sin romper ni crear nuevas relaciones familiares diferentes a las que tiene consanguíneamente, mientras que en la adopción plena se pierde todo lazo parental con su familia de origen, se pasa a formar parte de una nueva familia al crear nuevos derechos y obligaciones. Se forma el vínculo familiar como un hijo biológico de los padres adoptivos, los padres de los adoptantes serán abuelos del adoptado, los hermanos serán tíos, los hijos de los hermanos serán primos.<sup>72</sup>

La adopción no sólo se crea por el acuerdo de voluntades de las partes. Esta nace de una resolución, por medio de un proceso legal seguido ante la autoridad competente (la adopción es un acto judicial). La misma doctrina manifiesta que en la adopción plena admite la ficción de establecer una filiación parental semejante a la biológica,<sup>73</sup> el menor adquiere los derechos y obligaciones de un hijo no sólo frente sus

---

<sup>70</sup> Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

<sup>71</sup> Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, capítulo primero, la familia

<sup>72</sup> Tapia Ramírez, Javier, *Derecho de Familia*, Editorial Porrúa, México, 2013, Pág. 342

<sup>73</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, Madrid, Dykinson, 2007, p. 56.

padres adoptivos sino también frente a toda la familia de estos (abuelos, hermanos, tíos, hijos propios), paralelamente se extinguen los derechos y obligaciones que el menor tenía con su familia biológica, ningún miembro de la familia biológica del adoptado conservara parentesco alguno con este.

La adopción simple la pueden realizar aquellas personas que sean mayores de 25 años, haciendo uso de su derecho se pueden adoptar a una o a más personas. También se puede adoptar aquella que se encuentre en estado de vulnerabilidad aun si esta es mayor de edad, si el adoptante es quince años mayor que el adoptado, y este se encuentra de acuerdo.<sup>74</sup>

La adopción es plena siempre que se trate de una pareja que tenga como mínimo cinco años viviendo juntos, como cónyuges, o vivir en unión libre siempre que no exista impedimento para que se casen. El menor se incorpora a la familia del adoptante como hijo legítimo al conferirle el mismo apellido, obligación de parentesco de la filiación consanguínea.<sup>75</sup> Es un requisito indispensable estar casados y vivir públicamente como pareja, o en caso de ser concubinos tener dada promesa de compromiso/matrimonio. El hijo debe ser menor de edad, un niño abandonado o de padres desconocidos, ser pupilo en casa de cuna o instituciones similares, ser producto de un embarazo logrado como consecuencia del empleo de inseminación artificial de una madre sustituta que haya convenido con los presuntos padres darlo en adopción, los padres adoptivos deben tener suficientes recursos económicos y medios bastos para proveer la formación y educación integral del adoptado.<sup>76</sup>

### **La adopción simple**

La adopción simple es aquella que regula el nexo por el que se establece un vínculo filial entre el adoptado y el adoptante, da origen al parentesco civil. También se le denomina adopción simple, pues el adoptado solo adquiere la filiación de ser hijo de una persona, sea esta hombre o mujer.<sup>77</sup>

---

<sup>74</sup> Artículo 381 de *Código Civil del Estado de Tabasco*, México. CAPITULO VII. DE LA ADOPCIÓN. SECCION PRIMERA. DE LA ADOPCIÓN SIMPLE, Quiénes pueden adoptar.

<sup>75</sup> Artículo 398 de *Código Civil del Estado de Tabasco*, México. CAPITULO VII. DE LA ADOPCIÓN. SECCION SEGUNDA. DE LA ADOPCIÓN PLENA, Efectos

<sup>76</sup> Artículo 399 de *Código Civil del Estado de Tabasco*, México. CAPITULO VII. DE LA ADOPCIÓN. SECCION SEGUNDA. DE LA ADOPCIÓN PLENA, Requisitos.

<sup>77</sup> MERCHANTE, FERMÍN RAÚL, *La adopción*, Buenos Aires, Ediciones De palma, 1987, pp. 45 y 46.

En esta figura se reconoce al menor como hijo legítimo del adoptante, en la que la relación de parentesco sólo se establece entre el primero y el segundo. El menor adoptado no tiene ningún vínculo con los parientes de la persona que lo adopta. La adopción simple es aquella en la que se transfiere la patria potestad, así como la custodia personal, sólo origina vínculos jurídicos entre el adoptante y el adoptado.<sup>78</sup>

Cabe recordar que, de conformidad con la Convención de los Derechos del Niño, hablar de adopción simple o plena significa el derecho del niño a tener una familia y todo aquello que lo beneficie, que afecte su situación, su bienestar físico mental, así como su integridad personal.<sup>79</sup>

Congruente con esto la adopción simple establece que sólo podría tener lugar en el caso, el menor no podrá ser adoptado por más de una persona. Para que dicha adopción surta efecto deberá dar su consentimiento quien ejerza la patria potestad sobre el niño adoptado. Para el caso de no haber ninguno de los padres vivo dará su consentimiento quien sea el tutor del menor, o en su caso quien se presuma haya acogido al menor que se pretenda adoptar, lo traten como hijo cuando no hubiere quien ejerza la patria potestad sobre él ni tenga tutor. En última estancia será el ministerio público quien otorga su consentimiento para darle efecto al acto jurídico.<sup>80</sup>

Para aquellos casos en los que el menor tenga más de doce años, también este deberá dar su consentimiento.

La adopción simple también contempla aquellas personas que sean mayores de edad, si esta es de beneficio para el adoptado. En casos especiales una persona soltera que tenga más de 25 años de vida puede adoptar a otra persona que sea mayor de edad, hacerla heredera, de cuidados de largo plazo, de formalizar una relación de progenitor

---

<sup>78</sup> Ídem

<sup>79</sup> Artículo 8, 9, 10, 21 inciso a, b, c de *La Convención sobre los Derechos del Niño*, firmado en 1989; Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y:

a) Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario

<sup>80</sup> ARTÍCULO 385.- de *Código Civil del Estado de Tabasco, México*. CAPITULO VII. DE LA ADOPCIÓN. SECCION PRIMERA. DE LA ADOPCIÓN SIMPLE Quiénes deberán consentirla

a hijo, la única regla es ser 15 años mayor que el adoptado, en este caso se oirá a las dos personas que otorgaron su consentimiento.<sup>81</sup> Cuando su domicilio no sea conocido se oirá al ministerio público.

En el caso que exista una causa para revocar la adopción, el menor de edad podrá impugnarla dentro del año siguiente al cumplimiento de la mayoría de edad o el desaparecimiento de la incapacidad.<sup>82</sup> Si el adoptado es mayor de edad, ambas partes pueden convenir hacer la revocación del acto, si no lo fuese, dará su consentimiento aquella persona que dio su consentimiento para hacer la adopción.

En el caso de ingratitud por parte del adoptado, el juez podrá decretar revocada la adopción, si se convence a este de la espontaneidad con que se solicitó la revocación, el juez analizara si es conveniente para los intereses morales y materiales del adoptante. La resolución judicial que revoque la adopción deja sin efecto la anterior, sus consecuencias a partir del día en que se dictó hacen cesar el parentesco civil creado por la misma.<sup>83</sup>

La Ingratitud se refiere a que el adoptado haya cometido un delito que amerite más de un año de prisión, o en su caso cometa un delito que se persiga de oficio, si tiene alguna conducta en contra del adoptante, en este último supuesto que la ley señale como delito, en caso que se negara a dar alimentos al adoptante que ha caído en la pobreza.<sup>84</sup>

### **La adopción plena**

La adopción plena es aquella filiación que admite la ficción semejante a la biología, da al adoptado los derechos y obligaciones de un hijo consanguíneo, no sólo frente a los padres adoptivos sino también frente aquellos familiares de estos, se extinguen totalmente las atribuciones y obligaciones que el menor tenía con su familia biológica.<sup>85</sup>

---

<sup>81</sup> GONZÁLEZ MARTÍN, NURIA, *Familia internacional en México: adopción, alimentos, sustracción, tráfico y trata*, México, UNAM-Porrúa, 2009

<sup>82</sup> Ídem

<sup>83</sup> Vid. Código Civil del Estado de Tabasco, artículo 392, 393, 394.

<sup>84</sup> Ídem

<sup>85</sup> CAPITULO VII DE LA ADOPCIÓN, SECCION SEGUNDA DE LA ADOPCIÓN PLENA, del Código Civil del Estado de Tabasco.

La adopción plena es una práctica adecuada para proveer, proteger y garantizar el derecho del menor a una familia, por su integración social, familiar, su desarrollo físico y su calidad de vida,<sup>86</sup> atiende la Convención sobre derechos del niño, la convención interamericana sobre conflicto de leyes en materia de adopción de menores, y la convención sobre la protección de menores y la cooperación en materia de adopción internacional.

La adopción plena es una institución que originalmente se destinó para los menores abandonados. Esta limitación fue quedando en desuso para alcanzar otras situaciones.<sup>87</sup> Se equipara al hijo consanguíneo para todos los efectos legales, incluyendo los impedimentos de matrimonio. El niño tiene los mismos deberes y obligaciones del hijo consanguíneo, debe llevar los apellidos de los adoptantes, ante la ley tiene todas las atribuciones de los consanguíneos.<sup>88</sup> Otorga a los padres adoptivos y a la familia de éstos, los mismos deberes y obligaciones que el parentesco por consanguinidad y/o afinidad, el adoptado pasa a formar parte no sólo de la familia conformada por sus padres sino también por todas aquellas personas que tengan un grado de parentesco consanguíneo o político con dichos padres.

La adopción plena implica la extinción de los vínculos jurídicos con la familia de origen, excepto en aquello que se refiere a los impedimentos para contraer matrimonio o para la sucesión legítima en su beneficio.<sup>89</sup> Es irrevocable una vez que causa ejecutoria la resolución dictada, originando un nuevo estado civil que no puede ser contradicho por nadie, con excepción cuando se podría perder, limitar o suspender la patria potestad por las causas establecidas en la ley.<sup>90</sup>

Sólo cuando el adoptado tenga la mayoría de edad podrá conocer sus antecedentes familiares, y las autoridades le garantizarán el acceso a esa información,

---

<sup>86</sup> Bonnacase, Jullien, Elementos de derecho civil, t. I, pp. 303 y 304, citado en Zannoni, Eduardo, op. cit., Pág. 616.

<sup>87</sup> D'ANTONIO, DANIEL HUGO, *Derecho de menores*, 3a. ed., Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo De palma, 1986, p. 257.

<sup>88</sup> BENA SESMA, INGRID, "*Personas y familia*" en varios autores, Enciclopedia jurídica mexicana, 2a. ed., México, UNAM-Porrúa, 2004, t. XII, pp.720-722.

<sup>89</sup> ARTÍCULO 403, de Código Civil del Estado de Tabasco, México. CAPITULO VII. DE LA ADOPCIÓN. SECCION SEGUNDA. DE LA ADOPCIÓN PLENA, Efectos

<sup>90</sup> ARTÍCULO 402, de Código Civil del Estado de Tabasco, México. CAPITULO VII. DE LA ADOPCIÓN. SECCION SEGUNDA. DE LA ADOPCIÓN PLENA, Efectos

e igualmente serán las instituciones de resguardar bajo la más estricta confidencialidad los datos referentes a la familia de origen, esto en caso que el adoptado deseara conocer a su familia de origen. Si el menor continúa siendo menor de edad y desea saber esta información durante deberá contar con el consentimiento de los padres adoptantes. Significa que una persona no puede ser adoptada simultáneamente por varios salvo que la adopción se haga por una pareja casada.<sup>91</sup>

**Concepto antes de la reforma del 2009 del código civil para la ciudad de México, para adopción de parejas que están casadas.**

El artículo 146 indica que el matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada. Debe celebrarse ante el juez del registro civil y con las formalidades que esta ley exige”.<sup>92</sup>

El artículo antes mencionado especificaba que únicamente las parejas heterosexuales “hombre y mujer” podían contraer matrimonio, sólo estas aspiraban a adoptar plenamente al hijo que quisiera, las PMS solamente podían adoptar de manera muy remota, bajo la figura de la “adopción simple”. El juicio promovido por el procurador general de justicia con motivo de la inconstitucionalidad 2/2010, dio como resultado que el pleno de la SCJN declarara válida la reforma al artículo 146 del código civil de aplicable para el distrito federal. Con ello se aprobó el matrimonio de PMS, anteriormente dicho artículo hacia locución del término matrimonio “hombre y mujer”.<sup>93</sup> Entre los principales argumentos se señala que la dignidad humana es un derecho fundamental, superior y reconocido por el sistema jurídico mexicano, derivado del derecho a la libertad.

---

<sup>91</sup> Vid. ARTÍCULO 403 BIS. - Código Civil Del Estado de Tabasco, Título Octavo Bis De la Protección Contra la Violencia Familiar

<sup>92</sup> Código Civil del distrito federal, artículo 146

<sup>93</sup> Acción de inconstitucionalidad 2/2010. Procurador General de la República. 16 de agosto de 2010. Mayoría de seis votos. Disidentes: José de Jesús Gudiño Pelayo, Luis María Aguilar Morales, Sergio A. Valls Hernández, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Juan N. Silva Meza. Ponente: Sergio A. Valls Hernández. Secretaria: Laura García Velasco.

El libre desarrollo de la personalidad es aquella que se da sin importar cuales sean las preferencias sexuales, políticas y religiosas, el derecho de todo individuo a elegir de forma autónoma cómo vivir su vida, su forma de ser, la libertad de casarse o no, con qué persona se desea compartir una relación, lo que comprende y lo que quiere entre otras expresiones; la libertad de procrear o adoptar hijos, decidir cuántos hijos se desea tener, la libertad de escoger la apariencia personal; así como su libre opinión de su sexualidad.<sup>94</sup>

La naturaleza humana es sumamente compleja, no se puede limitar a imponer la costumbre como la tela de la sociedad; se debe hacer de forma sencilla para facilitar la cultura universal al alcance de las grandes masas.<sup>95</sup>

Los aspectos de mayor importancia que caracterizan a la naturaleza humana es la sexualidad, la posibilidad de incorporarse a una familia como ser social, su proyecto de vida, la persona desee ser o no ser, tener comunicación con otra persona, ya sea de diferente o de su mismo sexo.<sup>96</sup> La orientación que se desee tener de una pareja es parte de la identidad personal: un elemento relevante en el proyecto de vida que no debe limitarse en la búsqueda de una imagen idónea para la sociedad, sino ampliarlo con el único fin que cada persona pueda alcanzar la felicidad y el bienestar emocional. También que entre los derechos fundamentales (fundamentales que cada persona tiene por su sola naturaleza de ser humano) se encuentra la identidad personal.<sup>97</sup>

El derecho de todo individuo a ser uno mismo (el de ser como uno quiere ser), en la conciencia propia y en la opinión de los demás, según sean sus caracteres físicos externas e internos, sus acciones, aquello que nos discierne ante la sociedad permiten identificarlo, ser uno mismo significa respetar que son a las diferencias aquello que hace único e irrepetible a un ser humano de otro, implica la identidad sexual, lo que se

---

<sup>94</sup> SCJN, Semanario Judicial de la Federación, 9ª época, tomo 32, 2010, p. 991, Pleno, ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 2/2010. MINISTRO PONENTE: SERGIO A. VALLS HERNÁNDEZ

<sup>95</sup> OEA, Asamblea General, Resoluciones tituladas Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género adoptadas en el 2009 (AG/RES. 2504), 2010 (AG/RES. 2600), 2011 (AG/RES. 2653), y 2012 (AG/RES. 2721). Resoluciones de la OEA tituladas Derechos Humanos, Orientación Sexual, e Identidad y Expresión de Género en los años 2013 (AG/RES. 2807) y 2014 (AG/RES. 2863)

<sup>96</sup> JURISPRUDENCIA, SCJN, Semanario Judicial de la Federación, 9ª época, tomo 32, 2010, p. 992

<sup>97</sup> DE OLIVEIRA NUSDEO, ANA MARÍA Y DE SALLES, CARLOS ALBERTO, "Adopción por homosexuales. El discurso jurídico", Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política. Derecho y sexualidades, Buenos Aires, Librería, 2010, p. 82.

proyecta frente a sí mismo y frente a la sociedad desde su perspectiva sexual, su preferencia u orientación sexual, se inscribe dentro de la autodeterminación de las personas e incide en el libre desarrollo de las mismas.<sup>98</sup>

La libertad de casarse con la persona que se desee amar para toda la vida, a ser el elemento que innegablemente determinará las relaciones afectivas y/o sexuales, personas de diferente o de un mismo sexo, la elección de con quién formar una vida común y tener hijos, si se desea hacerlo, o su caso adoptar hijos en aquellos casos que por razones de carácter biológico les sea imposible procrear hijos propios.<sup>99</sup>

Es innegable el respeto a la decisión de un individuo de unirse a otro, pues proyecta una vida en común. La relatividad de tener hijos o adoptarlos, deriva de la autodeterminación libre de cada persona, del derecho al libre desarrollo de la personalidad de cada individuo, como ser humano capaz de tomar sus propias decisiones.<sup>100</sup>

La SCJN estima que la orientación sexual de los contrayentes no es un elemento definitorio, son la constitucionalidad y la legalidad la institución del matrimonio, la preferencia sexual no es motivo/causa para prohibir la unión de dos personas. La SCJN reflexiona que la concepción social es el resultado de un momento histórico, donde existía el núcleo de la sexualidad, y no la esencia del matrimonio;<sup>101</sup> afirmando que la institución del matrimonio no puede estar encasillada a un concepto inmutable o petrificado, sino avanzar a una institución más abierta cultural y jurídica.

La transformación y evolución de las relaciones humanas han tenido como resultado al nacimiento paulatino de diversas formas de relación afectiva, sexual y de

---

<sup>98</sup> FLUITERS CASADO, RAFAEL, "Adopción por parejas del mismo sexo. Una perspectiva judicial", en Consejo General del Poder Judicial.

<sup>99</sup> ONU, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Adición: Misión a México, Christof Heyns, A/HRC/26/36/Add.1, 28 de abril de 2014, párr. 85, citado en Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género, A/HRC/29/23, 4 de mayo de 2015, párr. 26

<sup>100</sup> Ley 11/2001, de 19 de diciembre de Uniones de Hecho de la C.A.M. B.O.C.A.M

<sup>101</sup> Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Registro: 161411, Instancia: Pleno, Tesis Aislada, Tomo XXXIV, agosto de 2011, Tesis: P. XIX/2011, Página: 869

solidaridad mutua, lo cual aprueba redefinir un concepto tradicional y a la desvinculación de la función procreativa, como fin de este.<sup>102</sup>

El legislador decidió igualar las uniones de PMS a la par de las uniones heterosexuales, de esta forma pueden unirse legalmente para formar una vida en común y adquirir las/os consecuencias/derechos derivados de la vinculación legal, con el reconocimiento social de la unión la SCJN concluye que la reforma legal impugnada satisface una razonabilidad objetiva, de ningún modo contraviene el artículo 4 constitucional; subrayó que vivimos en un Estado democrático de derecho; se protege a la familia en todas sus formas. En la nueva realidad social las PMS pueden manifestarse, gozan de todas las garantías constitucionales que son la verdadera tela de la sociedad.<sup>103</sup>

El pleno de la Corte también afirmó que el concepto jurídico de familia es algo dinámico/social que no responde a un modelo específico o una estructura en especial. El matrimonio entre personas del mismo sexo tiene protección constitucional, no afecta el interés de terceras personas, muchos menos a la niñez desvalida. Sería insostenible/institucional poder contraer matrimonio y no a conformar una familia, sobre todo “cuando ello incide definitivamente en la protección de los derechos de la niñez, como crecer dentro de una familia, no ser discriminado o visto en condiciones de desventaja según el tipo de familia de que se trate.”<sup>104</sup>

### **Concepto que menciona el código civil para la Ciudad de México con las reformas 2009, parejas que están casadas.**

“Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el juez del registro civil y con las formalidades que estipule el presente código”.<sup>105</sup>

En el año 2009 se reformó el código civil de la Ciudad de México y se declaró la constitucionalidad de los matrimonios por PMS; se abrió las puertas para que estas

---

<sup>102</sup> Global Rights: Partners for Justice, Cómo lograr credibilidad y fortalecer el activismo: una guía para la incidencia en temas de sexualidad, 2010, Pág. 14.

<sup>103</sup> “Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho”. B.O.P.V. Viernes 23/5/2003.

<sup>104</sup> Jurisprudencia, SCJN, Semanario Judicial de la Federación, R. 161309 T/A, 9ª Época, tomo 34, 2011, p. 871

<sup>105</sup> Código Civil de la Ciudad de México, artículo 146

podrían aspirar a la adopción plena, implica que no sólo una sino ambas personas tendrán derecho como adoptantes sobre el menor que se quiere. Es discriminatorio vincular los requisitos del matrimonio con las preferencias sexuales, las predilecciones sexuales de las personas no son un condicionante, ni una inconstitucionalidad, no es la medida idónea para proteger a la familia, no cumple con la finalidad en la sociedad. Lo verberame inconstitucional es cualquier legislación interna que declare que el matrimonio es sólo entre hombre y mujer.<sup>106</sup>

La ley de cualquier entidad federativa consideraría que la finalidad del matrimonio es la procreación y/o la protección de la familia. Se definía como el contrato celebrado entre un hombre y una mujer, a consecuencia de ello hay muchos niños que se encuentra en grave estado de indefensión. Las parejas formadas por hombre/mujer no adoptan hijos, tiene la posibilidad procrear y prefieren tener hijos propios, una familia no se forma únicamente de una relación consanguínea entre ascendientes y descendientes, sino de aquella relación emanada de la convivencia de un individuo con otro.<sup>107</sup>

La discriminación por preferencias sexuales constituye un aspecto relevante, hacer la distinción en relación al fin que impera constitucionalmente, Las prácticas conservadoras son las que interrumpen el avance cultural de la sociedad. La finalidad del matrimonio no es la procreación, pues una pareja es libre de decidir el tener o no tener hijos (el matrimonio no tiene nada que ver con la procreación de una pareja), no tiene razón justificada que la unión matrimonial sea exclusivamente de un grupo en particular (heterosexual), ni que se enuncie como “entre un solo hombre y una mujer”.<sup>108</sup>

La mera expresión resulta discriminatoria, contrario a las garantías otorgadas por la carta magna. Está prohibida cualquier norma prejuiciosa, basada en la

---

<sup>106</sup> Ley sancionada el 21 de diciembre de 2009 introduce varias modificaciones al Código Civil y Procesal Civil, entre ellas el matrimonio igualitario. La constitucionalidad de esta normativa fue cuestionada ante la Corte Suprema de Justicia de México por una acción planteada por el procurador General de la República

<sup>107</sup> Trámite Parlamentario 086, del 30 de junio de 2010, presentado por los diputados María Luisa Storani, Eliza Beatriz Carca, Elsa María Álvarez, Sandra Rioboo, Jorge O. Chemes, María Virginia Linares, Hugo Castañón, Ricardo Alfonsín, Silvia Storni, Juan Francisco Casañas, Juan P. Tunessi y Horacio R. Quiroga.

<sup>108</sup> Ídem

orientación sexual de la persona. Ninguna decisión o práctica de la legislación interna se apega a derecho si atenta contra la dignidad de un ser humano, aquella ley que disminuye o restringe a un individuo por su orientación sexual violenta la igualdad de género. En ninguna circunstancia se puede negar o restringírsele a nadie un derecho (de convivir con la persona que se desee) con base sus sexual, “no es factible hacer compatible o conforme un enunciado que es claramente excluyente”.<sup>109</sup>

### 1.1.3.- EL PROCESO LEGAL DE ADOPCIÓN.

Toda persona que pretenda adoptar a un menor debe cumplir una serie de requisitos. El interesado tiene que manifestar por medio de una promoción su deseo de adoptar, en dicho fomento hará saber su nombre completo, su edad, su domicilio. Acompañado de un estudio médico psicológico, socioeconómico hecho por el sistema para el desarrollo integral de la familia del adoptante, el menor, padre o tutor. El nombre y la edad de la persona que desee adoptar, el nombre y edad del menor /incapacitado, el nombre y domicilio de quienes ejerzan la patria potestad o la tutela de la persona que desea adoptar, de no haber entonces el nombre y dirección de la institución pública que haya acogido el menor.<sup>110</sup>

La solicitud de adopción debe hacerse de forma personal por el interesado, acompañado de las pruebas necesarias, las cuales se recibirán sin dilación en cualquier día y hora hábil por el tribunal competente, el juzgador tiene la obligación de ratificar si cumple con todos los requisitos que marca la ley para darle trámite. Para aquellos casos en los que la solicitud se hiciere por medio de un representante o apoderado legal el juzgador tiene la obligación de no darle trámite.<sup>111</sup> En aquellos casos en los cuales un menor está en una institución pública, es obligatorio que se recabe constancia del tiempo de abandono, si el menor tiene menos de seis meses sin que se conozca algún

---

<sup>109</sup> Jurisprudencia, Semanario Judicial de la Federación, T/J 43/2015, 1ª Sala Constitucional Civil, 10ª época, tomo I, 2015, p. 536

<sup>110</sup> ARTICULO 729 *del Código De procedimientos Civiles del Estado de Tabasco*, CAPITULO III, ADOPCION, Requisitos de la adopción

<sup>111</sup> MOYA ESCUDERO, M., *Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores*, Granada, Comares, 1998, p. 44.

familiar solo tendrá el carácter de presunto adoptado, pero si el menor tiene más del plazo mencionado entonces será candidato a la adopción.

Existe una serie de contradicción entre las tendencias con respecto a la cantidad de requisitos necesarios para darle trámite a la adopción, una de ellos es la edad mínima, debe haber una mínima de edad como requisito, esto facilita y da mayor rapidez al trámite de adopción, beneficia al adoptado y adoptante.<sup>112</sup> La otra tendencia, manifiesta la necesidad de la mayor cantidad de requisitos posibles, estima la protección del menor, para impedir el tráfico ilegal de éstos y tener la certeza que resulta conveniente separar al menor de su familia de origen para incorporarlo a una nueva, además de asegurar la idoneidad del o de los adoptantes.

El artículo 729 del Código de procedimientos Civiles del Estado de Tabasco, expresa que quien pretenda adoptar, debe acreditar ante la autoridad competente los siguientes requisitos, el nombre y la edad del menor que pretende adoptar, el nombre y domicilio de quienes ejerzan la patria potestad sobre él menor.<sup>113</sup>

Recordaremos que, en el código napoleónico, el requisito de la adopción era que sólo permitía adoptar si el adoptado fuesen mayores de edad. En la tendencia moderna se busca que sean los menores de edad quienes puedan integrarse a una familia, de tal forma que puedan asimilar una nueva relación pater-filial. Es recomendable adoptar al niño a la edad más corta, pues mientras más temprana sea la edad del infante es mayor el índice de probabilidades que se integre a su nuevo hogar.<sup>114</sup>

Una vez que se rinden las justificaciones exigidas por el artículo 729 del Código De procedimientos Civiles, y obtenido el consentimiento de las personas que deban darlo conforme al mismo ordenamiento, el juez de primera instancia resolverá dentro de tres días lo que proceda sobre la adopción.<sup>115</sup>

Quienes pretendan adoptar deberán demostrar que son aptos para la adopción. Ser una persona acta implica aspectos económicos, carácter personal, salud física, salud mental para atender al menor, y la madurez emocional necesaria para criar a un infante

---

<sup>112</sup> CHÁVEZ ASENCIO, MANUEL F., op. cit., Pág. 53.

<sup>113</sup> ARTÍCULO 729 del Código De procedimientos Civiles del Estado de Tabasco

<sup>114</sup> LLOSA DE PÉREZ, ISABEL, "*Problemas de la adopción del hijo, frente a la pareja estéril*, Montevideo, 1957, t. III, p. 237.

<sup>115</sup> ARTÍCULO 730 del Código De procedimientos Civiles del Estado de Tabasco.

en forma sana y rodeada de afecto. Lo económico se refiere a que el adoptante deberá demostrar tener los recursos económicos necesarios para solventar la manutención del adoptando, el carácter personal implica el perfil psicológico de la persona que desea adoptar, la salud física y mental se refiere se refiere a declarar la idoneidad del adoptante, no sólo un criterio objetivo, sino que en el adoptante deben encontrarse en las mejores condiciones referidas a las necesidades del menor/incapacitado.<sup>116</sup>

#### Edad mínima

Por una reforma hecha el 17 de enero de 1970 se exigía ser mayor veinticinco años de edad para el adoptante; se pretendía una cierta madurez, o que éste se desinteresara del matrimonio por preferir atender exclusivamente al menor, por el temor que afectaría a éste la vida compartida con un posible cónyuge, o a parecer ante éste como una posible causa de futuras incomodidades o dificultades, “la presencia de ese tercero extraño a él en su eventual matrimonio”.<sup>117</sup> Cuando los adoptantes son cónyuges o concubinos, sólo uno de ellos tiene que cumplir con el requisito de la edad mínima, siempre y cuando la diferencia de edad de cualquiera de ellos y la del adoptado sea de diecisiete años como mínimo, es justificado “si la adopción se ha hecho para dar padre/madre legítimos a quien no los tiene, en aptitud de proveer para su normal desarrollo físico y ético, es lógico que se “exijan las condiciones necesarias para que tales efectos, se pueden producirse sin contradicción en los hechos”.<sup>118</sup> Es más adecuado para el bienestar del menor su apropiada integración a la familia adoptiva, establecer un mínimo de años de matrimonio/concubinato para la pareja, acceder a la adopción es la posibilidad que tener hijos propios, una estabilidad familiar.

#### Cualidades que deben acreditarse

1. Solvencia económica y moral.
2. Beneficio para el candidato a adopción

---

<sup>116</sup> Stilerman, Marta N. y Seplarsky, Silvia E., *Adopción. Integración familiar*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1999, p. 74.

<sup>117</sup> BAQUEIRO ROJAS, EDGARD, “*La adopción: necesidad de actualizar la institución en nuestro país*”, *Revista Jurídica*, Anuario de la Escuela de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México, t. II, núm. 2, julio de 1970, pp. 41-45.

<sup>118</sup> COLL, JORGE E. Y ESTIVILL, LUIS A., *La adopción e instituciones análogas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1947, p. 103.

3. Aptitud, que incluye no sólo las buenas costumbres del adoptante, sino también su estado de salud, origen étnico, entorno social, idoneidad, circunstancias que el juez debe valorar. El beneficio de la adopción

El requisito más importante es demostrar al juez de lo familiar el beneficio para el sujeto pasivo, algunos sectores de la doctrina discuten que, si sólo debe ser un remedio al desamparo en el que este se declara, o si puede tener además la finalidad de resolver situaciones personales concretas como la pobreza, o incluso permitir deshacer deberes paternos respecto de hijos no deseados. En este caso la adopción, es un remedio al desamparo del niño, puede ayudar a los menores, cuando debido a una situación específica de desempleo, miseria o enfermedad los padres no pueden o no quieren hacerse cargo de ellos.<sup>119</sup>

#### La resolución judicial

Es necesaria una sentencia donde el juez resuelva sobre la procedencia/improcedencia de lo solicitado por el adoptante. No se trata de un consentimiento del juez sino la facultad del Estado, una vez cumplidos los requisitos exigidos por la ley el juez deberá emitir una resolución, la cual debe estar fundada y motivada en la legalidad, no en cuestiones personales. La SCJN señala una dinámica social que demuestra que existe una gran diversidad, formas de integrar una familia; sea en forma nuclear, monoparental, extensa e, incluso, homoparental, estas siempre derivan de un proceso legal, es innegable que todas las parejas tienen la misma protección constitucional. No se le puede restar valor a un proceso legal (juicio) por no corresponder a un concepto tradicional. La redacción original del artículo 391 del Código Civil (es decir, la que tuvo a su promulgación en el año 1928), expresaba: “El marido y la mujer podrán adoptar cuando los dos estén conformes en considerar al adoptado como hijo”.<sup>120</sup> Aunque durante la vigencia de dicho Código fue reformado en dos ocasiones (D.O.F. de 17/I/70 y de 28/V/98), mantuvo la referencia a “el marido y la mujer”, al aludir a los posibles adoptantes. Obviamente, a las personas no unidas conyugalmente les estaba vedado adoptar.

<sup>119</sup> Citado POR BOSSERT, GUSTAVO A., op. cit., Pág. 41.

<sup>120</sup> Artículo 391 del Código Civil de la Ciudad de México, distrito federal.

Examinado minuciosamente el artículo 391 del código civil, cuando la adopción se lleve a cabo por más de una persona, se trate de cónyuges o concubinarios estos tienen que estar casados. En la reforma publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el 29 de diciembre de 2009,<sup>121</sup> no hace mención de este presente, sino del artículo 146 del mismo ordenamiento, antes de la mencionada reforma se define al matrimonio como “la unión libre de un hombre y una mujer...”; el texto modificado del artículo expresa que el matrimonio es “la unión libre de dos personas...”, suprime la aclaración relativa a la diferencia de sexo, se busca superar el obstáculo que impide la adopción, tal interpretación hasta ese momento era al propio, simplista y amañada, fue hasta el 11 de agosto del 2015 es cuando realmente se reconoce el derecho de adopción.

## 1.2.- ADOPCIÓN DE MENORES

La adopción de niños por PMS son aquellas que se realizan por una pareja formada por dos personas pertenecientes a un mismo sexo, tal es el caso de un hombre que mantiene una relación sentimental con otro hombre, una mujer que sostiene una relación con otra mujer. A este tipo de personas se les denomina PMS, están formadas por dos individuos que tiene una preferencia sexual hacia humanos de su propio género, forman una relación con otra persona igual a ella.<sup>122</sup> En muchos países del mundo las parejas casadas disfrutan de la protección del Estado, gozan de un derecho que ampara su relación marital, es una garantía exigible ante terceros, el Estado tiene la obligación de velar por la tranquilidad de las parejas casadas, estas pueden ejercer ciertos derechos, son exigibles en virtud del vínculo matrimonial.

Del latín adoptio, adopción es la acción de adoptar. Este verbo hace referencia a recibir como hijo al que no lo es biológicamente, con el cumplimiento de diversos

---

<sup>121</sup> Hoy ha desaparecido del Código Civil, la distinción entre adopciones simples y plenas, no subsistiendo sino un solo tipo de adopción que vendría a corresponder a la segunda, pero las adopciones efectuadas hasta antes de mayo de 1998 deben continuar regidas por su legislación contemporánea.

<sup>122</sup> ANDRÉS GIL DOMÍNGUEZ, “Constitución, familia y matrimonio” y aprobatoria de CARLOS H. VIDAL TAQUINI, “El matrimonio sólo es para el varón y la mujer”, título que habría quedado “desactualizado” a la luz de la ley 26.618.

requisitos y obligaciones que establece la ley.<sup>123</sup> Parejas que no han contraído matrimonio, las personas que viven en unión libre, en uniones de hecho, concubinatos no tienen las mismas condiciones que las personas casadas.

Los concubinatos son la posibilidad de formar una familia, las uniones de hombre y mujer o parejas de hombres y mujeres que viven como si fueran matrimonio.<sup>124</sup> La adopción debe concebirse como el acto jurídico que establece un vínculo de parentesco entre un menor de edad y dos personas con una relación análoga a la paternidad/maternidad, para que esta proceda la ley establece condiciones de fondo y de forma para el matrimonio/la unión marital,<sup>125</sup> para estar en condiciones de adoptar es necesario una edad mínima o máxima, la capacidad plena, el ejercicio del derecho, condiciones de fondo y representación de la adopción, dentro de las que hace referencia a una condición prejudicial, donde se demuestren justos motivos y ventajas para el adoptado, condiciones de madurez, consentimiento y condiciones de fondo al acto constituido, éste como un acto solemne.

La adopción de niños y formar una familia, está estipulado en diversas leyes como el caso del código civil, por lo regular únicamente contempla el término “parejas casadas de hombre y mujer”, hoy se utiliza el término “dos personas”.<sup>126</sup> Las PMS puedan adoptar como pareja casada, adoptar o adquirir los beneficios económicos dentro del apartado familiar, el seguro social y los servicios públicos. Adoptar es un derecho por el que luchan las PMS, comúnmente se les denomina lesbianas y gays, la modificación de la ideología familiar reconoce la personalidad jurídica que tiene la pareja conformada por dos personas del mismo sexo, la igualdad para con aquellas parejas que se forma por un hombre y una mujer. Muchos Estado de la república y países del mundo han hecho muchos avances jurídicos en los temas relativos a la custodia de los hijos, derecho a adoptar, las sucesiones, ser albacea, derechos

---

<sup>123</sup> Marcell Planiol, Georges Ripert, *Derecho Civil*. Vol. VIII. Oxford: México 2001 pp. 240-247

<sup>124</sup> GONZÁLEZ, MARÍA DEL MAR y LÓPEZ, FRANCISCA, “Familias homoparentales y adopción conjunta: entre la realidad y el prejuicio” en Consejo General del Poder Judicial, op. cit. Pág. 455.

<sup>125</sup> ídem

<sup>126</sup> PEREÑA VICENTE, MONSERRAT, “Filiación y constitución: contradicciones y tensiones entre la verdad biológica y los valores superiores de igualdad y libertad”, Derecho familiar constitucional, Puebla, 2016.

migratorios como adquirir la residencia permanente y/o la ciudadanía de la pareja, los hijos, la contratación y adquisición de seguros, entre otros beneficios.<sup>127</sup>

La sociología expresa que la adopción de niño no es una institución aislada sino una parte orgánica del proceso social, la productividad y reproductividad son parte de las dimensiones sociales, de los patrones culturales y los sistemas políticos".<sup>128</sup> El concepto de matrimonio por PMS es la ruptura de un paradigma históricamente muy largo, que siempre ha estado teñido o mediatizado por concepciones religiosas, ideas que se presumen como esencialistas, prejuicios discriminatorios. El tema de la adopción se debate en torno a la igualdad, se presenta el nivel de tensión más alto, posturas a favor y en contra, ambas afirman encontrarse sustentadas por sus fundamentos, estar a favor del interés superior del menor. Aquellos grupos opositores no sólo están en contra de la adopción sino de los matrimonios igualitarios, peor aún se resisten a que la relación filial se extienda a la concordancia paternal/maternal.<sup>129</sup>

Las nuevas generaciones comienzan a sumarse a favor de los matrimonios por PMS. La familia es la célula fundamental de cual emana la sociedad, varía según el concepto que cada persona tenga de esta, desde el punto de vista jurídico la adopción conjunta de menores por PMS varía en sus posiciones, pues el que dicha pareja adopte un niño que no tiene familia no pone en peligro la institución social de la familia,<sup>130</sup> protege a la sociedad para esta continúe evolucionando por medio de la adopción de menores.

El empirismo afirma que la homosexual atenta contra la familia, la doctrina tradicional indica que la familia solo emana de la procreación biológica de un hombre y una mujer.<sup>131</sup> La realidad social ha fortalecido una importante transformación en el concepto de adopción de niños, los cambios del estilo de vida han permitido apartar al modelo tradicional, evolucionar de un concepto anticuado a uno más amplio en el que prevalece el respeto de la diversidad cultural.

---

<sup>127</sup> GIBERTI, EVA, *Adopción siglo XXI. Leyes y deseos*, Buenos Aires, Sudamericana, 2010, p. 240.

<sup>128</sup> ANDRÉS OPPENHEIMER en el diario *La Nación* el 10 de agosto de 2010 (p. 3),

<sup>129</sup> TAMAYO HAYA, SILVIA, *El estatuto jurídico de los padrastros. Nuevas perspectivas jurídicas*, Madrid, Reus, 2009, p. 20.

<sup>130</sup> HUADE SÁNCHEZ, JOSÉ JAVIER, "La adopción por parejas del mismo sexo", en Consejo General del Poder Judicial, op. cit., pp. 306 y ss.

<sup>131</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA Y HERRERA, MARISA, "Matrimonio, orientación sexual y familias. Un aporte colaborativo desde la dogmática jurídica", *Revista La Ley*, 4 de junio de 2010, pp. 1 y ss.

En México, se ha ido modificando el patrón de la adopción de niños, una concepción tradicional se transforma en un concepto jurídico. La familia se ha definido como un grupo de valores, aun si no existe una relación consanguínea entre dos individuos si se establece una relación parental.<sup>132</sup> Durante los últimos años se han realizado diversos estudios de la adopción homoparental, se ha comprobado que es una comunidad de vida, si no existe la familia tampoco existe la sociedad, esta es la barrera que evita la extinción de toda civilización.

El artículo 391 del Código Civil federal podría parecer incontrovertible si se compara con la primera redacción del año 1928, la redacción de este artículo fue hecha cuando no se pensaba que en algún momento de la historia el matrimonio podría celebrarse entre dos personas del mismo sexo;<sup>133</sup> se tomó como referencia el matrimonio proveniente de matriz (útero femenina), originalmente no se elaboró para ser aplicado a una situación como la que se vive en la actualidad. El matrimonio se creó pensando que la única manera de tener hijos es por medio de la procreación. La SCJN determinó que el termino hombre y mujer contemplado en el artículo 146 del código civil federal, es un obstáculo para cumplir los requisitos establecidos por el artículo 391 (de la adopción) del mismo ordenamiento, la adopción por PMS va a beneficiar a los derechos del niño, dándoles la posibilidad tener una vida mejor. Una PMS puede dar una vida libre de carencias al menor que se encuentra en estado indefensión, no sólo evita una violación de los derechos humanos de las PMS sino del interés superior del menor (niño que está en la calle).

La familia homoparental se forma por medio de la convivencia orientada en el principio de la solidaridad, funciones afectivas y lazos emocionales.<sup>134</sup> La adopción

---

<sup>132</sup> Sólo a modo ilustrativo señalamos que el tema fue tratado en las Jornadas sobre Derecho de Familia realizada en Mendoza en 1998.

<sup>133</sup> Si bien el Código Civil de 1928 nunca definió al matrimonio, es evidente que daba por supuesto que sólo podía celebrarse entre personas de diferente sexo, como se deduce de la multitud de preceptos que aluden al “marido” y “la mujer”. Fue el Código de 2000 el que introdujo, en su artículo 146, una definición, en los siguientes términos: “Matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida en donde ambos se procuren respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos, de manera libre, responsable e informada”. Se trata de una definición infortunada por deficiente, debido a que la expresión “unión libre”, se ha opuesto tradicionalmente a la noción de matrimonio, que se entiende como una unión formal; lo que se quiso decir, seguramente, es que se trata de una unión libremente pactada, no de una unión libre.

<sup>134</sup> ZANNONI, E., *Adopción y homosexualidad*, Zeus, Colección Jurisprudencial, Rosario, Zeus, vol. 37 Pág., 132

homoparental es una comunidad enfocada a solucionar de forma directa la vida material/afectiva de sus integrantes, promueve la distribución/división del trabajo interno, actividades materiales que permiten la subsistencia de la niñez desvalida, el pleno desarrollo. La familia se conforma por un conjunto de personas que realizan una serie de actividades con un fin común, el bienestar de cada de sus integrantes, el intercambio solidario del fruto de las actividades productivas, la mutua compañía, el apoyo moral/afectivo, procurando el mejoramiento de las condiciones de vida, buscando alcanzar el desarrollo personal, la autodeterminación y la felicidad de cada persona.<sup>135</sup>

La adopción de niño es la muestra del cambio que se ha crecido con respecto a la imagen que tradicionalmente se tiene de los padres y los hijos, de todos aquellos que conforman un grupo. La declaración de derechos humanos defiende a la familia sin precisar su contenido, resguarda el bienestar de cada uno de sus integrantes, sin prejuicio de quienes sean las personas que forman la estirpe.<sup>136</sup> Adoptar es formar una familia, la ausencia de acción por parte del Estado trae como consecuencia la necesidad de modificar el marco jurídico de la adopción de niños. Muchos Estados difieren significativamente una adopción homoparental, la ciudad de México fue la primera entidad de la república en aprobar la a adopción por PMS, pero en menos de la mitad del resto de los Estado del país se fue desechado.<sup>137</sup>

Los distintos modelos que surgen en la vida cotidiana van determinando el concepto. El avenimiento de la adopción, familias ensambladas, mixtas, padres solteros por elección y las parejas homosexuales, obligan a revisar las posturas opositoras, estas son demasiado centralistas al no permitir la libertad de cognición, sumen a la sociedad en una serie de ideas mediocres y rezagadas a un sistema inquisitivo.<sup>138</sup>

---

<sup>135</sup> Estrella García-Rubio, LA ADOPCIÓN POR HOMOSEXUALES, Anuario de Psicología Jurídica, Volumen 14, año 2004. Págs. 81-98.

<sup>136</sup> CECILIA GROSMAN en el artículo sobre “El nombre de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales. Un recorrido por los caminos que se presentan. Propuestas de cambio”, en la obra colectiva en homenaje a la doctora Nelly Minyersky (Errepar, en prensa).

<sup>137</sup> CARBONELL, MIGUEL, *La reforma constitucional en materia de derechos humanos*, principales novedades, México, 18 de mayo de 2013.

<sup>138</sup> Trámite Parlamentario 086, del 30 de junio de 2010, presentado por los diputados María Luisa Storani, Eliza Beatriz Carca, Elsa María Álvarez, Sandra Rioboo, Jorge O. Chemes, María Virgina Linares, Hugo Castañón, Ricardo Alfonsín, Silvia Storni, Juan Francisco Casañas, Juan P. Tunessi y Horacio R. Quiroga

La configuración de una noción de familia homoparental resulta central al momento preciso de conceder la adopción, en realidad debe ser abierta a cualquier persona que los desee o mejor aún aquella persona que sea acta para ser adoptantes, téngase en cuenta que la estabilidad de la niñez es un elemento fundamental para cada caso concreto, lo que busca la adopción homoparental es darle al niño adoptado la oportunidad de integrarse a una familia, dicha familia debe ser aprobada por el Estado. De ello es la importancia que tiene la institución del matrimonio, “garantiza en mayor medida la preservación del núcleo familiar del adoptado”.<sup>139</sup>

La discriminación e ignorancia son las principales causas de la negativa al reconocimiento de la existencia de un nuevo modelo en México, ha provocado que no se “instituya” las bases de la familia homoparental. Se habla de familia nuclear (padre, madre hijos, primer matrimonio), como si ese fuese el único que existe, no es así, existen una gran diversidad.<sup>140</sup> Es una falacia hablar de una familia “normal”, la norma está ocupada por las familias alternativas, la familia uniforme no existe, es un estándar más entre todos los que existen.

Existe el fallo del 6 de agosto de 2003 muy interesante del juzgado de primera instancia de lo familiar 4ta nominación, provincia de Córdoba en Argentina, , “L.S.F Y A.C.P s/divorcio vincular.”<sup>141</sup>

Los hechos que motivaron la Litis y que resumimos son los siguientes: ante la adicción a las drogas que afectaba a la madre de dos niños menores, ambos progenitores acordaron que su tenencia fuera otorgada al padre. Transcurridos 5 años, la madre solicitó judicialmente la guarda de aquéllos, aduciendo que se había recuperado de sus adicciones y que la conducta sexual no convencional de su ex esposo, quien convivía con su pareja homosexual, aunque en habitaciones separadas, ponía en “peligro moral” a los niños.<sup>142</sup>

---

<sup>139</sup> *La orientación sexual, los padres y los niños*, American Psychological Association, 15 de mayo de 2013

<sup>140</sup> MEDINA, GRACIELA, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos resuelve que no es contrario a los derechos humanos impedir la celebración del matrimonio homosexual”, *Revista La Ley*, 12 de julio de 2010, pp. 9 y ss.; “El proyecto de matrimonio homosexual. Vulneración del interés superior del niño.

<sup>141</sup> JOEL HARRY CLAVIJO SUNTURA, *EL INTERÉS DEL MENOR EN LA CUSTODIA COMPARTIDA*, TESIS DOCTORAL, UNIVERSIDAD DE SALAMANCA FACULTAD DE DERECHO DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO, Salamanca, 2008

<sup>142</sup> Ídem

El juez de familia desestimó la pretensión de la parte actora, aduciendo los siguientes fundamentos principales:

a.- Ante el conflicto parental por la tenencia de los hijos menores, debe otorgarse su guarda al padre que la ejerció en forma beneficiosa para aquéllos durante cinco años, frente a los problemas de salud de la madre adicta a las drogas aun cuando su conducta sexual sea no convencional en el caso, por vivir junto a su pareja homosexual en el hogar familiar, aunque en habitaciones separadas-, si ello no resulta contraproducente ni pone en riesgo el desarrollo sus hijos, pues el modo de vida y las convicciones religiosas, políticas o ideológicas sólo pueden juzgarse cuando inciden negativamente en el desenvolvimiento del niño.

b.- A fin de resolver el conflicto suscitado entre padres divorciados por la tenencia de sus hijos menores de edad, no debe hacerse mérito del comportamiento sexual no convencional observado por quien detenta la guarda quien, en el caso, convive con su pareja homosexual en el hogar familiar, aunque en habitaciones separadas, a menos que dicho comportamiento incida negativamente en el desenvolvimiento del niño, pues no implica falta de idoneidad de la función parental, conduciendo la solución contraria a meras especulaciones sin basamento que podrían convertirse en fuente de una discriminación inaceptable.

c.- El principio que manda reconocer la autonomía y la subjetividad del niño - en tanto que sujeto de derecho con capacidad para intervenir en los procesos decisorios sobre su destino, dentro de los límites derivados de la condición de persona en desarrollo no implica conferirle poder de decisión en los conflictos que lo involucren, debiendo prevalecer su interés superior entendido como la satisfacción de todos los derechos que lo asisten como persona sobre sus deseos y opiniones en el caso, voluntad de vivir con su madre, afectada por una adicción a las drogas- cuando éstos entran en colisión con aquél.

El tema de la adopción de niños en el escenario jurídico cotidiano presenta diversos supuestos que no permiten dar una respuesta única o unívoca, es elemental

diferenciar los distintos supuestos que se pueden presentar.<sup>143</sup> En el supuesto de la adopción, la obligación se da únicamente entre adoptante y adoptado, según dispone el artículo 307.

No es válido alegar lo que señala el artículo genérico 410-A, pues es bien sabido que, de entreverse alguna antinomia, debe prevalecer la norma específica (la creada para el caso de que se trata) sobre la general, siendo la norma específica la más adecuada tratándose de alimentos, el artículo 307, mismo cuyo texto es categórico y no establece distinciones.

La reforma llevada a cabo en México en el año 2009, es un gran impacto en la impartición de justicia, puesto que es necesario profundizar en el estudio de los Tratados Internacionales, en los que se reconocen los Derechos Humanos, y al estar México suscrito a este, la discriminación queda prohibida.<sup>144</sup>

### 1.3.- FILIACIÓN

Todos los seres humanos, hombres y mujeres tenemos los mismos derechos, heterosexuales, homosexuales, lesbianas y transexuales, etcétera, tienen el anhelo de existir y no ser ignorados. El derecho de otredad, cada persona puede ser como quiero ser, cada ser humano puede ser diferente a los demás, desarrollarse, expresarse y demandar ser respetado. Desde el inicio la histórica, el solo hecho de ser seres humanos es un hecho de naturaleza inherente, por el solo hecho de ser alguien con un pensamiento racional se tiene la posibilidad de vivir como quien se quiera vivir.<sup>145</sup>

Las limitantes doctrinales religiosas han sido superadas gracias a los avances en material de igual, un ejemplo de ello son los argumentos expresados durante el primer foro de diversidad sexual y derechos humanos, la existencia un pensamiento encaminado a combatir la discriminación contra homosexuales y lesbianas, es interesante resaltar la defensa del derecho a la igualdad, tiene que quedar claro es que

---

<sup>143</sup> MEDINA, GRACIELA, "Adopción y derechos de los homosexuales. Legislación y jurisprudencia", en VARIOS AUTORES, Adopción. La caída de un prejuicio, Buenos Aires, CHA-Editores del Puerto, 2004, p. 141.

<sup>144</sup> Ídem

<sup>145</sup> ROUDINESCO, ELIZABETH, *La Familia en Desorden*. Fondo de Cultura Económica S.A..2003 Argentina.

todos los seres humanos son iguales. “No hay reglas jurídicas para la filiación del padre, madre, el hijo, sea biológico a adoptado”.<sup>146</sup>

La filiación se crea en función exclusiva de la voluntad, no genera prejuicio para terceras personas, si una pareja de mujeres en el ejercicio de su derecho decide utilizar una técnica de reproducción humana asistida, una de ellas lleva cabo el proceso gestacional y da a luz, ella y sólo ella será la madre, quien sea su pareja no gozará de la patria potestad del hijo, un acto de discriminación inconcebible, en los matrimonios heterosexuales ambos padres gozan de la patria potestad de los hijos que se tengan. Luego entonces, ¿cómo se determina el vínculo de filiación con su hijo? el derecho tiene que tener una respuesta, cambiar los esquemas y adaptarse a un nuevo tipo de familia. La adopción de niños por PMS es una transformación de conceptos clásicos/conservadores, para hacerlos acordes con la nueva realidad/necesidad social. “La tutela de la adopción se sostiene en que no existe imposibilidad técnica para admitir la doble maternidad de dos mujeres”.<sup>147</sup>

El problema de la discriminación humana es aceptar aquello que sea diferente a lo conocido, lo estipulado por la costumbre y la religión. Los hechos violatorios que más resalta la comunidad LGBTTTI son; una minoría discriminada, víctimas de la discriminación por sexo, no ser protegidos/incluidos o recibir un trato inferior por la ley, no se ha logrado la adopción plena por PMS.<sup>148</sup> La comunidad LGBTI es una minoría, es una realidad que no se puede negar, no basta con ratificar los tratados de derechos humanos, en nuestro México como en otras naciones no ha ratificado el protocolo facultativo, la dignidad humana no es una política, como tampoco la integridad de los grupos sociales, garantizar la protección del bienestar social es la meta de una sociedad.<sup>149</sup>

---

<sup>146</sup> Entre aquellos y éstos hay una diferencia física y biológica respecto a la posibilidad de procrear mediante una relación sexual. Esto hace que todo el sistema colapse y entre en juego la voluntad. PEREÑA VICENTE, MONSERRAT, “Filiación y constitución: contradicciones y tensiones entre la verdad biológica y los valores superiores de igualdad y libertad”, *Derecho familiar constitucional*, Puebla, 2016, p. 289

<sup>147</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, ALMA MARÍA, “Nuevos dilemas jurídicos de la reproducción asistida en España: la reproducción post-mortem y la doble maternidad”, *Treinta años de reproducción asistida en España*, España, Ministerio de Justicia, 2015, pp.124-126.

<sup>148</sup> GONZÁLEZ-MACIEL, MIGUEL, *Aproximación a la percepción de hijos e hijas de personas de la comunidad LGBTTTI*, México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2009

<sup>149</sup> RUTTEN, TIM, “La pasión según Susan Sontag.” Homenaje. *Literatura*.2005 Revista Ñ. Buenos Aires.

La comunidad LGBTI ha organizado diversos movimientos y acciones en los que exigen el reconocimiento/respeto a sus garantías fundamentales, estos pensamientos han llevado a la modificación de muchas leyes a nivel mundial, sobre si son o no discriminados.<sup>150</sup> No existe diferencia sin son por las preferencias sexuales, la discriminación en torno a la mujer se da por pensar que el desarrollo de un niño se puede ver afectado si es criado por cualquier pareja que no sea heterosexual (un hombre y una mujer). Un punto importante por recalcar es la segregación no se refiere únicamente a las mujeres sino a todas las personas que se ven vulneradas en el ámbito de su vida, su familia, casarse con la pareja que se ama y adoptar un hijo.

La Convención Americana de los Derechos Humanos para la eliminación de todas las formas de segregación, y el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, han determinado que dentro del concepto discriminación, contenido en los artículos 2o. y 26 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos está incluida la orientación sexual (1982).<sup>151</sup> Protege sin distinción a toda persona, en general todos los seres humanos como iguales, no solo se refiere al hombre y la mujer, sino también a todas las personas que son seres humanos, los derechos a la privacidad e igualdad de las PMS están protegidos por el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (31 de marzo de 1994), un precedente importante en la materia es que la discriminación no tiene cabida en la sociedad democrática.

En el caso de México, hay un buen inicio hacia el reconocimiento de los derechos de las PMS, la asamblea legislativa del distrito federal formalizó algunas reformas y adiciones al Código Civil para la ciudad de México, publicadas en la gaceta oficial del 17 de septiembre de 1999, entraron en vigor el 1 de octubre del mismo año. La SCJN determinó que la aprobación de los matrimonios y la adopción por PMS es constitucional, un gran avance en materia de igualdad. Es imposible crear leyes dirigidas a un grupo que no se identifique con características jurídicamente determinadas, los grupos de Gais y lésbicos se identifican a sí mismos a través de su

---

<sup>150</sup> MONFERRER, JORDI M. "La Construcción De La Protesta En El Movimiento Gay Español: La Ley De Peligrosidad Social (1970) Como Factor Precipitante De La Acción Colectiva." *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, no. 102 (2003): 171-203.

<sup>151</sup> Artículos 2o del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

orientación sexual,<sup>152</sup> los atributos de hombre y mujer sujetos no son materia de regulación, están protegido por el derecho, y no deben recibir un trato inferior, las retribuciones y obligaciones, se determina por la conducta, quién es la persona más acta para cuidar a un menor de edad.

El título decimoséptimo bis del código penal, denominado “los delitos contra la dignidad de las personas”<sup>153</sup>, en cuyo artículo 281-bis, tipifica actos que se pueden calificar como discriminatorios: Se impondrá pena de uno a tres años de prisión, de cincuenta a doscientos días multa y de veinticinco a cien días de trabajo en favor de la comunidad, al que por razón de edad, sexo, embarazo, estado civil, raza, idioma, religión, ideología, orientación sexual, color de piel, nacionalidad, origen o posición social, trabajo o profesión, posición económica, carácter físico, discapacidad o estado de salud; Provoque o incite al odio o a la violencia; En ejercicio de sus actividades profesionales, mercantiles o empresariales, nieguen a una persona un servicio o una prestación a la que tenga derecho; Veje o excluya a alguna persona o grupo de personas cuando dichas conductas tengan por resultado un daño material o moral o; Niegue o restrinja derechos laborales. Al que siendo servidor público incurra en alguna de las conductas previstas en este artículo o niegue o retarde a una persona un trámite o servicio al que tenga derecho, se le aumentará en una mitad la pena prevista en el primer párrafo, y se le impondrá la destitución e inhabilitación para el desempeño de cualquier cargo, empleo o comisión públicos hasta por el mismo lapso de la privación de la libertad impuesta. No serán consideradas como delito contra la dignidad de las personas todas aquellas medidas tendentes a la protección de los grupos socialmente desfavorecidos.<sup>154</sup>

Este delito solamente se perseguirá por querrela de la parte ofendida o de su legítimo representante. Sobre la discriminación, la comisión nacional de derechos humanos la define como: toda acción u omisión que implique trato diferenciado o a

---

<sup>152</sup> CALVO, KERMAN. *Ciudadanía Y Minorías Sexuales: La Regulación Del Matrimonio Homosexual En España*. Estudios De Progreso. Madrid: Fundación Alternativas, 2005.

<sup>153</sup> Tesis: XXII.P.A.3 P (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época 2014252 2 de 159, Tribunales Colegiados de Circuito Libro 42, Mayo de 2017, Tomo III Pág. 1902 Tesis, Aislada (Penal)

<sup>154</sup> Tesis: I.6o.P.42 P (10a.)Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Décima Época, 2005489 16 de 531, Tribunales Colegiados de Circuito Libro 3, febrero de 2014, Tomo III, Pág.2310 Tesis Aislada (Penal).

personas en igualdad de condiciones, debido a circunstancias propias o de sus familias, tales como la raza, el color, la religión, la nacionalidad, la etnia, el sexo, o la pertenencia a algún grupo determinado; por parte de un servidor público de manera directa o indirectamente por medio de su tolerancia a que un particular las haga.<sup>155</sup>

El derecho a la igualdad se encuentra plasmado en el artículo 1 constitucional, es una garantía que se puede exigir al Estado.<sup>156</sup> Las uniones PMS son la formación de dos personas del mismo sexo que conviven maritalmente y manifiesten su voluntad de acogerse conforme a las disposiciones de la ley (en los Estados en los que existe), se crea una nueva imagen del matrimonio, sin apearse al modelo tradicional conservador, evolucionando a un dechado amparado por el Estado, admite la posibilidad que cualquier persona que lo desee, pueda vivir con su pareja estando bajo la protección de la leyes, como cualquier pareja heterosexual hay parejas estables no casadas, sean heterosexuales u homosexuales cuando haya producido convivencia marital durante un periodo ininterrumpido de 3 años, se haya manifestado la voluntad de constituir la mediante escritura pública, después de un periodo de vivir juntos, una pareja puede demandar los derechos que el Estado otorga.

Las PMS tienen la misma dignidad que una pareja heterosexual, iguales términos por ley, la constitución establece los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos firmados por México. La adopción por PMS esclarece que en lo referente a su condición de vida se violentaba el derecho internacional del niño. La condición de una persona por su orientación sexual es un acto de desigualdad, y violenta el derecho a la privacidad, y las retribuciones otorgadas por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano forma parte, se rechaza cualquier clase de violación al valor que cada persona tiene, sin importar cuál sea su favoritismo sexual. Aquello que debe proteger el derecho es el alcance que cada persona tiene como ser humano.<sup>157</sup>

---

<sup>155</sup> Rodríguez Zepeda, Jesús; *Iguals y diferentes: La discriminación y los retos de la democracia incluyente*, México : Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Pág. 135, 2011.

<sup>156</sup> *Semanario Judicial de la Federación*, 9ª época, Pleno constitucional, tomo 32, 2010, p. 991.

<sup>157</sup> WAALDIJK, KEES. "SMALL CHANGE: How the Road to Same-Sex Marriage Got Paved in the Netherlands." En *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships. A Study of National, European and International Law*, eds. Robert Wintemute y Mads Andenaes, 437-65. Oxford: Hart Publishing, 2001.

La constitución dentro de los primeros 29 artículos contenidos en el capítulo relativo a las garantías individuales, el artículo 1 constitucional habla que en los estados unidos mexicanos está prohibida toda clase de discriminación por preferencia sexuales, la orientación sexual como materia de derechos o de no restricción. Se tenía la errónea idea de la homosexualidad, como un acto de corrupción y no como una orientación sexual. La vida íntima de las personas atañe exclusivamente al ámbito privado, la preferencia sexual de cada persona no es algo de carácter público sino como a la vida familiar. El derecho comparado de los homosexuales al que tiene los niños o el interés superior del menor no se contraponen, no existe evidencia que aporte datos de prueba con los cuales se demuestre que los dos derechos antes mencionados se contrapongan, que una PMS pueda adoptar un niño que se encuentra en estado vulnerabilidad es una protección al interés superior del menor, se respeta el derecho del niño de ser adoptado, se le da la oportunidad de tener una mejor condicen de vida.<sup>158</sup>

La libertad sexual y el sano desarrollo psicosexual de los niños y de cualquier otra persona, son elementos que deben ser tomando en consideración, existen delitos tipificados en los que puede ser sujeto activo un heterosexual, no por su orientación sexual sino por otros factores de diversa índole.<sup>159</sup>

La violación de los instrumentos de derechos humanos obligatorios para México la legislatura del artículo 329. Del código penal del Estado de Tabasco Para quedar en los términos siguientes: Comete delito de corrupción de menores, al que procure o facilite en un menor de dieciocho años, o de una persona que no tenga capacidad para comprender el significado del hecho. I. La iniciación en la vida sexual, cuando, además, es impúber; y II. La perversión sexual.<sup>160</sup>

Artículo 329. Se aplicará prisión de cuatro a diez años y de mil a dos mil días multa. Comete el delito de pederastia, quién con consentimiento o sin él, introduzca por la vía vaginal, anal u oral el miembro viril o cualquier otra parte del cuerpo o

---

<sup>158</sup> LUIS PERELMAN JAVNOZON, Sexólogo educador presidente de la Federación Mexicana de Educación Sexual y Sexología, A.C. Miembro de la Asamblea Consultiva del Conapred.

<sup>159</sup> Ídem

<sup>160</sup> Artículo 330. Del código penal para el Estado libre y soberano de Tabasco.

cualquier objeto en el cuerpo de una persona menor de catorce años. Este delito se castigará con pena de quince a veinte años de prisión y de mil a tres mil días multa.<sup>161</sup>

#### 1.4.- CONCEPTO DE FAMILIA

La palabra familia, en términos procede de “familia”, derivado de “*famulus*”, también deriva de “*famel*”, que significa siervo, y más remotamente del sanscrito “*vama*”, hogar o habitación, significan por el conjunto de personas y esclavos que moraban con el señor de la casa.<sup>162</sup> La familia es el elemento fundamental de la sociedad, todos sus integrantes requieren de su protección para cumplir con la función social que le corresponde, la naturaleza constituye la atención y el provecho de los individuos que la conforman. El interés de la familia es ser un medio de protección a los intereses y derechos de los integrantes que conforman el núcleo, como es el caso de la asistencia mutua, la solidaridad, la convivencia, la subsistencia, la reproducción, la filiación, los fines morales y sociales como son la educación, la unidad económica, la formación de un patrimonio.<sup>163</sup>

La familia es un grupo de personas que conviven en un sólo hogar, incluye aquellas personas que no sean de descendencia directa de quienes sean los padres de familia. La familia también incluía a aquellas personas que fuesen sirviente de los descendientes consanguíneos del padre de familia, estos también estaban apegados a la autoridad del padre de familia, pues era este quien podía disponer inclusive de la vida de sus siervos.<sup>164</sup>

Originalmente la familia se considera un núcleo de personas, como grupo social que ha surgido de la naturaleza del hombre, deriva primordialmente del hecho biológico de la procreación.<sup>165</sup> La familia lejos de ser un grupo consanguíneo de personas, son un grupo social que viven en armonía, no específicamente se tiene que

---

<sup>161</sup> Artículo 329 del Código Penal del Estado Libre y Soberano de Tabasco.

<sup>162</sup> CASTAN TOBEÑAS JOSÉ, *Derecho Civil Español Común y formal*, t. V, Derecho de Familia, volumen I, Renus Madrid, p. 52

<sup>163</sup> Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Capítulo primero Introducción al derecho de familia.

<sup>164</sup> GALINDO GARFIAS IGNACIO, *Derecho Civil Mexicano.*, Editorial Porrúa, México 1984, p. 645

<sup>165</sup> GALINDO GARFIAS IGNACIO, *Derecho civil Primer curso.* - Editorial Porrúa. - México 2000, p. 447

ser descendientes o ascendientes para poder vivir en la misma casa, una persona es parte de la familia si forma parte de un grupo.

La familia puede considerarse como un parentesco entre aquellas personas que la forma, es integrada por un conjunto de personas con las cuales existe algún vínculo de orden familiar. La familia comprende tres órdenes de relaciones: las conyugales, las paternofiliales y las que genéricamente se llaman parentales”,<sup>166</sup>

Familia es aquella que se conforma por un hijo, padre y madre, el núcleo familiar es la convivencia entre los elementos que la crean, no se centra completamente en la relación consanguínea como condición para establecer la relación. Hace mención del término adopción, el cual se refiere a otro individuo para formar una familia, no solo a la unión de las personas con las que se comparte un vínculo consanguíneo. Comprende al conjunto de ascendientes, descendientes y colaterales de un linaje, incluyendo los familias, genealogías y adyacentes del cónyuge que reciben denominación de parientes por afinidad,<sup>167</sup> en el derecho moderno “está determinada por virtud del matrimonio y del parentesco consanguíneo, comprende de manera excepcional el parentesco por adopción”.<sup>168</sup>

Dos puntos de vista diferentes entre los diversos conceptos de familia son el linaje y las exenciones, en el linaje se incluyen solamente el parentesco en línea recta y laterales. En la “familia por exención” se pone el parentesco por medio de la adopción, si bien es verdad que ambos conceptos manifiestan la idea de una relación de familia, el segundo concepto tiene la idea una persona ajena al seno consanguíneo, no es un integrante del linaje.<sup>169</sup> La familia se define como la institución formada por personas vinculadas por los lazos de sangre, en virtud de los intereses económicos, religiosos, y las relaciones de ayuda entre estos. El concepto actual es más amplio, no se da por vínculos de sangre, se da por solidaridad, unión estable, pública y voluntaria, que cumpla con la obligación de proteger a sus integrantes.

Desde el punto de vista jurídico, es el grupo formado por una pareja, sus ascendientes y sus descendientes, así como por otras personas unidas a ellos por

---

<sup>166</sup> CASTAN TOBEÑAS JOSÉ, Op, cit., Pág. 28

<sup>167</sup> BELLUSCIO AUGUSTO C., *Derecho de Familia*, Editorial Depalma Buenos Aires, p. 3

<sup>168</sup> MONTERO DUHALT, SARA, *DERECHO de Familia*, t. I. Editorial Robredo, México, 2009, p. 34

<sup>169</sup> FRÍAS, M.D., PASCUAL, J. Y MONTERDE, H. “*Familia y diversidad: hijos de padres.*” Interpsiquis. 2003

vínculos de sangre, matrimonio, concubinato, uniones civiles, adopciones, a lo que el ordenamiento positivo impone deberes y obligaciones.<sup>170</sup> Según la necesidad social, la familia se constituye por dos o más personas que comparten una vida material y afectiva, se dividen tareas y obligaciones en todo lo relacionado a la realización de aquellas actividades que permiten la subsistencia, desarrollo y nivel de vida adecuado. La ayuda mutua en la convivencia solidaria permite lograr el desarrollo personal e integral para todos los miembros de la familia.

El monopolio nos dice que la familia es un grupo de parientes integrado por los progenitores, el padre, la madre y sus hijos. La monoparental es aquella que se integra solo por uno de los progenitores, sea la madre o el padre, y los hijos. Los hijos pierden el contacto con uno de los padres, sea prolongada o definitivamente.<sup>171</sup> La familia extensa está conformada por los abuelos, los padres, los hijos, los tíos y los primos. Los miembros de la familia extensa están en contacto permanente, pueden vivir varias generaciones en la misma casa o predio. Se relaciona/interactúa como red social de apoyo, sobre la base de la ayuda mutua.

La familia ensamblada es aquella que se integra por grupos reconstituidos, dos familias monoparentales, miembros de un núcleo familiar previamente separado que se unen nuevamente, con nuevas personas o un grupo formando por el ensamble de una estructura familiar. La mujer tiene la capacidad gestacional, pueden formar una familia con una donación de esperma, de embrión o fecundación in vitro, es la microinyección espermática: “la inyección directa de un solo espermatozoide en el interior del óvulo”. Si los dos cónyuges desean contribuir en este proceso reproductivo, una puede otorgar el óvulo y otra gestarlo.<sup>172</sup> Puede emplearse una mujer sustituta con o sin utilización de los óvulos de alguna de los cónyuges.

En la antigüedad ser un descendiente o ascendiente era el condicionante fundamental para formar una familia, el primer punto de la familia se entiende como el grupo constitutivo por la primitiva pareja y sus descendientes. Por descender siempre

---

<sup>170</sup> TENORIO GODÍNEZ, LÁZARO, *La suplencia en el derecho procesal familiar*. Fuero común-fuero federal, 1a. ed., México, Porrúa, 2006.

<sup>171</sup> González, O. (2001). Aspectos jurídicos de la protección infantil. En J. de Paul y M.I. Arruabarrena (comps.) *Manual de protección infantil*. (65-139). Barcelona: Masson

<sup>172</sup> *Semanario Judicial de la Federación*, 9ª época, Pleno constitucional, tomo 32, 2010, p. 991.

uno de otros, de un progenitor común generalmente se compartían lazos de sangre, esto establecen la familia como la institución social formada por los miembros vinculados por lazos de sangre, individuos unidos por intereses económicos, religiosos o de ayuda.

173

La libertad de procrear es materia familiar en los instrumentos internacionales, la familia es el elemento natural/fundamental de la sociedad, esta tiene el derecho de ser protegida por el Estado y la sociedad.<sup>174</sup> Todos los seres humanos tienen derecho a fundar una familia una vez que se tiene la edad hábil para solventar la manutención de esta, nadie puede tener injerencias arbitrarias en un grupo, como es el caso de cumplir la mayoría de edad o un período en el que se cuente con la madurez que permita hacerse cargo de otra persona. Lo que se pretende conseguir las leyes es equiparar las relaciones basadas en la convivencia, las parejas de hecho es garantizar la superioridad total de la familia basada en el matrimonio. Redefinir la idea de lo que es una pareja de hecho, cuestionar la necesidad de reconocer derechos maritales de las uniones, en función de la idea de una mera convivencia, tales uniones representan simples situaciones de avenencia familiar.

La ausencia de un beneficio suele apuntar a un legislador antagonista, resistente a considerar la unión de hecho como una verdadera familia. No existe una declaración específica sobre el derecho a procrear, esto es una decisión de cada persona, implícitamente puede considerarse como algo comprendido, la aspiración del ser humano a fundar una familia, conlleva el derecho de generar descendencia, también es el caso que aquellas parejas que no puede tener hijos propios pueden tener otras opciones como lo es la adopción, por medio de la cual se puede formar una familiar y mejores condiciones de vida.<sup>175</sup>

El artículo 4 constitucional garantiza la libertad de planificar la familia. Dos vertientes: la libertad para procrear, la independencia de evitar la reproducción, la

---

<sup>173</sup> BAQUEIRO ROJAS EDGAR, BUENROSTRO BÁEZ ROSALÍA, *Derecho de Familia y Sucesiones*, Editorial Oxford, México 2002. p 8

<sup>174</sup> Como ejemplo de estos instrumentos se encuentra: Declaración Universal, Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de San José de Costa Rica

<sup>175</sup> FLORES, JULIA, *Estudio sobre la diversidad sexual y los retos de la igualdad y la inclusión*, México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2005.

emancipación de contraer matrimonio con la persona que se desee, no hay un condicionante para formar una familia.<sup>176</sup> La norma patentada el divorcio, consagra la decisión de reproducirse o no. Para los efectos legales, me refiero al derecho de ser madre o padre sea por reproducción, adopción o por otros medios. Sí las personas no pueden concebir hijos en forma natural, lo pueden hacer con la intervención de los avances científicos y/o con los adelantos jurídicos, se lucha en aras de eliminar diferencias legales entre los distintos tipos de familia, incluyendo lo referente a la tributación, los derechos sucesorios de los descendientes. La constitución no hace referencia a una paternidad exclusivamente biológica.

El artículo 4 textualmente señala el derecho del hombre/mujer a la organización y el desarrollo de la familia, así como el derecho de todas las personas a decidir de manera libre, responsable sobre el número y espaciado de los hijos.<sup>177</sup> Este derecho consagrado en la carta magna otorga la libre decisión de reproducirse, no necesariamente se tiene que ser ascendiente o descendiente para tener el carácter de padre o hijo.

Es el derecho de cualquier ciudadano a realizar todas las acciones pertinentes para la fecundación, sin sufrir violencia, discriminación o prohibición por una mera condición. No hay una intervención legislativa, no se encuentran adecuadamente tutelados y no son suficientemente legitimados, dado que no todos los Estados de la república mexicana han sido garantes de la igualdad. A nivel federal solo existe la ley general de salud, “que le da un marco de licitud a la reproducción asistida, menos de la mitad de las entidades federativas la tienen reglamento en sus respectivos ordenamientos civiles/familiares.”<sup>178</sup>

---

<sup>176</sup> Artículo 4o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PÁRRAFO SEGUNDO; Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciado de sus hijos.

<sup>177</sup> Este párrafo se insertó con motivo de las deliberaciones de la Conferencia Mundial de Población de 1974, en la cual se aprobó una nueva política demográfica. Ésta incluye el derecho a la libre procreación como garantía personal. BARAJAS MONTESDE OCA, SANTIAGO MADRAZO, JORGE, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, México, UNAM, 1994, p. 20

<sup>178</sup> En este sentido, María Jesús Moro Almaraz manifiesta que los recientes avances culturales, científicos y tecnológicos, y las transformaciones socioeconómicas “pueden suscitar nuevas pretensiones jurídicas de carácter fundamental”. Éstas enriquecen los derechos y libertades básicas sin que se encuentre limitado. Por lo tanto, es posible que se imponga el derecho de los padres a la procreación asistida. Dichas facultades se derivan de otros derechos y del respeto a la libertad individual, futuros derechos que son realidades que colisionan con otros indiscutibles y tutelados.

Los individuos que pertenecen a un grupo familiar se manejan como un conjunto formado por la parentela, ascendientes y descendientes, así como otras personas unidas por vínculos de sangres, matrimonio o sólo uniones civiles, a los que el ordenamiento positivo impone deberes y otorga atribuciones jurídicas”.<sup>179</sup> Es una comunidad de vida primaria, vinculada por los lazos de afecto, adopción, concubinato y enlace, cuya relación interpersonal constituye un conjunto de retribuciones y compromisos regulados por la norma, relaciones que deben darse en un ambiente de consideración, solidaridad, respecto a la dignidad e integridad física y psíquica de cada persona.

Las parejas tienen derecho a la multiplicación, pero cada persona puede decidir con quien se desea compartir su vida, por ello no es un condicionante tener hijos biológicos para la formar una familia, sea por medio de la procreación o por medio de la adopción es legal. <sup>180</sup> A pesar de tener presente los derechos y obligaciones concedidas, es necesario observar el modelo/sistema de organización familiar que se quiere implementar. El énfasis se posiciona en la ausencia de una prohibición explícita, la Constitución no impide una interpretación flexible a abierta de las categorías familiares contenidas.

#### 1.4.1.- PATERNIDAD

La paternidad es la relación que existe entre el padre (entendiendo a tal como el progenitor masculino) y sus hijos, inicialmente este concepto hace referencia a los hijos biológicos, posteriormente se evoluciona al concepto jurídico de hijo legalmente reconocido.<sup>181</sup> La paternidad se refiere a una relación de carácter biológica, la cual une a una persona de sexo masculino con quien es su descendiente directo, pero se da el caso de “paternidad por adopción, que une a padre e hijo por elección”.<sup>182</sup>

La filiación parental es una institución jurídica de la cual la paternidad forma parte, el vínculo que une a los descendientes con sus progenitores puede ser de carácter

---

MORO ALMARAZ, MARÍA JESÚS, *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro*, Barcelona, Bosch, 1988, p. 85

<sup>179</sup> BAQUEIRO ROJAS, EDGAR. - op. Cit., Pág. 178

<sup>180</sup> “Por qué tanto miedo”, Revista Proceso, México, 17 de enero de 2010, p. 55.

<sup>181</sup> <http://es.wikipedia.org/wiki/paternidad> (Consulta 30- mayo-2011)

<sup>182</sup> <http://derecho.laguia2000.com/derecho-de-familia/paternidad-y-filiacion> (consulta 30 mayo 2011)

natural o de grafía jurídico. La relación paternal puede derivarse de la naturaleza, la adopción es una generación de la filiación legal. Paternidad se puede definir como: “la relación real o supuesta del padre con el descendiente”<sup>183</sup>.

La paternidad es un hecho biológico que implica la procreación de descendientes directos mediante la reproducción, la descendencia deriva de una serie de actos naturales, deberes, obligaciones, facultades y derechos entre el padre y el hijo, la importancia en la sociedad de la filiación básica paternidad se da por el parentesco, que permite a un integrante de la sociedad estar reconocido como un miembro perteneciente de un grupo de personas, la finalidad de este grupo es darle a conocer a una persona su verdadera procedencia, biológica o legal. La paternidad es un término muy amplio, no solamente implica una relación biológica existente entre un ascendiente y un descendiente, va más allá, una persona puede ser hijo o padre (persona del sexo masculino) de otra sin necesidad de existir una relación consanguínea entre estas dos.<sup>184</sup> En el sistema jurídico mexicano vigente la filiación paternal sigue la presunción del derecho romano “*pater is est*”,<sup>185</sup> recogido por el código de Napoleónico, el rol jurídico a la nueva realidad.

La paternidad originariamente se refiere a una relación biológica entre un padre y su sucesor, en la antigüedad la paternidad se le daba exclusivamente al marido quien procreaba hijo con su esposa. El termino padres es demasiado antiguo, de acuerdo con su presunción se otorga la paternidad al marido de la cónyuge. En la actualidad este concepto ha evolucionado a un nivel donde la consanguínea pasa a segundo término, en primer plano está la relación jurídica que nace cuando un hombre reconoce ante la ley a otro individuo como hijo suyo. La paternidad es la relación biológica/jurídica de aquella persona de sexo masculino con su descendencia, la concepción por adopción

---

<sup>183</sup> Ídem

<sup>184</sup> DERECHO.LAGUIA2000.DERECHO-DE-FAMILIA/PATERNIDAD-Y-FILIACION

<sup>185</sup> Una de las más importantes contribuciones del derecho romano a la teoría y a la historia de la presunción de la paternidad en matrimonio es el célebre pasaje pauliano recogido por los compiladores justinianos en el Digesto D.2,4,5: ‘quia semper certa est (mater), etiam si vulgo conceperit: pater vero is est, quem nuptiae dem ostrant’. Se trata de una regla que encierra una expresión inequívoca: el que nace de matrimonio es hijo del marido de la madre y por supuesto la madre siempre es cierta.

une al padre y el hijo por elección del primero.<sup>186</sup>La paternidad forma parte de la institución jurídica de la filiación parental.<sup>187</sup>

Es un vínculo, no solo de carácter natural sino también jurídico, tiene como propósito crear una relación que une a los descendientes con sus progenitores, brindar seguridad jurídica. En aquellos casos en los que la filiación paterna se dio por decisión propia del padre, esta relación puede nacer por principio de cuentas de una relación natural, o de una filiación normativa en la cual no existe parentesco biológico, una conexión jurídica que se origina cuando un hombre de sexo masculino, por voluntad propia otorga todos los derechos que tiene un hijo, se podría decir que el adoptado es hijo de padre adoptivo. La paternidad puede ser definida, como la relación existente del padre con el descendiente.<sup>188</sup> Es un concepto jurídico, cuando un hombre adopta a un niño, reconoce ante el Estado ser el padre de este, el niño adquiere ante la ley y las instituciones jurídicas de esta, todas y cada una de las facultades y obligaciones que tiene un niño procreado mediante la unión de un hombre y una mujer.

La paternidad es el hecho biológico de la procreación y de los actos de voluntad, de donde derivan una serie de deberes, obligaciones, facultades y derechos entre el padre y el hijo.<sup>189</sup> La paternidad es una presunción que puede ser adquirida por medio un título (acta de nacimiento), hay padres, hijos, cónyuges que asumen este carácter por simple hecho de tener un título que le de esta personalidad, puede ser a la inversa que haya individuos que carezcan del carácter de hijo o padre, presumen ser padre/hijo de otra persona, pero carecen de todo derecho y obligación de dicha presunción por carecer de título legal.

Un hombre puede estar legalmente casado con una mujer, tener la presunción de ser el padre de todos los hijos que la esposa tenga, hay una posesión del estado de hecho, subsiste el derecho si coincide el título legal y la posesión del estado que se presume.<sup>190</sup> Es obligación suministrar alimentos a los hijos consanguíneos, ese deber

---

<sup>186</sup> SANDERS, DOUGLAS, *Finding a Pleace in Internatinal Law*, E.U.A, ILGA, 20 de julio de 1997

<sup>187</sup> ídem

<sup>188</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, Adopción, en *Temas Selectos de Derecho Familiar* 11, Primera edición, México 2014, Pág. 7.

<sup>189</sup> <http://derecho.laguia2000.com/derecho-de-familia/paternidad-y-filiacio>

<sup>190</sup> LÓPEZ, F. "*Desarrollo social y de la personalidad.*" En J. Palacios, A. Marchesi y C. Coll (comps.) *Desarrollo psicológico y educación I. Psicología Evolutiva* (99-112). Madrid: Alianza Psicológica. 1991.

se extiende a los padres y demás ascendientes que estos tengan, así como a los hijos y ulteriores descendientes.

La paternidad se presume cuando los hijos han nacido dentro del matrimonio, a los 180 días después de contraído el mismo, dentro de los 300 días después del fallecimiento del esposo, o de la separación de hecho en la pareja, aun si el hijo fuese el resultado de una relación de la esposa con otro individuo que no sea el esposo este se presume como hijo del esposo. El estar casados presume la existencia que cualquier hijo nacido dentro de la sociedad conyugal es hijo del padre mientras no se demuestre lo contrario.<sup>191</sup>

El conteo de días va en función de las etapas de gestación, tomando en consideración que difícilmente un hijo nace vivo/viable antes de 180 días de gestación, la duración máxima de un embarazo son 300 días después de esta. La filiación biológica es diferente a la filiación legal, pues la primera deriva del hecho natural mediante la procreación, la segunda se desprende del vínculo jurídico que liga a quienes ante la ley son padres y madres e hijos/hijas.<sup>192</sup> La filiación natural siempre va existir, necesariamente todos los seres humanos somos el resultado de la unión entre un hombre y una mujer, aun cuando éstos fuesen desconocidos, la jurídica solo se da por medio del acto de voluntad de las partes, las cuales hacen uso del derecho que le corresponde para otorgarle a otro una relación similar a la natural.

La reproducción en parejas sólo depende de la regulación de la gestación, en el caso de parejas heterosexuales basta con la aceptación de ambos padres ante el registro civil, para registrar a su hijo aun si estos no están casados. Semejante a lo ocurre con la patria potestad, el artículo 414, párrafo segundo, prescribe que “a falta de ambos padres o por cualquiera otra circunstancia prevista en este ordenamiento, ejercerán la patria potestad sobre los menores, los ascendientes en segundo grado... etc.”<sup>193</sup> los abuelos. Empero, en la adopción existe un dispositivo especial, el artículo 419, cuyo

---

<sup>191</sup> ARTÍCULO 324, Código Civil del Estado de Tabasco, CAPITULO II DE LAS PRESUNCIONES DE PATERNIDAD, Quiénes se presumen hijos de los cónyuges.

<sup>192</sup> GONZÁLEZ, M.M., CHACÓN, F., GÓMEZ, A.B., SÁNCHEZ, M.A. Y MORCILLO, E. *Dinámicas Familiares, Organización de la Vida Cotidiana y Desarrollo Infantil y Adolescente en Familias*. Estudios e Investigaciones 2002. Madrid, España. El Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid. 2003. Pág. 521-606.

<sup>193</sup> Artículo 414 del Código Civil del Estado Libre y Soberano de Tabasco.

texto expresa: “La patria potestad sobre el hijo adoptivo, la ejercerán únicamente las personas que lo adopten”.<sup>194</sup>

#### 1.4.2.- MATERNIDAD

La maternidad es un término amplio para conceptualizar, en el campo jurídico se expresa “los derechos de las personas”. El Estado como la organización política, está obligado a proteger a la mujer que tiene un hijo, que se encuentra en estado de gestación, mediante un reconocimiento tácito que lleva al derecho positivo, con el fin de garantizar y asegurar eficazmente su cumplimiento.<sup>195</sup> Para referirse a la maternidad, es aquella que hace reseña al proceso reproducción de la mujer por medio de un embarazo, gestación y un parto. La maternidad es el concepto empleado en la legislación laboral, de seguridad social para aquella mujer que trabaja y mantiene a su hijo, cuida de este. La razón puede deberse a su amplio concepto, abarcar el proceso fisiológico, periodos como la lactancia y el puerperio.<sup>196</sup> La gestación se refiere estrictamente al proceso de formación del producto en el vientre materno.

Jurídicamente la maternidad tiene la naturaleza de ser un hecho principalmente relacionado con la reproducción humana, de la cual surgen los derechos y las obligaciones. Un ejemplo de ello es la relación jurídica de las trabajadoras, en las cuales existen derechos que tienen que ver con la maternidad, la rama laboral contempla la seguridad social, con disposiciones concretas acerca del desempeño de un trabajo durante el periodo de gestación. La maternidad es un asunto de salud, debe ser atendida por la legislación sanitaria, ello en cumplimiento al principio paulino “*matersemper certa est*”<sup>197</sup> consignado en la legislación vigente, el cual otorga la maternidad a la mujer que parió. ¿Pero qué sucede con la gestante? La madre de intención ¿qué rol juega dentro de la filiación de la hija o hijo?

La igualdad jurídica de ambos sexos debe ser la base de la maternidad, prohibir las distinciones con motivo de la protección maternal, no es un privilegio es un derecho

---

<sup>194</sup> Artículo 419 del Código Civil del Estado Libre y Soberano de Tabasco

<sup>195</sup> Jellinek, George, La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2000, passim.

<sup>196</sup> BREWAEYS, A., PONJAERT I., Van Hall, E.V. & Golombok, S. (1997). Donor Insemination: *Child Development and Family Functioning in Lesbian Mother Families*. Hum Reprod, Vol. 12, No. 6, pp. 1349-1359

<sup>197</sup> La madre es siempre conocida, Rivero Hernandez Francisco, Anuario del Derecho Civil, 2007.

de la mujer. Se tiene que brindar a la mujer el orden médico público, la higiene y la seguridad social para cumplir sin ninguna carencia la función que desempeña en la educación de los hijos. Es una discriminación positiva no suminístrale a la mujer los peculios que necesita para su desarrollo durante el periodo de maternidad, aquellas medidas de protección hacia la mujer son la segunda fuente del derecho familiar, la maternidad en una pareja por medio de la reproducción sexual genera un vínculo biológico y jurídico entre los progenitores y su estirpe; padre y madre y el hijo de ambos. Desde el punto de vista jurídico, este vínculo recibe el nombre de paternidad cuando es el padre, y maternidad si se es la madre, queda inmersa en este concepto a la filiación, enfocado en el ángulo del menor. “La filiación crea el parentesco consanguíneo en línea recta en primer grado”.<sup>198</sup>

La maternidad en el artículo 25 de la Declaración de los Derechos del Hombre,<sup>199</sup> dice:

1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. La valoración económica de la trabajadora doméstica llevado a cabo generalmente por la mujer (madres, hijas y hermanas principalmente), los trabajos domésticos no tienen actividad productiva, es hora de reivindicar el trabajo de la mujer. La maternidad cumple la misión esencial de perpetuar la especie humana. Desempeña una importante función social que es integrar al grupo familiar, de convertirlo en la célula de la cual se fundamenta la sociedad, en donde surgen los primeros lazos de control social. Por esto se puede afirmar que la maternidad cumple una tarea social básica e indispensable.<sup>200</sup>

---

<sup>198</sup> Biblioteca virtual del Instituto jurídico de la UNAM, Capítulo Noveno, Parentesco. Pág. 113

<sup>199</sup> JELLINEK, GEORGE, *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2000, passim.

<sup>200</sup> WEBER, MAX, *Economía y sociedad*, FCE, México, 2002, p. 292.

## CAPÍTULO 2.- DERECHO SUPERIOR DEL MENOR ADOPTADO.

### Sumario

2.1.- Derecho del menor a integrarse a una familia 2.2.- Derecho a alimentos y a la seguridad social. 2.3.- Derecho a una vida digna y desarrollo integral.

### 2.1.- DERECHO DEL MENOR A INTEGRARSE A UNA FAMILIA

La niñez tiene el derecho natural de tener una familia, conocer a sus ascendientes y los familiares de estos, adherirse en términos de legales a un grupo de personas. La familia es el medio natural para el crecimiento y bienestar de los niños/niñas y adolescentes, de ella se acoge la protección, el amor, la comprensión, la asistencia necesarias para el desarrollo y la responsabilidad para fungir como miembro de la sociedad.<sup>201</sup> El derecho del niño a vivir en una familia, es la protección e inviolabilidad de su integridad, dignidad y privacidad de su vida. La relación familiar entre el niño y el adolescente se basa en la igualdad de comisiones y deberes con los padres, el respeto mutuo entre los integrantes de la familia.<sup>202</sup>

Para proteger el derecho del infante se tiene que catalogar a la familia como un elemento para la felicidad del niño, se puede permanecer con la familia y recibir los cuidados necesarios.<sup>203</sup> Para todos los efectos sociales y jurídicos del bien tutelado del niño los padres y familiares de estos, son figuras que determina la legalidad de la filiación. La convivencia de los hijos con la familia mejora el desarrollo integral de los primeros, la filiación materna a través del parto, la procedencia paterna en el matrimonio, y el reconocimiento paterno es un derecho protegido, un deber de los padres para con los niños. La convivencia varía según las necesidades del menor, si la

---

<sup>201</sup> PAIS, MARTA, "El derecho de nacimiento: el derecho a tener derechos", *Innocenti Digest*, Italia, núm. 9, abril de 2002.

<sup>202</sup> UNAM, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2013, núm. 138, pp. 1151-1168.

<sup>203</sup> ZANON MASDEUD, LUIS, *GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS*, Editorial: S.A. BOSCH, Mexico, 2002, p. 64.

autoridad lo amerita puede darse el caso que los hijos pueden vivir estando separados de uno o ambos padres, lo más conveniente para los niños, adolescentes.<sup>204</sup>

Los niños tienen el derecho de recibir cuidados, tener asistencia especial en virtud de su inmadurez, desarrollarse en una familia que les brinde un medio adecuado a sus necesidades, para un crecimiento sano y perfecto desenvolvimiento funcional. El interés superior del infante es la guía para la crianza de los hijos, esto implica actuar como su proveedor que otorga el sustento para poder alcanzar la realización y el desarrollo físico, emocional y social.<sup>205</sup> El derecho a que los padres satisfagan las necesidades básicas de los niños, como son la alimentación, salud, educación, el sano esparcimiento y el derecho a un espacio libre para su desarrollo integral. La familia tiene la obligación de dar crianza y educación, la convivencia familiar debe darse en un ámbito de respeto e igualdad, siguiendo con los valores de avenencia familiar.<sup>206</sup>

Cuando no sea posible que el niño sea criado en su familia de origen o cuando permanecer en esta ponga en peligro el interés superior del menor, tendrán derecho a una familia sustituta. La adopción es una institución que tiene como finalidad brindar una familia que proteja a los niños que están abandonados /desamparados por su familia de origen, creándose una situación análoga a la filiación legítima con los adoptantes.<sup>207</sup>

Un menor adoptado tiene el derecho de llevar los mismos apellidos del adoptante, es un deber invariablemente registrar al adoptado. La relación filial de los hijos adoptados es la misma que la del biológico consanguíneo, ascendientes, descendientes y demás parientes, se vuelve un impedimento para contraer matrimonio.<sup>208</sup> Defender el interés superior del menor significa que no se debe vulnerar a los niños que no sean adoptados,

La SCJN resolvió en la acción de inconstitucionalidad 8/2014 el 10 de agosto del 2015, dicha corte sostuvo que negar la adopción a parejas PMS sería un retroceso

---

<sup>204</sup> ROMERO PICÓN, YURI, "*Interpretación etnográfica y social sobre la sustracción interparental de menores: enfoque desde la antropología jurídica*", Universitas Humanística, núm. 64, Colombia, julio diciembre de 2007, p. 115.

<sup>205</sup> GONZÁLEZ PERRET, DIANA, "*La participación de los niños/as y adolescentes en los procesos judiciales en materia de familia*", Revista Justicia y Derechos del Niño, Argentina, 2002, t. 3, p. 4

<sup>206</sup> AGUILAR GORRONDONA, JOSÉ LUIS, *Derecho civil. Personas*, Caracas, Editorial Arte, 1984, p. 246.

<sup>207</sup> ZANON MASDEUD, LUIS, op. cit., Pág. 64.

<sup>208</sup> RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, SONIA, *Sustracción internacional de menores por sus propios padres: su destipificación en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, pp. 2-4.

para la igualdad de persona, forma parte de una sociedad civil de conveniencia, violenta los principios de identidad, la no discriminación por preferencias sexuales de personas quienes forma parte de una sociedad civil de conveniencia.<sup>209</sup> La jurisprudencia de la SCJN manifiesta que el derecho a integrarse a un hogar;

**ADOPCIÓN. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR DE EDAD SE BASA EN LA IDONEIDAD DE LOS ADOPTANTES, DENTRO DE LA CUAL SON IRRELEVANTES EL TIPO DE FAMILIA AL QUE AQUÉL SERÁ INTEGRADO, ASÍ COMO LA ORIENTACIÓN SEXUAL O EL ESTADO CIVIL DE ÉSTOS.**<sup>210</sup>

El punto fundamental a considerar en una adopción es el interés superior del niño, niña o adolescente, con la intención que éste forme parte o se integre en una familia en la cual reciba afecto, cuidados, educación y condiciones adecuadas para su perfeccionamiento, todos los derechos inherentes a la persona. Para considerar si una persona es idea para adoptar se debe atender únicamente a la peripetia de brindar cuidado y protección al niño, inmiscuirlo a una familia, la pertenencia a un tipo de familia no puede atender de ninguna manera a una orientación sexual, como tampoco a un estado civil (soltero, casado, en concubinato, en sociedad de convivencia).<sup>211</sup>

Pertenecer a un estado civil en particular no pone en riesgo el interés superior del niño, niña y adolescente, cualquier persona en pareja o de forma individual debe ser considerada en igualdad de condiciones, como posible adoptante lo que debe ser estimado es si dicha persona o personas cumplen con una serie de requisitos esenciales para un procedimiento, si cuenta con las características, virtudes y cualidades para brindarle una familia a un menor de edad.<sup>212</sup> Los requisitos esenciales no puede figurar

---

<sup>209</sup> SENTENCIA dictada por el Tribunal Pleno en la Acción de Inconstitucionalidad 8/2014, promovida por la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Campeche, así como los Votos Concurrente y Particular formulados por los Ministros José Ramón Cossío Díaz y Eduardo Medina Mora Icaza. PONENTE: MARGARITA BEATRIZ LUNA RAMOS, ENCARGADO DEL ENGROSE: ALFREDO GUTIÉRREZ ORTIZ MENA, SECRETARIA: KARLA I. QUINTANA OSUNA

<sup>210</sup> Semanario Judicial de la Federación, Décima Época 2012587, 1 de 3 Pleno Libro 34, septiembre de 2016, Tomo I Pág. 6, Jurisprudencia(Constitucional)

<sup>211</sup> Novena Época Registro: 161284 Instancia: Pleno Jurisprudencia Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XXXIV, Agosto de 2011 Materia(s): Constitucional Tesis: P./J. 13/2011 Página: 872 "INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO TRATÁNDOSE DE LA ADOPCIÓN POR MATRIMONIOS ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO".

<sup>212</sup> Novena Época Registro: 161270 Instancia: Pleno Jurisprudencia Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XXXIV, agosto de 2011 Materia(s): Constitucional Tesis: P./J. 12/2011

el tipo de unión civil al que pertenezcan los posibles adoptantes, ni la orientación sexual de éstos, estas circunstancias no inciden en la idoneidad para brindar a los niños, niñas y adolescentes una familia en donde éstos se desarrollen integralmente. Es insostenible la interpretación implícita o explícita que la homosexualidad de los adoptantes implica una afectación al interés superior de los menores adoptados.

Los esfuerzos para lograr la protección del interés superior del niño tienen que estar encaminados a un sistema de adopción más eficaz, que garanticen a los miles de niños que hoy se encuentren en albergues o en orfanatos tener una familia, miles de parejas quieren tener hijos y no pueden, la forma legal es la adopción, las PMS quienes por obvias razones no pueden procesar hijos propios (biológicos), son estas las principales interesadas en dar al menor una familia por medio de la cual pueda tener un progreso sano y lleno.<sup>213</sup>

La adopción es un medio para proteger al niño que se encuentra fuera del seno familiar o en estado de vulnerabilidad. Se basa en el derecho de los menores, a permanecer dentro de la familia, el deseo de las personas a un cambio social, la oportunidad de dar a un niño una familia que proteja su integridad física y emocional.<sup>214</sup> En México las instituciones se enfrentan a la falta de conocimiento y el atraso educativo sobre la adopción, aun tratándose de parejas heterosexuales, el rechazo social sin estimar la estigmatización que pueden sufrir los niños, aun cuando esta puede ser previsible.

La figura del menor de edad y la protección de este, es la prioridad en ordenamiento jurídico mexicano, también de los tratados internacionales suscritos por México en el ámbito universal, como es el caso de la convención de los derechos de los niños,<sup>215</sup> y de la declaración sobre orientación sexual e identidad de género de las

---

Página: 875 MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO EN EL DISTRITO FEDERAL. TIENE VALIDEZ EN OTRAS ENTIDADES FEDERATIVAS CONFORME AL ARTÍCULO 121 DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA (ARTÍCULO 146 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, REFORMADO MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN LA GACETA OFICIAL DE LA ENTIDAD EL 29 DE DICIEMBRE DE 2009).

<sup>213</sup> Golombok, S., Perry, B., Burston, A., Murray. C., Mooney-Somers, J., Stevens, M. & Golding J. (2003). Children with lesbian parents: a community study. *Dev Psychol*, 39, 20-33.

<sup>214</sup> GÓMEZ Y A. BERÁSTEGUI, *EL DERECHO DEL NIÑO A VIVIR EN FAMILIA*, México, Vol. 67 (2009), núm. 130, pp. 175-198

<sup>215</sup> Artículo 9 de la *Convención sobre los Derechos del Niño*; Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión

naciones unidas. El menor es el eje del sistema jurídico familiar, quien hace ponderar la balanza del derecho, la figura del menor se rige con el propósito de obtener respuestas jurídicas, acorde con el respeto y la protección del interés superior. El interés del menor es un concepto jurídico muy amplio, abarca muchas áreas de la esfera jurídica, principalmente lo que se refiere a derechos humanos.<sup>216</sup> Esta definición implica la realización de una ardua labor hermenéutica, determinar en concreto cada caso, saber con precisión cuáles son las ramas del derecho que implica la protección del menor.

Existe una gran cantidad de criterios objetivos que deben ser valorados, quien es adecuado para ser adoptante también habrá de ponderarse en muchos aspectos objetivos. Se puede determinar discrecionalmente (única y exclusivamente en base a su experiencia y buena fe) por el juez, evitar afectaciones en el bienestar físico y mental del menor por parte de las personas que están a cargo de su cuida.<sup>217</sup> El principio del menor puede concretarse en aspectos tales como el respeto a los derechos fundamentales (los consagrados en la Convención de los derechos del niño de 1989), los derechos de los menores contemplados en las leyes nacionales, federales, los tratados y acuerdos internacionales, condicionan la normatividad de una manera benéfica al interés superior del menor, un criterio de integración.<sup>218</sup>

El interés superior del menor conlleva prevalecer lo que beneficie al menor con respecto a los intereses de personas adultas, en la medida en que se le considera la parte débil, necesita más protección. Muchos investigadores sostienen que el interés superior del menor y el interés de los padres no pueden considerarse opuestos, son un complemento uno del otro, el derecho de los padres adoptivos tiene que ir a la par con el de los niños.<sup>219</sup>

---

judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de **maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados** y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. firmado en 1989

<sup>216</sup> Compilación de legislación sobre menores, México, Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia DIF-DF, 2009

<sup>217</sup> BRONSTEIN, VERÓNICA, *Niños felices*, Barcelona, Pérez Galdós, 2001.

<sup>218</sup> MENDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA, *Derecho de Familia*, Tomo III, Buenos Aires, Rubinzal-Calzoni, Pág. 372.

<sup>219</sup> D'ANTONIO, Daniel Hugo, Régimen Legal de la Adopción, Rubinzal-Calzoni, Pág, 13

La función de la imagen materna y paterna causa una polémica, en la adopción por PMS, nos preguntamos, ¿Quién será la madre y quién el padre de niñas/niños adoptados por PMS? ¿Qué efectos puede tener en el niño la crianza en estas condiciones para el desarrollo de su personalidad infantil?, son las preguntas que se intentan responder por parte de la comunidad científica en México y en el mundo. En su mayoría, los estudios hechos por la comunidad científica concluyen estar a favor de la causa de las minorías sexuales, en el caso de países como Argentina las personas de ciudades como Buenos Aires,<sup>220</sup> Río Cuarto, Carlos Paz y la provincia de Río Negro,<sup>221</sup> admiten la unión civil de PMS. La comunidad homosexual ha reclamado desde hace años la aprobación de patrimonios en PMS, con el mismo derecho que tienen el casamiento heterosexual, entre ellos la herencia y la adopción.

En otras partes del mundo como España siguen un criterio socialista que instituyó el matrimonio como derecho para PMS, todas las garantías para formar familias y administrar/heredar bienes, este y otros países son un ejemplo de un nivel cultural más avanzado, deben servir como inspiración para continuar enriqueciendo la esfera jurídica mexicana. Tiene más de dos décadas que la homosexualidad dejó de ser considerada como una enfermedad, a nivel nacional continúa siendo un tema con mucho campo de estudio, en el ámbito nacional existen pocos estudiosos de este fenómeno social, observaciones en algunos países como México resultan parciales. Son situaciones que se han presentado recientemente en un país donde “se desconoce como esos niños llegarán a ser en su edad adulta”.<sup>222</sup>

Fuentes de información confiables como el instituto de investigación jurídica de la UNAM provee de datos muy precisos que van concorde como el conocimiento proveniente de países vecinos como E.U.A. Las resoluciones de la SCJN y de algunos organismos internacionales como la Corte Europea, dan una evidencia clara, precisa y

---

<sup>220</sup> LEY N° 1004, Sanción: 12/12/2002, Promulgación: Decreto N° 63 del 17/01/2003, Publicación: BOCBA N° 1617 del 27/01/2003. Artículo 1° - Unión Civil: A los efectos de esta Ley, se entiende por Unión Civil: a) A la unión conformada libremente por dos personas con independencia de su sexo u orientación sexual

<sup>221</sup> Pcia. De Río Negro, LEY N° 3736 de Convivencia Homosexual.

<sup>222</sup> Centro Internacional de Referencia para los Derechos del Niño Privado de Familia (SSI-CIR), Boletín Mensual, núm. 4/2008, Ginebra, abril de 2008.

concisa sobre la protección de los derechos familiares de los niños,<sup>223</sup> forjándose una convicción unánime que permita combatir el atraso sociocultural hacia la protección de los niños. La Convención sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, así como la Convención Interamericana sobre Conflictos de Ley en Materia de Adopción y la Convención sobre los Derechos del niño (artículo 20 y 21), constituyen toda la normativa internacional que brinda el marco jurídico que regulan la adopción, así como a los países de la región latinoamericana. Para México, y de acuerdo con el artículo 133 de nuestra carta magna,<sup>224</sup> forman parte del orden jurídico nacional y en consecuencia sus disposiciones deben acatarse por las instituciones encargadas de hacer cumplir la ley.

## 2.1.- DERECHO DEL MENOR A INTEGRARSE A UNA FAMILIA.

La falta de acceso a la información evidencia la existencia de un problema, el tenor infundado que los niños adoptados por PMS se vean afectados en su desarrollo social y emocional, carecer de la figura de madre/padre de la familia tradicional. Temor no debe ser un obstáculo, toda la información que ha surgido de las investigaciones científicas hechas por expertos en esta materia, arroja aspectos claves, exponen casos “exitosos” de niñas y niños que fueron criados por parejas no heterosexuales. Niñas y niños criados por gais, lesbianas, travestis, transexuales, transgéneros, bisexuales e intersexuales “no presentan particularidades psicopatológicas en su desarrollo”.<sup>225</sup> Las funciones de paternaje y maternaje son independientes de la orientación sexual o la identidad de género.

Los padres adoptivos tienen que cumplir una serie de requisitos para la crianza del niño en función del maternaje/paternaje. La primera función es ser una persona capaz de sostener, cuidar, proteger y alimentar, la segunda es ser alguien que anime al niño a interactuar con el mundo externo, poner límites, roles que puede cumplir una

---

<sup>223</sup> Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, abierto a firma en Roma el 4 de noviembre de 1950 y en vigor desde el 3 de septiembre de 1953

<sup>224</sup> BARAJAS MONTES DE OCA, SANTIAGO Y MADRAZO, JORGE, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada, México, UNAM, 1994, p. 20.

<sup>225</sup> Anuario de Psicología Jurídica, 2004

misma persona, por dos personas del mismo sexo, no existe una función específica para el hombre o para la mujer, cualquiera de estos pueden cumplir una de las dos funciones y el otro cumplir la otra función, el género no es un condicionante para la capacidad de cada persona.

Muchos autores coinciden en que los niños criados por parejas no heterosexuales “son normales”, o “mejor dicho, están neuróticamente compensados como en cualquier familia clásica”,<sup>226</sup> entendiendo que la normalidad no implica ausencia de conflictos, jurídicamente el termino normal no existe, la homosexualidad es simplemente una preferencia sexual más, como todo tiene virtudes y defectos, **“La Adopción”** un destacados libros sobre la fundación de la Escuela para padres, señala que el niño “no necesita una mamá con vagina ni un papá con pene” para su desarrollo.<sup>227</sup>

El menor de edad es quien tiene derecho de ser adoptado, nadie tiene derecho sobre otra persona, la facultad de adoptar significa que es el menor quien tiene derecho de tener una vida digna. No importa las preferencias sexuales de quienes pretenden proteger al infante, los vínculos familiares y la seguridad jurídica que una PMS puede ofrecer a un niño son la adopción, es subsidiaria a otras figuras de defensa del menor pueden ser instituidas “si el menor puede ser reintegrado en su familia de origen, la adopción nunca se constituirá”.<sup>228</sup>

Los menores les corresponden ser protegidos en todo momento, son el centro de las instituciones jurídicas, “la adopción” darle una familia a un niño, no dársela es una discriminación. La discriminación que sufren las PMS con respecto a la adopción de menores es muy alta, para adoptar lo único que se debe tener en cuenta son el derecho y el interés del adoptado,<sup>229</sup> en razón de las posibilidades económicas (puede ser o no) de ser adoptante, cuando una pareja reúna los requisitos establecidos por el artículo 390 en sus tres fracciones del multirreferido código civil. La protección más adecuada para el menor es la institución de la familia, la forma más amplia de proteger

---

<sup>226</sup> “Por qué tanto miedo”, *Revista Proceso*, México, 17 de enero de 2010, p. 55.

<sup>227</sup> MEDINA, GRACIELA, *La Adopción*, Rubinzal – Culzoni Editores, 2008

<sup>228</sup> MITRA. MARÍA ELENA ORTA GARCÍA, *El Interés Superior del Menor en la adopción por parejas del mismo sexo*, UNAM. Facultad de derecho,

<sup>229</sup> GONZÁLEZ CONTRÓ, MÓNICA, *Derechos humanos de los niños: una propuesta de fundamentación*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas

a un niño es garantizar el acto jurídico, todo aspirante a la adopción que cumplan los requisitos legales deben ser valorados en razón de los requerimientos, la posibilidad y la solicitud de certificación con respecto a su idoneidad.<sup>230</sup>

El sistema jurídico garantiza que los menores sean adoptados por las personas y/o parejas que cumple con unos requisitos mínimos, sin discriminación, si se considera idóneo (si se es heterosexual como si se es homosexual):<sup>231</sup> la discriminación es inadmisibles en la idoneidad, es la denegación de la misma por razones ajenas a la voluntad del ser humano, como es el caso de la orientación /preferencia sexual o estar en contra de la adopción.

Estudios científicos han demostrado que no existe un daño real para el menor,<sup>232</sup> hacen referencia a saberes hechos por fundaciones como el instituto de investigación jurídica de la UNAM, demuestran que la homosexualidad no es un desorden mental, tampoco una enfermedad, la calidad educativa de los padres es lo importante y no sus preferencias sexuales, favorece el bien superior del menor y la familia como la base fundamental de la sociedad. Instrumentos internacionales/profesionales en esta materia, señalan que los niños adoptados por parejas heterosexuales, pueden rechazar la adopción después de realizada, por malos tratos, explotaciones, un impacto negativo al menor como consecuencia de la falta de cultura, la aptitud que asumen los padres, una postura en contra del interés superior.

La UNAM se declara enemiga de quienes están con grupos opositores de la adopción por PMS, quienes tenga prejuicio en contra de los menores de edad, la máxima escuela de estudio del México sabe que el interés superior del menor no se contraponen con los derechos de las PMS como creen algunos grupos opositores.<sup>233</sup> La psicóloga, psicoanalista son ciencias de la Infancia y Adolescencia, en algunos países como es el caso de Barcelona, autores de varios libros, como es el caso de la obra titulada Niños felices, el cual advierten:

---

<sup>230</sup> RABELL ROMERO, CECILIA ET. al., *“¿Con quién vivimos los mexicanos?”*, Coyuntura Demográfica, México, Coyuntura Demográfica, 2012.

<sup>231</sup> CHAN CHÁVEZ ISMAEL ANTONIO, *Facultad de Psicología de la UADY*, revistas. UNAM. Vol. 14 No. 3, septiembre de 201

<sup>232</sup> DRA. GLORIA MORENO NAVARRO, Conferencia: "Adopción por parejas del mismo sexo, Instituto de investigación jurídica de UNAM.

<sup>233</sup> RAFAEL LORET DE MOLA, *Escándalos*, México, Grijalbo, 2013.

El ser humano aprende de sus cuidadores desde muy pequeño, el niño comienza de tener un comportamiento basado en el tipo de sociedad que vive, gracias a la imitación y al intercambio afectivo con aquellas personas que lo rodean la conducta del niño es un reflejo de la educación que le dan sus padres. Por ejemplo, muchos de los juegos infantiles se nutren de una serie de informaciones y vivencias que surgen de los roles familiares de cada país o ciudad, podemos observar que niños de dos años en adelante comienzan a jugar a las mamás y a los papás, estos es un indicio de su propia experiencia, imitan a sus padres, reproducen con el muñeco a un(a) hijo(a) basándose en el modo que se relacionan con sus padres. Repiten palabras y actos importantes con los que se dirigen a él: cómo se acarician, si le hacen masajes, el tono de voz con que le hablan, si le cantan, como lo mecen, como lo atienden.<sup>234</sup> La identificación es un proceso normal y necesario para la construcción de la personalidad. “Para asumir la maternidad y la paternidad, los modelos que se interiorizaron desde la infancia vuelven a cobrar vital importancia”.<sup>235</sup>

Para entender la relación de padre e hijo es necesario conocer los mecanismos de defensas que utiliza la mente humana, según la autora del libro considerado como un bestseller internacional, titulado: Tu hijo, tu espejo,<sup>236</sup> quien refiere las quejas de los hijos cuando sus padres les piden que hagan o dejen de hacer cosas que ellos no pueden dejar de hacer, en la mayoría de los casos las malas o buenas conductas de los hijos son un reflejo de la conducta de los padres, las diferentes formas de proyección que los padres activamos con nuestros hijos y cómo la negación nos impide reconocerlos, en qué consisten estos dos mecanismos de defensa que son además muy interesantes:

Que no digan “malas palabras”, cuando el padre las dice a cada momento; que sea ordenado, cuando el padre es en extremo desordenado; que no diga mentiras, cuando el padre sí las dice; que no pase tanto tiempo en la computadora, cuando el padre lo hace en la televisión; que no agreda verbal o físicamente a sus hermanos, cuando el padre lo hace; que no grite, cuando el padre habla a gritos, y así hasta el infinito, y aquí va el mensaje implícito: ESTO ES MÍO, NO ME GUSTA, NO LO

---

<sup>234</sup> Marta Lamas, Homosexualidad, ni patología ni perversión,

<sup>235</sup> Ídem

<sup>236</sup> Chávez Martha Alicia, TU HIJO, TU ESPEJO; UN LIBRO PARA PADRES VALIENTES, editorial: GRIJALBO

PUEDO CAMBIAR, CÁMBIALO TÚ POR MÍ”<sup>237</sup>...pero a menudo olvidamos que los hijos aprenden los valores de lo que los padres son, de manera que eso que quieres que tu hijo sea debes serlo tu primero.

#### Los casos Salgueiro y Fretté

Hay dos casos que fueron de mucha importancia en nuestro tema, las sentencias en los casos Salgueiro y Fretté, es justo afirma que el derecho a la no discriminación y el interés superior del menor son dos derechos distintos, pero no contrarios. El juez andorrano del Tribunal de Estrasburgo, Josep Casadevall, afirmó que el respeto de la vida familiar protegido por el art. 8 CEDH no era una garantía, tampoco una razón para permitir la adopción por PMS, el derecho a la adopción o el simple deseo de fundar una familia, solo presuponía la existencia de una familia por medio de la procreación de hijos consanguíneos. De este modo, «*we are then left with the conclusion that the Convention protects the “family life” of homosexuals only in relation to their biological children*» “queda la conclusión que la Convención protege la "vida familiar" de los homosexuales solo en relación con sus hijos biológicos”.<sup>238</sup>

La interpretación de la convención cambiara conforme a la apertura del crecimiento cultural de la sociedad, para el año 2008 con el fallo del Tribunal en E. B. c. Francia 34, se condenó a Francia por denegar una solicitud de adopción por motivo de orientación sexual.<sup>239</sup> En dicho caso la demandante había iniciado el procedimiento para adoptar a un menor, sin ocultar a los servicios de adopción que vivía de manera estable con su pareja. La solicitud de adopción fue rechazada por el órgano encargado de revisar la solicitud, afirmando que el informe psicológico parecía indicar que la falta de una imagen paterna era perjudicial para el menor. La alegación de la demandante ante el tribunal fue que la inadmisibilidad de su solicitud era debida a su orientación

---

<sup>237</sup> ídem

<sup>238</sup> Casadevall Medrano, J., El Conveni europeu de drets humans, el Tribunal d’Estrasburg i la seva jurisprudència, Barcelona, Bosch, 2007

<sup>239</sup> Solicitud núm. 43546/02, de 22 de enero de 2008. Para un comentario sobre esta sentencia, véase Marcos Martín, T., «La adopción por parte de persona homosexual y su relación con el derecho a la vida familiar y la no discriminación por razón de sexo. Comentario a la sentencia del TEDH de 22 de enero de 2008», Revista General de Derecho Europeo, 2008, núm. 18.

sexual, los diferentes tribunales franceses estimaron que la decisión de las autoridades de dicho país había sido tomada sobre la base del interés del menor en adopción.

El Tribunal Europeo reiteró que el art. 8 CEDH no garantiza el derecho a fundar una familia, no garantizaba que las PMS serían actas como candidatos para solicitar una adopción, aun así, reconoció que si el ordenamiento jurídico francés autorizaba a las personas solteras (no precisamente adopción plena de hombre y mujer, sino también la adopción simple) a adoptar a título individual, no podían aplicar dicha autorización de manera discriminatoria para aquellas personas que lo desearan, por su sola condición de homosexual.<sup>240</sup>

A pesar que las autoridades francesas sostuvieron que habían negado el derecho de adoptar teniendo en cuenta únicamente los intereses del menor, rechazaron que la decisión se hubiera basado en la orientación sexual de la solicitante, el Tribunal Europeo constató que existían una diferenciación por parte de las autoridades francesa al momento de determinar qué persona era la más acta para una adopción, hecho referencia al «estilo de vida» de la demandante. El Tribunal Europeo consideró que el argumento utilizado por las autoridades francesas, pretextando la falta de imagen paterna, solo era una excusa para rechazar la petición por la orientación sexual de la solicitante, al estar legalmente prevista la adopción por una sola persona (adopción simple) en el ordenamiento jurídico francés.<sup>241</sup>

Los jueces de Estrasburgo llegaron a la conclusión que las referencias implícitas a la homosexualidad de la demandante habían jugado un papel decisivo en la denegación de la autorización para adoptar. El Tribunal estimó que se había hecho una diferencia de trato, una discriminatoria basada en la orientación sexual de la demandante, no aceptable bajo el Convenio, declaró que se había producido una violación del art. 14 CEDH en conjunción con el art. 8 CEDH. Éste caso constituyó la primera sentencia del Tribunal Europeo en la que se condenaba a un país por discriminar a una persona homosexual en un proceso de adopción. La evolución en la

---

<sup>240</sup> Sanz Caballero, S., «Unmarried Cohabiting Couples Before the European Court of Human Rights: Parity with Marriage? », Columbia Journal of European Law, vol. 11, 2004-2005, pp. 151-166.

<sup>241</sup> Solicitud núm. 43546/02, de 22 de enero de 2008. Para un comentario sobre esta sentencia, véase Marcos Martín, T., «La adopción por parte de persona homosexual y su relación con el derecho a la vida familiar y la no discriminación por razón de sexo. Comentario a la sentencia del TEDH de 22 de enero de 2008», Revista General de Derecho Europeo, 2008, núm. 18.

jurisprudencia del Tribunal fue notable. E. B. c. Francia respecto la sentencia Fretté, en la que sólo unos años antes los jueces de Estrasburgo habían “reconocido un amplio margen de apreciación a las autoridades del mismo país en un caso de características muy similares.”<sup>242</sup>

En la sentencia Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal la Corte Europea es el primer órgano internacional que juzga las diferencias por preferencias sexuales como una violación al art. 14 CEDH,<sup>243</sup> prohibía la discriminación, en relación al respeto del derecho a la vida privada y familiar; Un hombre homosexual que al divorciarse de su mujer inicia una relación con otro hombre, el gobierno tachó de inmoral su conducta, se le privó de la custodia de su hija por sus preferencias sexuales. Pese a que la custodia le había sido otorgada por el Juzgado de Familia, el Tribunal de Apelación de Lisboa invalidó la decisión judicial anterior y le devolvió la autoridad parental a su exmujer.

El tribunal de apelación, en su sentencia confió la custodia a la madre tras juzgar que la homosexualidad del demandado era una «anormalidad» a la sombra de la cual no debía crecer un menor, este tribunal no tomó en consideración los alegatos hechos por el demandado, decir que se trataba de una grave violación a su vida privada y familiar, así como de un trato discriminatorio contrario al Convenio. La Corte Europea determinó que sin importar que el juez nacional haya aceptado haber interferido en la vida familiar del demandante, otorgando la custodia a la madre, era absurdo pensar que lo había hecho persiguiendo un fin legítimo, la protección de los intereses de la menor, tomando en cuenta que en esta decisión judicial se había tomado como factor decisivo el hecho que el padre fuera homosexual, falló que se había producido una diferencia de trato no proporcional, una discriminatoria, «basada en la orientación sexual del demandante, un concepto cubierto por el art. 14 del Convenio»<sup>244</sup>.

---

<sup>242</sup> Sin embargo, en la reciente sentencia Gas y Dubois c. Francia, solicitud núm. 25951/07, de 15 de marzo de 2012, el Tribunal consideró que al denegar a una mujer lesbiana la petición de adopción simple de una hija de su pareja, las autoridades francesas no habían infringido el art. 14 CEDH en combinación con el art. 8 CEDH

<sup>243</sup> Convención Europea de Derechos Humanos

<sup>244</sup> SALGUEIRO DA SILVA MOUTA c. Portugal, párr. 28. Esta amplia interpretación de la cláusula antidiscriminatoria del Convenio para incluir la discriminación por motivo de orientación sexual es similar a la realizada por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas unos años antes en el asunto Toonen c. Australia (Comunicación de 4 de abril de 1994, núm. 488/1992, CCPR/C/50/D/488/1992).

El fallo del tribunal de apelación Portugal fue juzgado como una violación al el art. 8 CEDH, en combinación con el art. 14 CEDH, mandando un fuerte mensaje a todos los países miembros del Consejo de Europa, según el cual “un gran número de discriminaciones por razón de preferencia sexual dejaban de ser tolerables a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos.”<sup>245</sup>

## 2.2.- DERECHO A ALIMENTOS Y A LA SEGURIDAD SOCIAL.

Una parte importante del interés superior del menor es el derecho a recibir alimentos, un principio consagrado en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, exige que el Estado cumpla en el ámbito de competencia. Al tratarse de instituciones civiles, los derechos de los menores adoptados se encuentran en posición prevalente frente al interés del adoptante, pero los adoptantes otorgan seguridad social al primero, la orientación sexual de una persona o de una pareja no degrada al punto de considerarlo nocivo para el desarrollo de un menor.<sup>246</sup> La seguridad social de los niños nos habla que un menor debe recibir alimentos y satisfacer todas sus necesidades básicas para su mejora.

La alimentación del menor exige que la legislación aplicable suministre las necesidades básicas para el cuidado y la condición acta para el perfeccionamiento del menor, la autoridad aplicadera evalúe, decida respecto a su mejor opción de vida, sostener que las familias homoparentales no satisfacen este esquema implicaría no utilizar un razonamiento constitucional, concorde a los intereses de los menores, en razón que el derecho a una familia deben protegerse.<sup>247</sup>

La seguridad social de los niños, es posible por medio de la protección que una PMS le puede brindar a estos, el derecho a la alimentación de los niños es una garantía consagrada en los artículos 8, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21,22 y 23 constitucional,<sup>248</sup> el

---

<sup>245</sup> HELFER, L. R., «Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal. App. No. 33290/96; A. D. T. v. United Kingdom. App. No. 35765/97», The American Journal of International Law, vol. 95, 2001, núm. 2, pp. 422-430

<sup>246</sup> Jurisprudencia, SCJN, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, pleno, Novena Época, Registro: 161284, Tomo XXXIV, agosto de 2011, Página: 872

<sup>247</sup> Tesis Aislada, SCJN, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Pleno, Tomo XXXIV, agosto de 2011, Página: 871

<sup>248</sup> Jurisprudencia(Constitucional) SCJN, Novena Época, Registro: 161284, Semanario Judicial de la Federación, Tomo XXXIV, agosto de 2011, Tesis: P./J. 13/2011, Página: 872

concepto de alimentos también abarca recibir educación, una PMS pretende proteger aquellos niños que por su sola condición no puede hacerse cargo de sí mismo, necesitan de la protección que el Estado les puede proveer por medio de la seguridad jurídica, poder integrarse a una familia.

Negarle la adopción a PMS es una violación a la seguridad social del menor, negar la posibilidad de vivir una vida libre de carencias, el Estado no cuenta con los recursos económicos necesarios para solventar la satisfacción de todas las necesidades alimentarias. El índice demográfico de niños que se encuentran en las calles, en calidad de pobreza extrema es demasiado alto, la mayoría de las parejas heterosexuales prefieren adoptar niños menores de 12 años de edad.<sup>249</sup>

La seguridad social es una garantía que puede ser exigible por todos, no tiene que causar alarma en la posibilidad que un niño sea adoptado por una sola persona, muchos sectores de la población se han pronunciado en contra de la reforma al artículo 391 del código civil para el distrito federal hoy ciudad de México, la figura legal del matrimonio permaneció intocada en su texto íntegro, solamente fue mencionado en el decreto del 29 de diciembre de 2009, en razón de la relación con las consecuencias de la modificación del artículo 146 relativo al matrimonio, substituye “entre un hombre y una mujer” por las palabras “entre dos personas”.<sup>250</sup> Con el artículo 291-Bis que habla del concubinato, los cónyuges como los esposos pueden adoptar de igual forma, sin restricción alguna. La adopción por PMS implica darle seguridad social a la niñez desvalida, las parejas heterosexuales son insuficientes para adoptar a la gran cantidad de niños que lo ameritan, la mayoría de los matrimonios tradicionales prefieren tener hijos propios antes que adoptar, que una pareja heterosexual adopte es algo poco común.

En el año 2011 la CONAPRED emitió una resolución, el instituto de seguridad y servicios sociales de los trabajadores del Estado (ISSSTE) y el instituto mexicano del seguro social (IMSS) son acusados de no brindar correctamente los servicios médicos, en 2013 comenzó el registro de PMS, tiene como objeto dar la seguridad social a las

---

<sup>249</sup> CHAVEZ ASENCIO, MANUEL. - *La Familia en el Derecho*. - *Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares*. - Editorial. Porrúa. - México 2007.

<sup>250</sup> Artículo 146 del Código Civil e la Ciudad de México

personas que están casadas o mantienen una relación conyugal con quien tenga este derecho, también aquellos hijos que sean adoptados por estos, la igualdad de trato en el pleno ejercicio del derecho, y las oportunidades de derechohabientes, familiares y conyugales, es una medida que se busca prevenir cualquier discriminación en lo que se refiere a la salud de los niños, y la protección de la salud de las PMS.<sup>251</sup>

La resolución emitida por la SCJN manifestó en el juicio de inconstitucionalidad 2/2011, dirigió al Instituto Mexicano del Seguro Social y al Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, se determinó que se cometió un trato discriminatorio al impedir que los matrimonios entre PMS puedan registrar al niño adoptado como hijo legítimo de estos, como toda pareja heterosexual dichas personas pueden proteger a sus hijos para que gocen de los servicios médicos/sociales, estos derechos son inherentes, toda persona debe tener acceso a la protección social.<sup>252</sup> Con el reconocimiento del sector social mexicano, el ISSSTE debe cumplir con el mandato legal constitucional derivado de los derechos humanos, expresamente el principio pro persona, establece como norma relativa el respeto a la salud,<sup>253</sup> otorga la protección emanada de la constitución política de México, el amparo de los tratados internacionales de los que México es parte, como beneficio de las personas.

El ISSSTE y el IMSS sentaron un precedente importante al cumplir con esta obligación legal, reconocer el derecho de igualdad para todas las personas, teniendo como principio el PRO personas, cada persona, lo cual deberá ser replicado, aplicado y obligatorio para el resto de las instituciones encargadas de garantizar el acceso a la seguridad social en México. CONAPRED reconoce el apego a la legalidad y la cooperación de ambas instituciones para trabajar a favor de la seguridad social de todas y cada una de las personas, sin importar cuales sean sus preferencias sexuales.<sup>254</sup> La seguridad jurídica se suma a la certeza, legalidad, jerarquía y publicidad normativa,

---

<sup>251</sup> PECES-BARBA, GREGORIO, *“La Constitución y la seguridad jurídica”*, Claves de Razón Práctica, Madrid, núm. 138, diciembre de 2003, p. 8.

<sup>252</sup> DÍAZ, ELÍAS, *Estado de derecho y sociedad democrática*, 8a. ed., Madrid, Taurus, pp. 17 y 18; “Estado de derecho y legitimidad democrática”, en CARBONELL, MIGUEL Y OTROS (comps.), *Estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México, Siglo XXI, ITAM, UNAM, 2002, pp.

<sup>253</sup> PÉREZ LUÑO, ANTONIO E., *La seguridad jurídica*, Barcelona, Ariel, 1991, pp. 23

<sup>254</sup> PÉREZ LUÑO, *La seguridad jurídica*, óp. cit., pp. 23 y ss.

irretroactividad del no favoritismo, interdicción de la arbitrariedad, si se agotara en la adición de estos principios, no se habría precisado de ser formulada expresamente. La seguridad jurídica es la suma de los principios, equilibrada de tal forma que permite promover en el orden jurídico, la justicia, la legalidad y la libertad.<sup>255</sup>

#### El derecho a la salud

La organización mundial de la salud conceptualiza este término como un estado completo de bienestar físico, mental y social, no solo la ausencia de infecciones o enfermedades, consiste en “el acceso a la atención médica y a todos los bienes, servicios que son esenciales para lograr que este estado de bienestar físico, mental y social perdure”,<sup>256</sup> la seguridad social y el acceso de la atención médica gratuita es parte del derecho a la salud, las PMS tienen derecho a la salud, sus familias (incluyendo aquellos niños que sean adoptados y no hijos biológicos). En el artículo 4 de la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, se consagra el derecho a la salud como una garantía fundamental, universal para todas las personas que se encuentren en México, hace referencia al término persona y no al concepto hombre y mujer.

El artículo 12 del pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, del cual México es parte, establece que los Estados partes reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental,<sup>257</sup> dicho artículo generaliza la protección para todos al decir “persona”. La SCJN señala que el derecho a la salud comprende entre otros: a) la atención médica, que incluye actividades preventivas, curativas y de rehabilitación, comprendiendo la atención de urgencias, definiéndose a las actividades curativas como aquellas que tienen como fin efectuar un diagnóstico temprano y proporcionar tratamiento oportuno;<sup>258</sup> y b) la

---

<sup>255</sup> KERMÁN CALVO, *Las respuestas de las democracias al movimiento homosexual: una primera aproximación*, DEPARTAMENTO DE CIENCIA POLÍTICA Y RELACIONES INTERNACIONALES, Facultad de Derecho Universidad Autónoma de Madrid, 2005, Pág. 46.

<sup>256</sup> MIGUEL CARBONELL, *derecho a la salud como derecho fundamental*, México, UNAM, 2013.

<sup>257</sup> Aprobado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, mediante resolución 2200 (XXI), el 16 de diciembre de 1966. Ratificado por México el 23 de marzo de 1981 y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 12 de mayo del mismo año.

<sup>258</sup> MOCTEZUMA BARRAGÁN, GONZALO, *Derechos de los usuarios de los servicios de salud*, México, Cámara de Diputados-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.

disponibilidad de medicamentos y otros insumos esenciales para la salud, para este efecto habrá un cuadro básico de insumos del sector salud.<sup>259</sup>

Las estadísticas mostradas por el CONAPRED demuestran que en México existe una discriminación en contra de personas por sus preferencias sexuales, en contra de la identidad sexo genérica y de los niños que viven con el virus de la inmunodeficiencia humana (VIH), a pesar que múltiples evidencias demuestran que esta enfermedad no solo le da a los homosexuales,<sup>260</sup> sigue existiendo la creencia errónea que el VIH se encuentra vinculado a la homosexualidad o a las llamadas prácticas de riesgo, según los estudios realizados recientemente en la mayoría de los casos en que un niño se contagia de VIH sida es por consecuencia de los actos cometidos por sus padres.

El estigma que existe en contra de los niños, las personas homosexuales, bisexual o contra aquellas que tienen un comportamiento sexual, es no aceptar en la norma social hegemónica aquello que sea diferente a la heterosexualidad, la visión excluyente/limitante del ejercicio de la sexualidad, que irracional e injustificado pretende privar al individuo de la libertad de conciencia, los seres humanos formamos parte de un todo.<sup>261</sup> La necesidad principal de toda persona es la salud, al acceso a la salud para los niños, la principal problemática es romper con la creencia solo un homosexual se puede contagiar de VIH o de cualquier otra enfermedad de transmisión sexual,<sup>262</sup> mitos sobre la homosexualidad, las formas de transmisión del VIH, son los que provocan y perpetúan el comportamiento excluyente de la discriminación, es muy importante esclarecer que las enfermedades de transmisión sexual las puede contraer cualquier persona que no se proteja, es una enfermedad de la que no están exentos los heterosexuales.

---

<sup>259</sup> Salud. El derecho a su protección, que como garantía individual consagra el artículo 4to. constitucional, comprende la recepción de medicamentos básicos para el tratamiento de las enfermedades y su suministro por las dependencias y entidades que prestan los servicios respectivos. Amparo en revisión 2231/97

<sup>260</sup> Tanto el caso del abasto a las medicinas como los que se acaban de mencionar han sido analizados por diversos autores en la obra colectiva Garantismo judicial. *Derecho a la salud*, México, Porrúa, 2011, pp. 201 y ss.

<sup>261</sup> GARZÓN VALDÉS, ERNESTO FRANCISCO J. (EDS.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 1996, pp. 483 y ss.

<sup>262</sup> SOBERANES FERNÁNDEZ, JOSÉ LUIS, "La protección de la salud en la Comisión Nacional de los Derechos Humanos", México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 182 y 183

Un tema especialmente alarmante son los prejuicios relacionados con el VIH, la falta de información y la negligencia médica, ha causado un atraso educativo en la gran cantidad de paciente que necesitan servicios médicos. Refiriéndome exclusivamente al personal que trabaja en instituciones de salud mexicanas (médicos, personal administrativo, psicólogos, personal de enfermería y laboratorio),<sup>263</sup> clasifican a las personas según su aspecto físico, “prácticas de riesgo” o “grupos de riesgo”, determina la realización de pruebas de detección “saber si traen tatuajes”, “llegó alcoholizado”, “es homosexual”, o tiene antecedentes de ser drogadicto intravenoso, buscan ciertos factores”.<sup>264</sup> Las pruebas de detección se llevan a cabo, sin el consentimiento del paciente, por considerarlo en un “grupo de riesgo”, actos de discriminatorio y negligencia médica, se da prioridad hacerle la prueba de VIH a un grupo determinado, el riesgo de contagio es universal.<sup>265</sup> La gráfica derivada de un estudio realizado por consulta Mitofsky, rebela que la mayoría de la población se abstiene de realizarse la prueba del sida.

En enero del 2014 la segunda sala de la SCJN resolvió que la ley del seguro social (artículo 84, fracción III) excluía implícitamente a los niños y a las PMS, transgredía el derecho a la igualdad, seguridad y a la salud (derecho del cual toda persona goza por su sola condición de ser humano) por lo que ordenó interpretarla conforme al artículo primero constitucional para anular esa restricción, nuestra carta magna prohíbe cualquier tipo de discriminación por la causa que fuere.<sup>266</sup> La resolución de la SCJN abrió las puertas para el libre ejercicio de derechos a PMS ante el IMSS y el ISSSTE, quien podrá disfrutar sin ninguna restricción el goce del servicio médico.

En el año 2011, el CONAPRED emitió una resolución por disposición del juicio constitucional 2/2011 dirigida al IMSS y al ISSSTE, para garantizar el ejercicio pleno y la igualdad de trato/oportunidades a las(os) derechohabientes, familiares y cónyuges homoparentales. El 8 de mayo del 2014 el pleno del Senado de la República aprobó

---

<sup>263</sup> Según cifras del Consejo Nacional alrededor de la mitad de dichas personas son homosexuales o mantienen relaciones sexuales con hombres CONASIDA: VIH sida en México, diciembre, 2009, p. 14.

<sup>264</sup> Según cifras del Consejo Nacional alrededor de la mitad de dichas personas son homosexuales o mantienen relaciones sexuales con hombres CONASIDA: VIH sida en México, diciembre, 2014.

<sup>265</sup> KNAUL, FELICIA, “Salud y competitividad” en Ruiz de Chávez, Manuel y Valdés Olmedo, José Cuauhtémoc (eds.), p. 224

<sup>266</sup> DE LORA, PABLO Y ZÚÑIGA FAJURI, ALEJANDRA, *El derecho a la asistencia sanitaria*. Un análisis desde las teorías de la justicia distributiva, Madrid, Iustel, 2009, pp. 42-43.

una reforma a las leyes del IMSS y del ISSSTE para garantizar el acceso a la seguridad social de las parejas integradas por cónyuges del mismo sexo, del niño que fuese adoptados por esta, el senado considero que de acuerdo al principio de igualdad todos tenemos derechos, podemos hacer exigible nuestro acceso a la salud.<sup>267</sup>

La reforma se hizo acorde con lo que señalan los artículos primero y 123 constitucionales, 4, 15 Bis, Ter, Quáter, Quintus, Sextus, Séptimus, Octavus, Novenus, de la ley federal para prevenir y eliminar la discriminación (LFPED). El IMSS y el ISSSTE debe de adecuar sus disposiciones reglamentarias, normativas, administrativas y demás disposiciones de su régimen interno, para cumplir con la legalidad.<sup>268</sup>

Disfrutar de un alto nivel de salud es parte de la calidad de vida, sin salud ningún niño tiene a una vida plena, anhelos, planes, nivel social. El derecho a la salud depende en gran medida de las posibilidades económicas del Estado.<sup>269</sup> Un sistema de salud precario y un desempeño carente de este, como es el caso de México puede deberse al lento crecimiento económico, debilita la capacidad intelectual de la niñez estudiantil, aumenta las enfermedades, reduce las actividades económicas, la educación y el aprendizaje.<sup>270</sup>

Niños que no cuentan con una asistencia sanitaria enfrentan una vida con dificultades, contar con un servicio médico puede significar la diferencia entre la vida y la muerte. Las posibilidades de morir de un niño que tiene una enfermedad son mayores si no cuenta con seguro médico.<sup>271</sup> La medida adoptada por el Estado mexicano, aprobada en la cámara de diputados, es la armonización legislativa de las leyes del IMSS y del ISSSTE, ajustarlas a las necesidades de la población, solo un ambiente de armonía se puede lograr muchas expectativas.<sup>272</sup>

---

<sup>267</sup> ABRA MOVICH, VÍCTOR Y COURTIS, CHRISTIAN, "El derecho a la atención sanitaria como derecho exigible", en La Ley. Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo, Buenos Aires, año lxxv, núm. 119, 25 de junio de 2001, p. 16.

<sup>268</sup> Diario Oficial de la Federación, 20 de marzo de 2014

<sup>269</sup> LUSTIG, NORA, RUIZ DE CHÁVEZ, MANUEL Y VALDÉS OLMEDO, JOSÉ CUAUHTÉMOC, *La salud de los mexicanos en el siglo XXI: un futuro con responsabilidad de todos*, México, Fundación Mexicana para la Salud, A.C, 2005, pp. 216

<sup>270</sup> OCDE, Estudios de la OCDE sobre los sistemas de salud, México, OCDE, París, 2005, p. 17.

<sup>271</sup> DE LORA, PABLO Y ZÚÑIGA FAJURI, ALEJANDRA, *El derecho a la asistencia sanitaria*. Un análisis desde las teorías de la justicia distributiva, Madrid, lustel, 2009, pp. 42-43.

<sup>272</sup> FREIRE, JOSÉ MANUEL, *Política sanitaria, Políticas sociales y Estado*. Memoria de 1999, Madrid, Trotta, 1999, p. 433.

La Ley del seguro social en su fracción XII del artículo 5 A 33 no hace distinción de hombre y mujer, tampoco hace mención sobre el género de las personas, se refieren a las personas de una manera igualitaria. En el concepto de cónyuge en caso del concubinato no se hace distinción entre concubina “mujer” y concubinario “hombre”, es una interpretación íntegra, sistemática y armónica de la Ley del seguro social, es aquella que permite atender la totalidad del ordenamiento jurídico del cual forma parte las PMS, también se puede interpretar que el hombre no tiene que ser concubino de una mujer, tampoco la mujer ser concubina de un hombre, considerar que uno de ellos tiene el carácter de beneficiario del otro para el efectos del régimen social.<sup>273</sup>

El uso del término cónyuge, en la definición contenida en el artículo 5 A de la Ley del Seguro Social, las disposiciones relativas a cada uno de los cinco seguros que integran el régimen obligatorio del Seguro Social, aportan mayores elementos para determinar con toda precisión quienes son considerados como beneficiarios,<sup>274</sup> se establece con absoluta precisión el término persona, como beneficiario de la relación jurídicas del matrimonio y del concubinato.

El Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE), en un primer informe manifestó que no es posible registrar como familiar derechohabiente a PMS. La lectura gramatical, lógico-sistemática de los artículos 6º, fracción XII, 39, 40, 131, y 135 de la Ley del ISSSTE,<sup>275</sup> desprende que en el caso del matrimonio y concubinato se reconoce como familiares derechohabientes al varón con relación a la trabajadora o pensionada y a la mujer con relación al trabajador o pensionado, en la ley Estatal no existe discernimiento en lo se respecta a las parejas casadas, hace mención de hijos procreados biológicamente, resulta ilógico pensar que los niños adoptados por PMS no gocen del beneficio.

Todos tenemos derecho a los servicios médicos, el cónyuge o a falta de éste, el varón o la mujer con quien la trabajadora/trabajador o pensionada (do) convive, labora

---

<sup>273</sup> El propio apartado b del artículo 2º también impone la protección de la salud de las mujeres indígenas migrantes, en su fracción viii.

<sup>274</sup> SECRETARÍA DE SALUD, SISTEMA DE PROTECCIÓN SOCIAL EN SALUD. Elementos conceptuales, financieros y operativos, 2a ed., México, Secretaría de Salud, FUNSALUD, INSP, FCE, 2006, pp. 18-19.

<sup>275</sup> Diario Oficial de la Federación, 07 de julio de 2014

en una empresa tiene derecho a recibir los beneficios. La normatividad institucional entiende como matrimonio la unión de personas y de los hijos de estos, en consecuencia la prestación de los servicios que la misma prevé pueden ser dirigidos a tales.<sup>276</sup> El subsecuente informe rendido por el ISSSTE indicó que la consulta formulada para saber si era procedente inscribir como beneficiario al cónyuge del derechohabiente, registra como cónyuge una pareja sin importar cuál sea su sexo, dicha inscripción no era procedente, de conformidad con el artículo 41, fracción I de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado,<sup>277</sup> dicho numeral no va de conformidad con “interés superior del niño tratándose de la adopción por matrimonios entre personas del mismo sexo”<sup>278</sup>.

### **“DERECHO A LA VIDA FAMILIAR DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO.”**

A partir de los miramientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la similitud entre las parejas homosexuales y heterosexuales en cuanto a su capacidad de desarrollar una vida familiar, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, entiende que la vida familiar entre personas del mismo sexo no se limita únicamente a la vida en pareja, puede extenderse a la procreación y crianza de niños/niñas según la decisión de los padres. Existen PMS que tiene una vida familiar con niños/niñas procreados o adoptados por ellos, o parejas que utilizan los medios derivados de los avances científicos para procrear”.<sup>279</sup>

El apellido del menor

Un interés particularmente importante es el apellido del menor adoptado, como lo establece el Artículo 7 de la convención sobre los derechos del niño, todos los niños tienen derecho a un nombre inmediatamente después de nacer, y según el artículo 8 de

---

<sup>276</sup> MARTÍNEZ, GABRIEL, *Análisis de desigualdad del gasto en salud en México*. Documento de apoyo del Informe sobre Desarrollo Humano, México 2011. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, México, 2008, p. 6. También Aguilera, Nelly, *Gasto en Salud: gasto público en salud en México en el marco de la cobertura universal*, México Evalúa

<sup>277</sup>. Artículo 41. También tendrán derecho a los servicios del seguro de salud en caso de enfermedad, los Familiares. Derechohabientes del Trabajador o del Pensionado que en seguida se enumeran

<sup>278</sup> Jurisprudencia Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Registro: 161284, Instancia: Pleno, Tomo XXXIV, agosto de 2011, Tesis: P./J. 13/2011, Página: 872

<sup>279</sup> MAZZONI, JULIETA Y RIPA, MARIANELA. “*El Derecho al nombre y las vías para su reclamo judicial*”, EN: *Revista de Derecho de Familia*. III. Buenos Aires, 2015: Abeledo Perrot.

la misma convención el Estado está obligado a velar por la protección de dicho nombre.<sup>280</sup>

Los hijos adoptivos llevarán el apellido de los adoptantes, a petición de este pueden cambiar el nombre, si se tratare de una mujer casada con un hombre, cuyo marido no adoptare al menor, llevará el apellido de soltera de la adoptante a menos que el cónyuge autorizare expresamente a darle su apellido.<sup>281</sup> Si se tratare de una mujer o un hombre casado con una persona del mismo sexo cuyo cónyuge no adoptare al menor, llevará el apellido de soltera/o del adoptante, a menos que el cónyuge autorizare expresamente a ponerle su apellido.

Cuando la adoptante fuere viuda o viudo, el adoptado llevará el apellido de soltera/o, salvo que existieren causas justificadas para imponerle el de casada/o, es la única tipología que permite agregar el apellido de origen, a como prever el supuesto de reconocimiento posterior tras la adopción,<sup>282</sup> lo que se regula es correcto si se refiere a algún supuesto que no está contemplado por el artículo 322 del Código Civil, es compatible con el régimen jurídico actual en materia de adopción.

### 2.3.- DERECHO A UNA VIDA DIGNA Y DESARROLLO INTEGRAL

Los niños son el grupo más vulnerable de la sociedad, estos se convierten en el eje del sistema jurídico familiar, destaca su peso en la balanza del derecho para obtener respuestas jurídicas acordes con el respeto y la protección de su interés superior.<sup>283</sup>

El interés del menor significa adentrarnos a un concepto relativamente indeterminado, los derechos de los niños son ilimitados, existe una gran cantidad de criterios objetivos que deben ser tomados en cuenta para ser valorados, también habrá de ponderarse, algunos aspectos objetivos que individualizaran cada caso concreto.<sup>284</sup>

<sup>280</sup> OCDE, Estudios de la OCDE sobre los sistemas de salud, México, op. cit., Pág. 11.

<sup>281</sup> DE FRANCESCO, FERNANDO (2013). *“El nombre de las personas físicas: concepto, evolución histórica. Naturaleza Jurídica, teorías”*, EN: Bigliardi y Verde de Ramallo (dir.) Aspectos constitucionales y civiles del nombre. Buenos Aires, 2013: Ed. la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

<sup>282</sup> LEVY, SANTIAGO, *Buenas intenciones, malos resultados. Política social, informalidad y crecimiento económico en México*, México, Editorial Océano, 2008, pp. 318 y ss.

<sup>283</sup> TORRES, ALEJANDRO DANIEL. *Sobre adopción*, Recurso de Hecho. Sentencia de Corte Suprema de Justicia de la Nación, T. 70. XXXIV, 15 de febrero. 2000.

<sup>284</sup> RAFAEL PORTUGAL FERNÁNDEZ., ALBERTE ARAÚXO VILAR, *APORTACIONES DESDE LA SALUD MENTAL A LA TEORÍA DE LA ADOPCIÓN POR PAREJAS HOMOSEXUALES*, Vol.3, núm. 2 - Julio 2004

El bienestar del menor basado en la buena fe, busca el bienestar espiritual, físico y económico, dicho esto el juez puede determinar discrecionalmente si las personas que estarán a cargo del menor son aptas, tomando en cuenta aspectos tales como; Respetar los derechos fundamentales, aquellos consagrados en la Convención de los Derechos del Niño, proteger a los menores por medio de las leyes nacionales, locales, federales y los tratados/acuerdos internacionales.

Salvaguardar el Interés Superior del Menor adoptado por PMS, de manera tácita, el interés superior del menor condiciona la normativa, un criterio de integración, en la medida que se le considera la parte débil necesita más protección, los tribunales mexicanos sostienen que el interés superior del menor y el interés de los padres no son opuestos, sino el uno del otro. El orden público e interés social recolecta varios preceptos civiles, como es el caso de la Familia”, las disposiciones de los familiares tienen por objeto proteger el interés social del niño y el desarrollo de los miembros del núcleo, basados en el respeto a la dignidad,<sup>285</sup> del artículo Cuarto Constitucional, dispositivo para salvaguardado el núcleo familiar.

La heterosexualidad no garantiza condiciones óptimas para el desarrollo del menor: no tiene que ver con la heterosexualidad o la homosexualidad, sino con la calidad humana. Todas las formas/modelos de familia tienen ventajas y desventajas, cada familia tiene que analizarse la calidad humana. La SCJN afirma: “no pasa desapercibido que el estándar de los procedimientos de adopción en México está muy por debajo de los niveles internacionales”.<sup>286</sup>

Cuando existen una ruptura entre las parejas el Estado busca proteger la integridad de los menores, estadísticamente en el 95% de los casos se les concede la guarda custodia a la madre, siempre que no haya problemas específicos que aconsejen tomar otra medida, la patria potestad de los hijos menores es atribuida a ambos

---

<sup>285</sup> Artículo 138 Ter. Título Cuarto Bis. De la Familia. Capítulo Único del código civil de la Ciudad de México.

<sup>286</sup> Seminario de la SCJN, tesis 2015, ministro Arturo Zaldívar aseveró que de haber prohibido que las parejas homoparentales adoptaran, la Corte habría constitucionalizado la discriminación

progenitores, cuando uno tenga la guarda custodia el otro sigue teniendo la patria potestad, en tanto no se ponga en peligro la integridad física o moral de los hijos.<sup>287</sup>

Lo fundamental de la adopción por PMS es que se trata de una institución jurídica formulada en forma específica para la protección de menores, los lineamientos establecidos en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, sólo en circunstancias muy particulares se permite la adopción de mayores de edad o la adopción de menores por personas de la tercera edad,<sup>288</sup> es el menor quien tiene derecho a integrarse a una nueva familia cuando por el motivo que fuese se rompiera con el vínculo familiar de origen, si un menor no puede ser reintegrado en su familia de origen se puede instituir la adopción.

La oposición de algunos sectores de la población para denegar la adopción por PMS no tiene fundamento, el derecho a adoptar no existe sino el derecho de los menores a ser adoptado, los menores tienen que ser protegidos, el centro de la institución jurídica llamada adopción: se trata de dar una familia a un niño y no dar un niño a una familia.<sup>289</sup> La gran discriminación social que sufren las PMS, no estar en posibilidad de adoptar,<sup>290</sup> lo que debe tener en cuenta son los derechos e intereses del adoptado (del niño), considerar que tan acta es una pareja, el Estado no debe tomar en cuenta las preferencias sexuales sino el cumplimiento de todos los requisitos para garantizar el correcto desarrollo del menor, tener los medios económicos suficientes para solventar la manutención, subsistencia, proporcionar educación y cuidado de la persona que adopta como hijo, el adoptante debe ser una persona apta física y mentalmente, que la adopción sea de beneficio para él niño.

Aquello que sea más adecuado para el menor, la forma más amplia de proteger las garantistas y el desarrollo de la niñez, por medio de actos jurídicos que resuelvan la

---

<sup>287</sup> LÓPEZ GÁLVEZ & MORENO GARCÍA, JUAN MANUEL, *¿Industria de la fertilidad o respuesta a la búsqueda del hijo biológico?*, Treinta años de reproducción asistida en España, España, Ministerio de Justicia, 2015, p. 244

<sup>288</sup> ídem

<sup>289</sup> PNUD, Informe sobre Desarrollo Humano México 2011. Equidad del gasto público: derechos sociales universales con subsidios focalizados, México, PNUD, 2011, p. 16.

<sup>290</sup> Primera Sala. Décima Época. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 38, enero de 2017, Pág. 127. 2013531. 1a./J. 8/2017 (10a.).

situación de todos los solicitantes que cumplan los requisitos exigidos por la ley, se le ve la posibilidad de solicitar la certificación de la idoneidad.<sup>291</sup> El Estado tiene la obligación de garantizar que los menores sean adoptados por personas y/o parejas que cumple con los requisitos que marca la ley, la discriminación no es idóneo (tanto si se es heterosexual como si se es homosexual) si queremos hablar de derechos humanos del niño. La discriminación se diferencia de la inadmisión cuando no se toma en cuando aquello que más beneficia al menor de edad (razones ajenas a la orientación sexual), se menosprecia a una persona por sus preferencias sexuales.<sup>292</sup>

El análisis normativo del código civil después de la reforma del año 2009 en la ciudad de México, su aplicación práctica puede reducirse al debate social, la identidad de género, aún antes de la reforma una persona podía adoptar sin que se excluya de manera expresa a la homosexual.<sup>293</sup> Existen muchos casos de personas homosexuales que han adoptado a un menor sin tener pareja, adopciones nacionales e internacionales, hoy por hoy un homosexual puede adoptar individualmente a un menor de edad, es desigual que solo una persona goce de los derechos que se le conceden al adoptante. El hombre como un ser social, no puede realizarse si no es por medio de las relaciones sociales con los demás, “los niños necesitan estímulos para realizarse plenamente, estos los encuentran en la familia, la cual es importante en su proceso de desarrollo”.<sup>294</sup>

La adopción de un menor no es un acto jurídico exclusivo para la familia tradicional, formada por un matrimonio heterosexual que no puede tener hijos.<sup>295</sup> La adopción supone el deseo por parte de una pareja de personas adultas de tener un hijo, un medio para el deseo de ser padre o madre, cuando por causas de fuerza mayor (generalmente biológicas) se elige una alternativa a la biología, la incorporación de un menor a la familia para crear nuevos vínculos afectivos”,<sup>296</sup> si una relación entre padre e hijo se desarrolla de forma estrecha se afecta el carácter emocional del niño, se debe

---

<sup>291</sup> Blum, Ann S., 1998, “Public Welfare and Child Circulation, 1877-1925”, *Journal of Family History*, vol. 23, núm. 3, pp. 240-71.

<sup>292</sup> MARÍA ELENA ORTA GARCÍA, *La adopción en México*, UNAM, 2013,

<sup>293</sup> MARTÍN MEDEM, JOSÉ MANUEL, *Niños de repuesto: tráfico de menores y comercio de órganos*, Editorial Complutense, 1994, Madrid.

<sup>294</sup> *Psicología Jurídica*, Volumen 14, año 2004. Págs. 81-98. ISBN: 84-87566-33-7

<sup>295</sup> Castro, F. y Lapastora, M. (2007). *Niños adoptados. Estrategias para afrontar conductas*. España.

<sup>296</sup> Buil, E., García Rubio, E., Lapastora, M. y Rabasot, M. (2005). *La adopción por homosexuales*. Recuperado el 12 de febrero del 2011

haber una buena comunicación para que exista una verdadera relación paterno filial, el desarrollo de los roles. Cuando un vínculo se establece de forma sana, genera en el niño seguridad y confianza para con sus pares adoptivos, forma la estabilidad emocional del niño. Diversos cambios políticos y sociales han permitido que la estructura familiar cambie, adopción por PMS es algo difícil para nuestro país, pero es posible por medio de la multitud de leyes y normativas que busca proteger los derechos de los niños en México.

En algunos países del viejo continente (Por regla general está reconocida la adopción individual en toda Europa, salvo algunas excepciones.) como es el caso de Finlandia las PMS pueden optar por la custodia compartida. Suecia es el primer país del mundo en aprobar la adopción de niños por PMS extranjeras. En Estados Unidos se había dado un paso histórico, en el Estado de Vermont se pueden celebrar uniones civiles entre PMS, se reconoce la capacidad de estas parejas para adoptar un hijo.<sup>297</sup> En Canadá se ha legalizado recientemente el matrimonio entre PMS. En México solo en el distrito federal se ha legalizado el matrimonio por PMS, la adopción en pareja es una discusión, es difícil de establecer pese a que va enfocado a proteger la vida digna de los niños. Las PMS pueden contraer matrimonio, concubinato, ofrecer una familia a niñas(os) que carecen de ella.

Los criterios jurisprudenciales sustentados por la SCJN permiten la adopción filial, por encima de todo están los niños y niñas de México, se puede lograr el auxilio de la ciencia jurídica, modificar el criterio clásico de la filiación para dar prioridad a la voluntad y el respeto a la vida, la nueva realidad. La laguna del derecho genera una desigualdad en la maternidad/paternidad, es prioridad del Estado resolver cualquier controversia del derecho que pueda dificultar el avance jurídico de la adopción.<sup>298</sup>

La academia americana de pediatría publicó en febrero del 2002 una serie de declaraciones, manifiesta su apoyo a la adopción por PMS, señala que el principal beneficiado es el niño, recalco que los niños merecen la seguridad de dos padres legalmente reconocidos, dejar de lado prejuicios sociales y puntualizar que un número

---

<sup>297</sup> Allen, Mike, 1999, "Women Accused of Smuggling Used a Friendly Approach", New York Times, 31 de mayo, pp. B1, B5.

<sup>298</sup> Revista Española de Derecho Constitucional, 107, mayo-agosto (2016), pp. 217-253

de estudios suficientes sugiere que “los hijos de padres homosexuales tienen las mismas ventajas, expectativas de salud, adaptación y desarrollo que los hijos de parejas heterosexuales”.<sup>299</sup>El libro “Homosexualidad y adopción” da cuenta de todos los mitos/miedos de la adopción por PMS, los padres homosexuales pueden cumplir con las funciones y responsabilidades atribuidas a la parentalidad (socialización, cuidados, entrega de una identidad, protección y afectividad), en muchos sentidos “una pareja que cría un hijo no se distancia de la familia nuclear tradicional”.<sup>300</sup>

Las nuevas generaciones son las encargadas de resolver la nueva realidad social, estar de acuerdo con esta nueva forma de vida en la sociedad, favorecer a las minorías, la comunidad homosexual, los niños, son unos grupos sumamente vulnerados en nuestra actualidad, no debe impedirse que se abra el diálogo para resolver una situación, predecir que la mentalidad de los mexicanos sea más flexible, la aceptación a la diversidad pedagógico, la protección del interés superior del menor cuyo derecho a un bienestar físico y mental es la base para formar la nueva realidad social de México, la prioridad del Estado.<sup>301</sup>

El objeto del trabajo de investigación interdisciplinario es el intercambio de los diferentes puntos de vista, el estudio de aquellos que hayan dado sus aportes. Es fundamental dejar claro que interés superior del menor está por encima de los derechos de las PMS, no existe controversia al respecto, el menor o en su caso el incapaz (en el Distrito Federal, Art. 390 del Código Civil, en el Estado de Tabasco Art. 398) es quien resulta más beneficiado al tener una vida libre de miseria.<sup>302</sup>

En la antigüedad se admitía la adopción, en las culturas clásicas conservadoras, el caso de los hindúes, griegos y romanos, con los cuales alguien podía hacer suyo al hijo ajeno;<sup>303</sup> la adopción en aquel entonces tenía por objeto asegurar la persistencia del culto doméstico a los antepasados, a los penates. Había que garantizarle al fallecido una feliz estancia en el más allá, como consecuencia el adoptado era un simple objeto, apegado a las disposiciones del adoptante. Hoy los derechos de los menores tienen

---

<sup>299</sup> Cid, M. y Pérez, S. (2006). La adopción, un tema de nuestro tiempo. España: Nueva editorial.

<sup>300</sup> Uziel, MATRIMONIO HOMOSEXUAL Y ADOPCION, editorial REUS, Madrid, 2010,

<sup>301</sup> Engels, Federico (2000, 2012). El origen de la Familia, la propiedad y el estado. Moscú. Progreso

<sup>302</sup> Art. 390 del Código Civil del Distrito Federal.

<sup>303</sup> Cfr. FUSTEL DE COULANGES, Numa Dionisio. Obras maestras. Barcelona, España. 1965. P. 67

mayor valor jurídico, un carácter inalienable a la personalidad del niño. En la antigua India en todas partes se temía y reverenciaba a los espíritus de los antepasados. En el antiquísimo Código de Manú (circa 1500 A.C.) disponía, en aquellos casos en los que la naturaleza no conceda hijos, una persona puede adoptar para que no cesen las ceremonias fúnebres.<sup>304</sup> Al indio le preocupaba exageradamente que concluyese el culto familiar; en el Bhagavad – Gita el cual dice que “Ojalá nazcan siempre en nuestra descendencia hijos que nos ofrezcan el arroz, la leche y la miel”,<sup>305</sup> para ellos la extinción de una familia es la ruina religiosa de esta, privan a los antepasados de las ofrendas, caen en la mansión de los desgraciados. En los helenos el origen de la religión fue el culto a los muertos, quienes trajeron esta práctica de culturas mesoasiáticas, particularmente de la indoeuropea aria.<sup>306</sup> Se reflejaba en la creencia que se era urgente la necesidad de perpetuar el culto.

A mayor abundancia más felicidad, el título para determinar legalmente la filiación parental, un reconocimiento del hijo/hija, tiene el carácter de prueba plena, aun antes de adoptar el cónyuge acepta que dicha persona es hijo suyo, el fundamento no se encuentra en la verdad biológica. Si se hablara de una de mujeres unida en concubinato, se requiere de la voluntad del cónyuge para adoptar, su aceptación a través del consentimiento previo e informado, ambos cónyuges conocen el procedimiento y el resultado. Un trato desigual a hombres y mujeres por su identidad juzgando su estado civil, se traduce en una violación a los derechos humanos reconocidos a nivel internacional, si bien es exigible la unión marital como un condicionante para hacer exigible la presunción de la paternidad o la maternidad, muchas entidades federativas no han hecho las reformas pertinentes a los ordenamientos legales aplicables.<sup>307</sup>

Los interesados pueden contraer matrimonio previo al juicio de amparo, que obliga a las autoridades civiles a casar a quienes tiene el deseo de hacerlo, causa una

---

<sup>304</sup> TURNER, RALPH. *Las grandes culturas de la humanidad. Fondo de Cultura Económica*, II. Los imperios clásicos. Cuarta impresión. México. 1985. P. 723

<sup>305</sup> Citado por FUSTEL DE COULANGES, Numa Dionisio. op. Cit. Pág. 62.

<sup>306</sup> Cfr. SIERRA, JUSTO. *HISTORIA DE LA ANTIGÜEDAD. Obras completas X. Universidad Nacional Autónoma de México*. 1984. P. 139.

<sup>307</sup> Es posible apuntar el paulatino reconocimiento de los matrimonios homosexuales llevado a cabo por los órganos jurisdiccionales de Canadá, Sudáfrica, México y algunos estados norteamericanos. Véase al respecto Hodson, L., «A Marriage by Any Other Name? Shalk and Kopf v Austria», *Human Rights Law Review*, vol. 11, 2011, núm. 1, pp. 170-179.

serie de conflicto entre en mandato del máximo tribunal del país y la autonomía del Estado. Si se reconoce el derecho de las PMS se construye una familia y se defiende el ejercicio del derecho de niño a una vida digna, la adopción debe reconocer que se (en términos del artículo 4) tiene el derecho a procrear a través de la reproducción asistida o mediante el alquiler de un vientre (vientre rentable). Como consecuencia se les debe atribuir la filiación de los hijos así procreados, estableciendo la doble maternidad y doble paternidad por medio de la adopción.<sup>308</sup>

## CAPÍTULO 3.- DERECHO DE LA ADOPCIÓN POR PMS.

### Sumario

3.1.- Antecedentes generales de la adopción por PMS 3. 2.- La no discriminación por cuestión de preferencia sexual. 3.3.- El derecho humano de los homosexuales a adoptar. 3.4.- Derecho comparado de los menores adoptados con el derecho de las PMS a adoptar 3.5.- Consecuencias del derecho de adopción por PMS.

### 3.1.- ANTECEDENTES GENERALES DE LA ADOPCIÓN POR PMS

La adopción surgió desde épocas primitivas hasta la época de justiniana, posteriormente surge en el derecho romano dos formas clásicas de adopción: la adoptio y la adrogatio. En el derecho Justiniano la datio in adoptione tenía lugar mediante una declaración de voluntad del pater familias adoptante, el consentimiento del adoptado y de quien le tenía bajo su patria potestad, todo ello ante el magistrado quien tenía la autoridad para resolver cualquier controversia, el sistema de aquel entonces tenía una semejanza con el sistema actual, se guiaba por el principio “dame el hecho y yo te daré

---

<sup>308</sup> No resultan ajenos a la evolución jurisprudencial los cambios ocurridos en los ordenamientos jurídicos de los países del Consejo de Europa en los años inmediatamente anteriores a la sentencia Schalk. Así, mientras que, en agosto de 2004, cuando la solicitud fue presentada ante el Tribunal, tan sólo dos Estados miembros reconocían el matrimonio homosexual (Países Bajos y Bélgica), cuando los jueces de Estrasburgo emitieron su fallo el número había aumentado a seis (España, Noruega, Suecia y Portugal) y poco más tarde se sumó Islandia. Junto a estos países, un número creciente de Estados europeos había legislado a favor del reconocimiento legal de las parejas de hecho homosexuales

el derecho”.<sup>309</sup> Todos los demás miembros de la familia se consideran *alieni iuris*, si se trata de un *alieni iuris* se llama *adoptio*, quienes no tenían la capacidad de adquirir bienes, pues todo el patrimonio familiar estaba bajo la titularidad del *pater familias*.<sup>310</sup>

La *adoptio* permitía que una persona sujeta a la patria potestad de otra “*alieni iuris*” ingrese a una nueva familia, primero el sujeto se desligaba de la potestad del *pater* al que estaba sujeto en el momento, posteriormente se incorporaba a la familia del nuevo *pater*. En la *adrogatio* el nuevo integrante de la familia era un sujeto *sui iuris*, del cual a su vez dependía una familia, pues el sujeto se integraba al nuevo grupo familiar.<sup>311</sup> La *adoptio* y la *adrogatio* tenían predominantemente fines sucesorios, no tenía como objeto beneficiar a un huérfano o abandonado, sino de perpetuar la dinastía, los linajes y transmitir el patrimonio.

Justiniano, en las instituciones estableció tipos de adopciones radicalmente distintas; la *adoptio plena*, es la adopción tal como había sido conocida en el derecho romano antiguo,<sup>312</sup> en la que el adoptado de manera completa ingresaba como un nuevo miembro del grupo familiar con todos los derechos y obligaciones. La *adoptio plena* creada por Justiniano no desvincula al adoptado de su propia familia, ni lo substraer de la potestad del *pater familias* del grupo a que naturalmente pertenece,<sup>313</sup> ésta figura jurídica permaneció en el código civil napoleónico, las disposiciones sobre la materia contenidas en el código francés, son las mismas que fueron introducidas con el apoyo del consejo del Estado, tan ambiciosamente deseadas por Napoleón, a fin de asegurarse la sucesión por vía hereditaria del imperio. Los códigos civiles mexicanos se inspiraron en el código civil francés, pero no se reglamentó la adopción con las mismas características.

En España el derecho Romano comenzó a influenciar de tal manera que la adopción se practicaba aplicando el Fuero Real, las Partidas y la Novísima Recopilación. Estos cuerpos jurídicos se aplicaron en el México Colonial, hasta la

---

<sup>309</sup> EL PRINCIPIO PROCESAL *Da mihi factum, dabo tibi ius* EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

<sup>310</sup> *Alieni iuris*, Personas sujetas a la potestad del jefe de familia, con todas las limitaciones en su capacidad jurídica, *pater familias*, es un ciudadano romano *sui iuris*, no está sometido a ninguna autoridad familiar y ejerce poderes sobre las personas a su cargo, como son la patria potestad.

<sup>311</sup> BARRY, A. *The rise of a Gay and Lesbian Movement*. Boston. Twayne Publishers, G. K. Hall & Co, 1987.

<sup>312</sup> PETIT, EUGENE, *Derecho Romano*, Porrúa, México 2009, Pág. 33.

<sup>313</sup> Ídem

sanción del Código Civil.<sup>314</sup> El recibimiento de un hijo debía hacerse con otorgamiento del rey, se asemeja al hecho natural, refiere en la Ley II el Fuero Real de España en su libro IV, título XXII que regula la adopción, “de los hijos adoptivos”, denominándose la adopción prohijamiento y estableciendo la manera de realizarla, quienes puedan prohijar y a qué infantes es procedente apadrinar, atendiendo su edad.<sup>315</sup> Según la Ley I del título el prohijamiento es una forma de emparentar, se puede dar de dos maneras, una es cuando el padre legítimo da a su hijo a otro padre para que lo prohije, es necesario que a quien se prohija exprese su consentimiento por palabra o no contradiciendo. Otra manera que se tenía es cuando el hijo careciera de un padre legítimo o hubiere salido de su potestad, entonces era este quien debía otorgar su consentimiento por palabra.<sup>316</sup>

La colonia tuvo otro ordenamiento que trascendió la época, la “Novísima Recopilación”, en su séptimo libro, título XXXVII, Ley III recoge los decretos emitidos en relación a la situación de los expósitos. Era el rey quien asumía la tutela de los huérfanos y abandonados, los protegía internándolos en hospicios. Es hasta el gobierno de Ignacio Comonfort, que en enero de 1857 expide la Ley Orgánica del Registro del Estado Civil, por medio de la cual se establece en toda la república mexicana el registro civil y la obligación para todos los habitantes de inscribirse en ellas; reconoce como acto el estado civil, el nacimiento, matrimonio, adopción, el sacerdocio, la profesión de algún voto religioso temporal, perpetuo y la muerte.<sup>317</sup> Son las leyes de reforma decretadas en 1859 por el presidente Benito Juárez las que reconocen como acto el estado civil: el nacimiento, la adopción, el reconocimiento, la arrogación, el matrimonio, el fallecimiento y dispone el establecimiento en toda la República de Jueces del Estado Civil.

---

<sup>314</sup> RUIZ LUGO, ROGELIO A., *La Adopción en México*, México, rusa, 2002, p. 17.

<sup>315</sup> La Ley I de la Ley de las Siete Partidas, obra de Alfonso X “El Sabio”, estableció en la Cuarta Partida, título XVI, Partida 4a., título XVI, Ley I.

<sup>316</sup> CALVO, KERMAN. *Ciudadanía Y Minorías Sexuales: La Regulación Del Matrimonio Homosexual En España*. Estudios De Progreso. Madrid: Fundación Alternativas, 2005

<sup>317</sup> LÓPEZ GÁLVEZ & MORENO GARCÍA, JUAN MANUEL, “¿Industria de la fertilidad o respuesta a la búsqueda del hijo biológico?”, Treinta años de reproducción asistida en España, España, Ministerio de Justicia, 2015, p. 244

El código civil de 1870 sólo reconoció la consanguinidad y la afinidad, no reconocía la adopción como forma de parentesco. Se debían a que el legislador de la época calificaba de innecesaria y pernicioso la inclusión de esta figura en la ley,<sup>318</sup> el código civil de 1884 sigue el mismo criterio, no reconocía más parentesco que la consanguinidad y la afinidad. La ley sobre relaciones familiares de 1917, en su numeral 220 definió a la adopción como un acto legal, por el cual una persona mayor de edad acepta a un menor como hijo propio, adquiriendo respecto de él todos los derechos que un padre tiene, contrayendo todas las responsabilidades que el mismo reporta respecto de la persona, su hijo natural,<sup>319</sup> aunado lo anterior el artículo 222 preceptuaba que se permitía adoptar a toda persona mayor, libre de matrimonio e instituía que el hombre adoptara sin el consentimiento de su mujer, pero sin la posibilidad de llevarlo al domicilio conyugal.

En ese mismo orden de ideas el código civil de 1928 para el distrito federal, regulo la adopción en materia común y federal en toda la república, permitía realizar adopciones simples, aunque la relación parental era únicamente entre adoptado y adoptado. Con la reforma del código civil se instituyen cambios fundamentales como el establecimiento de la adopción plena, el parentesco que se le reconoce al consanguíneo, se extiende con todos sus efectos y a los parientes del adoptante.<sup>320</sup>

#### Época prehispánica

Los antecedente de la adopción resultan algo interesante al saber que en México históricamente la adopción tubo sus orígenes en la época de los antiguos aztecas entre los años 1168 y 1325, ellos tenían un organización jurídica por medio de la cual ordenaban el rango de las personas en su sociedad, para el caso de las adopciones, el casamiento en un principio era un acto que tenía un carácter ceremonial, la primera

---

<sup>318</sup> BAQUEIRO ROJAS, EDGAR, “Derecho de familia en el Código de 1870”, Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM, México, t. XXI

<sup>319</sup> SALDAÑA JESÚS, *Régimen Jurídico de la adopción en el Código Civil* para el Distrito Federal consultado en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libro>

<sup>320</sup> Una de las más importantes contribuciones del derecho romano a la teoría y a la historia de la presunción de la paternidad en matrimonio es el célebre pasaje pauliano recogido por los compiladores justinianos en el Digesto D.2,4,5: ‘quia semper certa est (mater), etiam si vulgo conceperit: pater vero is est, quem nuptiae demostrant’. Se trata de una regla que encierra una expresión inequívoca: el que nace de matrimonio es hijo del marido de la madre y por supuesto la madre siempre es cierta

figura que se tenía era la edificación de un templo,<sup>321</sup> solo que con otro nombre, en lugar de llamarse familias se denominaban clanes, la adopción lejos de ser un tema del Estado moderno en realidad es una formación instituida desde tiempo muy remotos, aun antes de la llegada de los españoles al continente americano.

También se encuadra el primer modelo de municipio, bajo la denominación de “El calpulli” el cual era la unidad municipal de la organización política y social, siendo en ese entonces que el primer hombre era el jefe de barrio conocido como el calpulle, lo que hoy en día sería el presidente municipal, el presidente municipal tenía una jerarquía que le permitía tomar como hijos suyos a los hijos de una persona que habitara el territorio que abarcara la jurisdicción de su municipio.<sup>322</sup> En aquel entonces la familia era la base de la sociedad, esta se conformaba en el matrimonio de un hombre y una mujer, siendo ésta de suma importancia para los aztecas y por consiguiente si no se celebraba de acuerdo a las ceremonias de los rituales acostumbrados no era válido, las ceremonias no tenían ningún reconocimiento dentro de la sociedad española, ellos habían traído el catolicismo, dejaba atrás las prácticas culturales de nativos de la región.

La patria potestad que los padres tenían sobre sus hijos llegaba hasta el grande que un padre podía vender a su hijo como esclavo, ponerlos a trabajar, darles de azotes, golpearlos, herirlo en el castigo, el abuso con violencia, azotarlo, también incluía la pena de muerte, los padres podían disponer de la vida de los hijos y también quitárselas a voluntad. Si el padre fallecía, “el hermano de éste podía ejercer la patria potestad teniendo que casarse con la viuda del hermano; o si el hermano faltase entonces los abuelos lo suplían”.<sup>323</sup>

### ***Época colonial***

Con la llegada de los españoles a América se inició una serie de cambios en la estructura del sistema político y jurídico, lo que era la América antigua se regía más por las costumbres y creencias de los pueblos prehispánicos, , aunque la imposición de las

---

<sup>321</sup> CHÁVEZ HAYHOE SALVADOR, *Historia Sociológica de México*, Editorial Salvador Chávez Hanhoe, México 1944, p. 105

<sup>322</sup> ESQUIVEL OBREGÓN TORIBIO, *apuntes para la Historia del Derecho en México*, t. III.- Editorial Polis, México, 1937, p. 50

<sup>323</sup> TREJO RODRÍGUEZ, E *Derecho Precolonial*, Instituto de Investigaciones Sociales de la UNAM, México

leyes españolas no fue total, pues en la Ley IV del Título I, del Libro II, de la recopilación de las leyes de indias realizada en el año de 1860, ordenaba que se respetaran las leyes de los indios, aquellas que ellos mismos se dieran con la condición que no fueran contrarias a la religión cristiana o a las leyes del consejo.<sup>324</sup> Se rigieron distintos ordenamientos jurídicos, si una ley indígena no contradecía las leyes de los españoles tenía una aplicación/valides como cualquier ley de España, como eran: Las Leyes Españolas vigentes en la Nueva España; Leyes que fueron dictadas y estuvieron vigentes en la Nueva España y; Las Leyes expedidas exclusivamente para la Nueva España, que fueron: El fuero Real (1245) donde encontramos la figura de la adopción;

b. El fuero Juzgo;

c. Los Fueros Municipales;

d. La Novísima Recopilación (1805) y

e. Las Siete partidas de Alfonso X que también presentaba la figura de la adopción.

En el caso de las siete partidas fueron el antecedente del derecho positivo mexicano, es en la partida IV donde se regulaba la adopción, misma que fue aplicada y reconocida en esta época, estas leyes son el primer antecedente de las instituciones adoptivas en el derecho positivo, se regulaba la forma en cómo sería la relación jurídica que se establecía entre el adoptado y el adoptado.<sup>325</sup>

México independiente

Con la llegada de la liberación mexicana se hicieron nuevos cambios en el sistema jurídico, con la independencia de México no se crearon nuevas leyes para regir la normativa interior del país. Se continuaba con la aplicación de las leyes españolas,

---

<sup>324</sup> MOLINER NAVARRO, ROSA M., op. cit., pp. 221 y ss. Otra clasificación que también proviene del derecho español es la siguiente: 1) Leyes de parejas “de máximos”, que serían aquellas leyes que buscan la equiparación con el matrimonio; 2) Leyes de parejas “de mínimos”, que serían aquellas leyes que, “pudiendo otorgar derechos frente a la descendencia (presente y futura), deciden no hacerlo (cohabitacionales)”; 3) Leyes de uniones civiles homosexuales, y 4) Matrimonio homosexual (FLUITERS CASADO, RAFAEL, “Adopción por parejas del mismo sexo. Una perspectiva judicial”, en Consejo General del Poder Judicial, op. cit., pp. 362 y 363).

<sup>325</sup> HERRERA, MARISA y SPAVENTA, VERÓNICA, “La filiación adoptiva como causa fuente de monoparentalidad- desmonoparentalidad”, en GROSAN, CECILIA O. , Familia monoparental, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2008, p. 325.

hasta la llegada de la ley orgánica del registro del Estado civil del 27 de enero de 1857 donde “se estableció en el artículo 12, los actos civiles que eran necesarios”.<sup>326</sup>

*I. El nacimiento;*

*II. El matrimonio;*

*III. La adopción y la arrogación;*

*IV. El sacerdocio y la profesión de algún voto religioso temporal o perpetuo;*

*V. La muerte;*

Código civil de Oaxaca y de Veracruz (1828 y 1869).

Como parte de la historia de nuestra legislación, el código civil del Estado de Oaxaca, es el primer cuerpo legal en materia civil que regula la adopción como un medio de adicionar al adoptado como un miembro de la familia.<sup>327</sup> Con la llegada del México e Iberoamérica se divide en tres libros, el cual consta de 1415 artículos, dedicando un título a las personas y en particular a la adopción, cada uno de estos fueron promulgados en distintas fechas: 31 de octubre de 1827 denominado de las personas, promulgado por José Ignacio Morales. 02 de septiembre de 1828 Titulado de los bienes y las diferentes modificaciones de la propiedad promulgado por Joaquín Guerrero. 29 de octubre de 1828 llamado de “los diferentes modos de adquirir la propiedad promulgado por Miguel de Iturrigaría”.<sup>328</sup> Estas leyes estuvieron influenciadas por la legislación napoleónica, aunque su contenido es más amplio y profundo. El primer capítulo llamado de las personas, título VIII contempla la adopción en sus artículos del 199 al 219, que podemos mencionar ciertos ejemplos a continuación.

“Artículo 199. La adopción solo es permitida a las personas de uno u otro sexo que tengan más de cincuenta años de edad, que en la época de la adopción no tengan descendientes legítimos, que no estén ordenados in sacris y que por lo menos tengan 15 años más que los individuos que se proponen adoptar”<sup>329</sup>.

---

<sup>326</sup> CHAVEZ ASENCIO MANUEL, *La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Paterno Filiales*, Editorial Porrúa, México, p. 214

<sup>327</sup> CECILIA GROSMAN en varias oportunidades, siendo una bibliografía de referencia obligada su obra *Familias ensambladas*, de Editorial Universidad, Buenos Aires, 2000

<sup>328</sup> *Gran Enciclopedia Larrouse en 10 Volúmenes*. - Tomo II, Editorial Planeta, México, p. 122

<sup>329</sup> Código Civil para el Estado de Oaxaca, 1828, artículo 199.

“Artículo 201.- Ninguna persona casada puede adoptar por sí sola, a menos que sea con el consentimiento del otro consorte”.<sup>330</sup>

Del texto ante mencionado se puede apreciar cuales eran los requisitos que se exigían para poder concretar los trámites de adopción, en el código antes mencionado, dicho acto lo podían celebrar las personas mayores de cincuenta años de edad y que no tuvieran descendientes legítimos, prohibiéndose la adopción a los eclesiásticos,<sup>331</sup> esto se encuentra inspirado en las leyes que fungieron como legislación en Francia, este condigo tiene muchos elementos jurídicos que se utilizan actualmente en nuestra sociedad, se tomó en cuenta para su realización el código que estableció Napoleón Bonaparte para regir la conducta de las instituciones.

En esta legislatura el adoptante debía ser una persona mayor de edad, pero en el caso que el adoptante tuviera menos de 25 años de edad se tenía que contar con la aprobación de sus padres, en el caso de tener más de 25 años era suficiente con la sola voluntad del adoptante según el artículo 203 del código, el adoptado no obtenía el derecho de sucesión respecto de los bienes de los parientes del adoptante, pero tenía iguales derechos como si fuera hijo de matrimonio para heredar del adoptante, el hijo adoptado tenía las mismas posibilidades a heredar los bienes del adoptante pero no sobre los bienes de los familiares secundarios.<sup>332</sup>

El código civil de Veracruz entro en vigor el 18 de diciembre de 1868, en aquel entonces el gobernador del Estado era el licenciado Francisco H. en este código se reglamentaba la adopción en el derecho, poniendo como condicionante que el adoptante tenía que tener 50 años cumplidos como edad mínima para poder adoptar, también establecía que debían haber una diferencia de 18 años como un mínimo de diferencia de edades entre el adoptante y el adoptado, siendo este redactado por el presidente del H. Tribunal Superior de Justicia del Estado, Lic. Fernando Corona, quien fue el que reglamentó lo referente a la adopción en el capítulo V del título VI del libro I, código civil de 1870.<sup>333</sup>

---

<sup>330</sup> *Código Civil para el Estado de Oaxaca*, 1828, artículo 201.

<sup>331</sup> RUIZ LUGO, ROGELIO A., *La Adopción en México*, México, Rusa, 2002, p. 17.

<sup>332</sup> ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “¿Derecho interregional civil en dos escalones?”, Libro Homenaje a Ildefonso Sánchez Mera, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2001, pp. 1787-1808,

<sup>333</sup> ARRIJOJA VIZCAÍNO, ADOLFO, *Derecho fiscal constitucional*, 18a. ed., México, Themis, 2002, p. 69.

El código civil de 1870 y el de 1884 para el distrito federal no regulaba la adopción, el Código Civil de Oaxaca de 1871 estableció el procedimiento para quien quisiera adoptar/arrogar. El requisito principal establecido por este código eran que solo el varón que estuviera fuera de la patria potestad de su padre podía adoptar, lo segundo era una diferencia de edad entre adoptante y adoptado sería de diez a ocho años. El procedimiento de adopción como arrogación era iniciado ante el Poder Judicial del Estado, pero era el Poder Legislativo quien resolvía.<sup>334</sup>

En el código civil de 1870 del D.F “no se contempló la adopción, se consideraba totalmente inútil y fuera del todo de las costumbres”.<sup>335</sup> Pudieron ser muchas las razones para no considerar la adopción, lo más probable es que no se consideró a la adopción en el código civil de 1870 por las circunstancias que prevalecían en el país en esas fechas, porque eran de mayor trascendencia la situación política, el legislador dejó de contemplar esta institución en este código. Durante este periodo el país se encontraba pasando por una situación de conflictos armado-políticos, que pusieron el interés político por encima del interés social.

Don Justo Sierra quien era el comisionado para redactar este código contemplo como segundo argumento la exposición de motivos del código civil de 1870, que sería algo muy difícil el cambiar de manera tan positiva la vida doméstica de las familias, ello implicaba contraer una carga económica con los adoptados, como es el caso de darle educación, derecho de heredar bienes materiales, fortuna.<sup>336</sup> Traducido en bienes que se podían obtener por el adoptante sin necesidad que contraiga obligaciones que más tarde le pesen, en vista de una posible ingratitud del adoptado, una adopción por medio de la cual se adquirieran todos los derechos que implicaba ser hijo de otra persona, sin que ello ameritara tener que servir en calidad de esclavo o pagar con una mala calidad de vida.<sup>337</sup>

---

<sup>334</sup> TAMAYO HAYA, SILVIA, *El estatuto jurídico de los padrastrros*. Nuevas perspectivas jurídicas, Madrid, Reus, 2009, p. 20.

<sup>335</sup> *Gran Enciclopedia Larrouse en 10 Volúmenes*, Tomo IV, Editorial Planeta. - México, p. 170

<sup>336</sup> TRACOL, XAVIER. "The Pacte Civil De Solidarité (PACS)." En *Legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe*, eds. Katharina Boele-Woelki y Angelika Fuchs, 68-80. Antwerp, Oxford and New York: Intersentia, 2003.

<sup>337</sup> MATA PIZAÑA, FELIPE DE LA Y GARZÓN JIMÉNEZ, ROBERTO, *Derecho familiar y sus reformas más recientes a la legislación del Distrito Federal*, 3a. ed., México, Porrúa, 2006.

La convicción de creer que los mexicanos pueden hacer el bien durante su vida y después de su muerte sin necesidad de contraer obligaciones artificiales, no consideraba necesario cumplir con las obligaciones que no fueran naturales. Se temía que el nacimiento o cumplimiento del derecho de un hijo que no fuera natural, abriera la puerta para disgustos de todo género, causando aún crímenes que es necesario evitar, siembran el más completo desacuerdo entre las familias”.<sup>338</sup> El código civil mexicano era carente de derecho, (publicado el 8 de diciembre de 1870) pese a que fue creado a petición del presidente Benito Juárez no contemplaba la adopción plena,<sup>339</sup> fue hasta el gobierno de Manuel Gonzales quien en 1882 conformo una comisión para que hiciera una revisión del código civil de 1870, dicha comisión se encargó de reproducir el código y hacer una reproducción fiel, la cual fue expedida el 31 de marzo de 1884.

#### Código Civil de 1884

Este código hablaba únicamente del reconocimiento de los hijos naturales, manifestaba que adoptar a otra persona, otorgándole los mismos derechos que un hijo natural podría causar graves problemas en el ordenamiento social, deja como única opción la legitimación, reconocimiento y posesión de estado de hijo.<sup>340</sup> Las relaciones que se establecían entre las partes eran únicamente civiles, el lazo de los hijos adoptivos, el parentesco civil de la adopción no otorgaba al adoptado el derecho de suceder lo bienes del adoptante o de algún familiar de este, el objeto de las disposiciones especiales en nuestra legislación y en los códigos de las naciones Europeas coexiste entre sí por haber ley que lo reconozca.<sup>341</sup> No hubo un cambio tan relevante con la creación de este nuevo código, en materia de adopción *no incluye a esta* Institución, solo se dedicaron a realizar una revisión del código de 1870, no una nueva creación en el sistema legislativo mexicano.

#### Ley sobre Relaciones Familiares.

---

<sup>338</sup> Código Civil del Distrito Federal y Territorios de Baja California de 1870, Exposición de Motivos, México, pp. 37 y 38.

<sup>339</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, ALMA MARÍA, “Nuevos dilemas jurídicos de la reproducción asistida en España: la reproducción post-mortem y la doble maternidad”, Treinta años de reproducción asistida en España, España, Ministerio de Justicia, 2015, pp.124-126.

<sup>340</sup> CARBONELL, MIGUEL, *La reforma constitucional en materia de derechos humanos novedades*, México, 18 de mayo de 2013.

<sup>341</sup> MATEOS ALARCÓN MANUEL, *Estudio sobre el Código Civil para el Distrito Federal*, México, p. 156.

Una vez concluida la revolución mexicana Venustiano Carranza considero que era el momento para que se expidieran leyes que regularan las relaciones familiares, dio como fruto la visualización del derecho familiar, fue así como el día nueve de abril de 1917 se publicó en el diario oficial de la federación el nuevo código civil,<sup>342</sup> entro en vigor el día catorce del mismo mes y año, México fue el primer País de aquel entonces en crear un cuerpo jurídico que protege el derecho familiar, tiene un cuerpo autónomo, instituciones que orgullosamente fungen como organizaciones que protegen a la familia,<sup>343</sup> se incorporaron importantes reglamentaciones que dieron una transformación sustancia en la familia y en el matrimonio, ambas van de mano, transformaciones como: El Matrimonio es disoluble. Igualdad entre el hombre y la mujer en el matrimonio. Igualdad del nombre de todas las especies de hijos naturales. Modificación del régimen legal de ganancias por el de separación de bienes.

En esta nueva ley se pueden notar importantes cambios, tales como lo es el restablecimiento de la adopción como una institución en la cual se tenía el mismo derecho a poseer el mismo nombre de los hijos naturales, lo cual eran un derecho que no se contemplaba en los códigos de 1870 y 1884, este nuevo código contemplaba una reglamentación distinta de la adopción en la ley, conceptualizaba la adopción en sus artículos 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236 de la ley sobre relaciones capítulo XIII. Si entramos al contenido podemos encontrar que los artículos más importantes son:

“Artículo 220: Adopción es el acto legal por el cual una persona mayor de edad acepta a un menor, como hijo, adquiriendo respecto de él todos los derechos que un padre tiene y contrayendo todas las responsabilidades que el mismo reporta, respecto de la persona de un hijo natural”.<sup>344</sup> Este artículo tiene una expresión más abierta, no impone una diferencia de edades entre el adoptante y el adoptado, nos habla de personas mayores de edad, hace una omisión de lo que se respecta a la adopción de

---

<sup>342</sup> A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “*Nuevos modelos familiares y Derecho internacional privado*”, Las uniones estables de pareja, Cuadernos de Derecho Judicial, 1-2003, pp. 127-164,

<sup>343</sup> ARISTON BARION PERES, ANA PAULA, *A adoção por homossexuais. Fronteiras da Família na Pos-modernidade*, Río de Janeiro, Renovar, 2006, p. 205.

<sup>344</sup> Ley sobre Relaciones Familiares, Artículo 220

personas mayores de edad e incapacitados, como también, que los adoptantes deberán ser mayores de 21 años,

“Artículo 221: Toda persona mayor de edad sea hombre o mujer que no está unida a otra en legítimo matrimonio, puede adoptar libremente a un menor”.<sup>345</sup> Tradicionalmente era un condicionante tener que estar casado para poder adoptar, esta ley tenía tal autonomía que en este artículo daba la libertad para adoptar sin necesidad que un hombre y una mujer este forzosamente unido en matrimonio

“Artículo 222: El hombre y la mujer que estuvieren casados, podrán adoptar a un menor cuando los dos estén conformes en tenerlo como hijo de ambos. La mujer solo podrá hacer una adopción por su exclusiva cuenta, cuando el marido lo permita. Este si podrá verificarla sin consentimiento de la mujer, aunque no tendrá derecho a llevar al hijo adoptado a vivir al domicilio conyugal”.<sup>346</sup> Hay una diferencia de igualdades, nos refiere que la mujer casada necesita la autorización del esposo para adoptar, en cambio el esposo sí podrá adoptar sin el consentimiento de la esposa, teniendo como limitante el poderlo llevar a vivir al domicilio conyugal, aún no había una equidad de género entre en el hombre y la mujer, el hombre seguía teniendo un mando que le permitía imponer su voluntad por encima de la mujer.

“Artículo 223: Este se refiere al consentimiento de las partes, el cual puede otorgarse por:

1. El menor, en caso de tener 12 años cumplidos.
2. El que ejercería la patria potestad sobre el menor que se trata de adoptar, o la madre en el caso.
3. El tutor del menor cuando existiera; y
4. El juez del lugar del domicilio del menor, que se pretenda adoptar cuando sus padres no fueran conocidos y carecieran de tutor legalmente nombrado”.

“Artículo 232: La adopción voluntaria puede dejarse sin efectos siempre que así lo solicite el que la hizo, y consientan en ello todas las personas que consintieron en que se efectuase”. Un punto de mucha importancia es el que el adoptante tiene el derecho de romper con este vínculo, “mediante la abrogación para lo cual tenían que

---

<sup>345</sup> Ley sobre Relaciones Familiares, Artículo 221

<sup>346</sup> Ley sobre Relaciones Familiares, Artículo 222

intervenir los sujetos que comparecieron en la celebración de la adopción”,<sup>347</sup> el adoptante tiene libre decisión sobre si continua con la relación establecida o rompe con esta.

#### Código civil de 1928.

Durante el periodo del presidente Plutarco Elías Calles, el derecho familiar da un riño al modelo social, trajo un cambio importante, se inició con la creación de un nuevo código civil que entró en vigor en los primeros meses del año 1928, pero el 12 de abril del mismo año la comisión encargada de redactar este código civil solicitó que se imprimiera para que primero se diera a conocer a la población, permitiendo de esta manera se tomaran en cuenta a los ciudadanos antes del inicio de vigencia, lo que se creyó conveniente, fue hasta el 1º de octubre de 1932 cuando el nuevo código entro en vigor.<sup>348</sup>

El código civil de 1928 trajo consigo la creación de los nuevos modelos parentales, para ser responsables de un menor de edad o de alguien que no fuera capaz de valerse por sí misma no se necesitaba tener la patria potestad o un poder absoluto sobre dicha persona.<sup>349</sup> El código estableció la protección de los menores no sujetos a la patria potestad, a los incapacitados con el sistema que permite la intervención de la autoridad judicial para nombrar tutores, la vigilancia del ejercicio de la tutela, creándose con esto el consejo local de tutelas y los jueces tutelares, llamados posteriormente jueces de lo familiar.

El 28 de mayo de 1998 se hicieron reformas publicadas en el DOF, decreto por el que se reforma y adiciona al código civil para el distrito federal, un nuevo régimen jurídico familiar en materia común, para toda la república federal era evidente la necesidad de actualizar la legislación jurídica de la adopción en México,<sup>350</sup> antes de la reforma de 1998, no se cumplía adecuadamente con la función de proteger a los menores e incapaces, la causa principal eran los efectos en la Litis, eran muy limitada a las partes.

---

<sup>347</sup> La Ley de Relaciones Familiares, Ediciones Andrade, Tercera Edición, México 1980, p. 4

<sup>348</sup> Familias reconstituídas. Novas uniões depois da separacao, 2a. ed., São Paulo, Editora Revista Dos Tribunais, 2010

<sup>349</sup> ARISTON BARION PERES, ANA PAULA, *A adocao por homossexuais*. Fronteiras da Familia na Pos-modernidade, Río de Janeiro, Renovar, 2006, p. 205.

<sup>350</sup> ídem

En 1980 el Estado de Quintana Roo y el Estado de México, realizaron reformas conducentes para incorporar la adopción plena, posteriormente la reforma de 1998 modifica la edad 14 años a 12 años como mínimo para que el adoptado manifieste su consentimiento.<sup>351</sup> Para ese año el Consejo de Adopciones de DIF Nacional, invito a asociaciones civiles e instituciones de asistencia privada a participar, con el objetivo de dar más niños en adopción, o en su caso revocar aquellas adopciones que puedan ser nocivas para el desarrollo del niño, se prohíbe proporcionar informe sobre los antecedentes de la familia del adoptado, excepto en los casos de impedimentos para contraer matrimonio, pero se da el caso que el año 2000 se deroga la adopción simple.

El 29 de mayo de 2000 se publica, en el *Diario Oficial de la Federación*, la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, ley reglamentaria del artículo 4o. constitucional, que en sus artículos 25 y 26 establece disposiciones aplicables a la adopción, refiriéndose específicamente a la adopción internacional en su artículo 27.<sup>352</sup> La adopción plena se conceptualiza como un equivalente al parentesco, el Código de Procedimientos Civiles dice que los estudios socioeconómicos y psicológicos están a cargo del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, el que podrá nombrar a profesionales con experiencia en la materia, casos especiales cuando se trata de una adopción internacional,<sup>353</sup> se faculta a la Secretaría de Salud, el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia, el Tribunal Superior de Justicia, la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

El marco jurídico nacional de la adopción en México ha pasado por diferentes reformas/adicionamientos desde la época del Virreinato hasta nuestros días, en cada entidad de la federación se ha legislado de diferente manera, habida cuenta que la protección de la familia es competencia local. Es factible referirse a 33 distintas formas de adoptar, incluyendo la regulada por el Código Civil Federal, se contemplan requisitos y procedimientos distintos en cada entidad federativa. Algunas entidades Federativas como San Luís Potosí, Sonora, Guanajuato, Baja California Sur y Jalisco

---

<sup>351</sup> BRENA SESMA, INGRID, *Las adopciones en México y algo más*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 18

<sup>352</sup> Revista de Derecho Privado, Cuarta Época, año II, núm. 3, op. Cit. Pág. 188

<sup>353</sup> HERRERA, MARISA Y SPAVENTA, VERÓNICA, "*La filiación adoptiva como causa fuente de monoparentalidad- desmonoparentalidad*", en GROSMAN, CECILIA O. (dir.) y HERRERA, MARISA (coord.), *Familia monoparental*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2008, p. 325.

definen la adopción como un acto jurídico o un estado jurídico. El Código Civil Federal no define la adopción con un concepto, definen según el artículo 390 del código civil federal, sólo se hace mención de los requisitos que deben cumplimentarse para adoptar, pero no se brinda un concepto.<sup>354</sup>

En todas las entidades federativas existen la adopción, la adopción plena se contempla en las 32 entidades federativas, debido a que en 1995 sólo 7 estados de la República habían surtido efecto la reforma, la adopción internacional por extranjeros se incorporó en 1998 mediante un adiciónamiento al Código Civil.<sup>355</sup> En 2004 mediante algunas otras reformas al mismo Código Civil se presentan algunas modificaciones. El artículo 410 E define a la adopción internacional como la promovida por nacionales en otro país, con residencia habitual fuera del territorio nacional, tiene por objeto incorporar a una familia al menor que no puede encontrar familia en su propio país de origen.

Esta disposición se rige por los tratados internacionales suscritos y ratificados por el Estado mexicano.<sup>356</sup> La adopción por parejas extranjeras se refiere aquella promovida por ciudadanos de otro país, con residencia permanente en el territorio nacional. Es menester hacer mención, que no se prevé el supuesto de la adopción promovida por mexicanos con respecto a infantes cuyo país de origen sea diferente México, 14 entidades federativas regulan la adopción internacional, 10 entidades federativas toman la definición del Código Civil Federal; el Estado de México la refiere asimismo, en este código y en la Ley de Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado.<sup>357</sup>

---

<sup>354</sup> AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Uniones de hecho. Una nueva visión después de la publicación de las leyes sobre parejas estables, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 296 ss.

<sup>355</sup> Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, Núm. de Registro: 22553, Instancia: Pleno, Tomo XXXII, diciembre de 2010, página 991.

<sup>356</sup> ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "Igualdad, competencia y deslealtad en el sistema de Derecho interregional (y en el de Derecho internacional privado)", REDI, 2001-1 y 2, vol. LIII, pp. 49-74, p. 70.

<sup>357</sup> M.E. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.E. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, *La legislación autonómica sobre uniones de hecho*. Revisión desde la Constitución, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003 pp. 60-61.

### 3.2.- LA NO DISCRIMINACIÓN POR CUESTIÓN DE PREFERENCIA SEXUAL.

La adopción por PMS es un tema muy debatido en México, según el punto de vista de cada persona prohibir la adopción por PMS es una discriminación para aquellas personas que desean ser padres, en pareja o solteros, para otras personas no es acto que una PMS adopte a un niño que se encuentra en estado de indefensión,<sup>358</sup> pensar solo en la unión heterosexual es algo poco educativo. La nueva realidad social reclama que PMS ejerzan su derecho ser iguales ante los demás, al no poder procrear en forma natural, necesitan el apoyo de las herramientas normativas, elementos jurídicos que amparan a aquellas parejas que se encuentren casadas. El panorama es diferente según se trate la pareja, mujeres o hombres. Si es una pareja de mujeres y tienen un hijo, la maternidad de quien lo haya procreado no puede ponerse en duda, la utilización de un método de procreación asistida es más usado que en una pareja de hombres, para una mujer es más accesible tener un hijo biológico.

Un ejemplo es la sentencia pronunciada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la sentencia emitida el 22 de enero de 2008 resolvió que es una discriminación el denegar a la mujer lesbiana ser candidata para adoptar, basándose en sus preferencias sexuales.<sup>359</sup> En países tradicionalmente conservadores como lo es México, hablar de este tema es delicado, a pesar que existe resistencia no se puede negar que existe, las posturas a favor o en contra se debe analizar. La pregunta se centra en que si este modelo familiar propicia un desarrollo sano y pleno para los niños. La evolución del derecho civil ha permitido que se oficialice la relación por PMS a través del matrimonio, o de cualquier otra relación que se le asemeje, habiéndose reconocido la unión legal de la PMS la adopción queda al libre criterio para toda aquella persona que desee ser candidato.<sup>360</sup>

---

<sup>358</sup> Medina, Graciela, Uniones de Hecho-Homosexuales, año 2001, Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe.

<sup>359</sup> En la reciente sentencia Gas y Dubois c. Francia, solicitud núm. 25951/07, de 15 de marzo de 2012, el Tribunal consideró que al denegar a una mujer lesbiana la petición de adopción simple de una hija de su pareja, las autoridades francesas no habían infringido el art. 14 CEDH en combinación con el art. 8 CEDH. En este caso, los jueces de Estrasburgo arguyeron que no existía diferencia de trato basada en la orientación sexual de las demandantes, puesto que las parejas de hecho heterosexuales tampoco podían ver aprobadas sus peticiones similares de adopción simple.

<sup>360</sup> Michel, Andrée, Sociología de la Familia y de Matrimonio. Ediciones Península, 1974. Barcelona

Para el caso de México también es aplicable, el Distrito Federal en virtud de reformas al Código Civil, publicadas en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el 29 de diciembre de 2009, el reconocimiento del matrimonio por homosexuales, la unión en concubinato, abrió la posibilidad de la adopción. La comunidad homosexual como parte de la humanidad está amparada por los documentos jurídicos de carácter internacional, tal es el caso de los tratados internacionales como los son la Declaración Universal de los derechos del hombre,<sup>361</sup> y la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, estos documentos jurídicos establecen aquellos derechos inherentes e individuales, de los que nadie puede ser privado por motivo alguno, ni preferencias sexuales.

La adopción por PMS no se encuentra regulada expresamente en la legislación familiar de todos los Estados de la república mexicana, el reconocimiento se deriva según sea el código civil de cada Estado, en la ciudad de México aquellas parejas que viven en matrimonio o concubinato pueden adoptar,<sup>362</sup> en la mayoría de las entidades federativas se acepta la adopción por personas solteras. La evaluación de la adopción plena es muy estricta y compleja, persigue la finalidad de evitar una decisión favorable a una PMS. En aquellos casos de personas solteras, la adopción simple implica que solo una persona gozará de la patria potestad del adoptado, quien sea su pareja no tendrá derecho alguno sobre este, en la adopción simple los familiares tampoco gozan de la creación de una relación filial entre estos y el niño adoptado.

#### Marco doctrinal sobre los derechos de los homosexuales

La diversidad es la base de la vida en armonía de una sociedad, durante el primer foro de diversidad sexual y derechos humanos, “La experiencia homosexual”: para comprender la homosexualidad desde dentro y fuera, proporciona algunos antecedentes relativos a la regulación y perspectiva de la homosexualidad en el mundo.<sup>363</sup> El estudio de los homosexuales, su reconocimiento y aceptación nos llevaría a una serie de

---

<sup>361</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE, ALDAZ CARLOS, *¿Por qué las parejas del mismo sexo no deben adoptar?*, Zaragoza, noviembre de 2004

<sup>362</sup> NICHOLSON, ALASDAIR, *THE Changing Concept of Family*, año 2006, The Significance of Recognition and Protection, E Law- Murdoch University Electronic Journal of Law, Vol. 3, N° 3.

<sup>363</sup> PÉREZ CONTRERAS MARÍA DE MONTSERRAT, op. Cit. Pág. 40.

investigaciones desde tiempo muy remotos, escritos como los Griegos, Romanos y otras fuentes históricas del mismo origen de los siglos IV al I antes de nuestra era.

Con la llegada del cristianismo la homosexualidad se penalizó al tal grado que se merecía la pena muerte por este acto, existía una ley conocida como *Lex Sactinia*, surgida aproximadamente en el año 226 antes de nuestra era, en la que se establecían castigos para cualquier forma de homosexualismo existente en Roma; las investigaciones sobre esta ley desprenden que se castigaba la prostitución y la castración involuntaria de niños. Cada ciudadano romano nacía libre, pero si tenía relaciones sexuales con otra persona del mismo sexo era merecedor de la pena de muerte, para el caso de los hombres no se aplicaba, el hombre tenía el derecho de tener sexo con otro hombre siempre que este fuera un esclavo, un prisionero o un prostituto, los señores tenía a sus esposas únicamente para asegurar su descendencia, utilizaban a sus jóvenes sirvientes para tener intimidad, un ciudadano romano podía explotar sexualmente a sus sirvientes sin cometer ningún delito "*deliciae*".<sup>364</sup>

De las penas previstas por la *Lex Scantinia* quedaban exentos los hombres nacidos en el caso de violación o relaciones sexuales pasivas forzadas. Según el jurista "*Pomponio, vi praedonum vel hostium*".<sup>365</sup> En el caso de aquel ciudadano romano que naciera libre y violara a otro ciudadano romano libre se consideró un crimen castigado con la pena capital, para el caso que fuesen esclavo se tenía como un signo de autoridad sexual, un rol activo. Para hacer una identificación y diferenciar a los ciudadanos romanos libres de los esclavos, evitar la violación de los jóvenes ciudadanos estos debían llevar una «*toga praetexta*», una especie de marca de «estado inviolable».

Con la llegada de la religión cristiana la actitud sobre el acto sexual comenzó a cambiar, la identidad religiosa del Imperio se modifica. Las antiguas culturas desaparecieron, los dioses paganos politeístas de la antigua Roma, como Júpiter y Marte fueron reemplazados por la nueva religión monoteísta del cristianismo, su influencia se extendió en todo el mundo clásico.<sup>366</sup> En el siglo IV después de Cristo se

---

<sup>364</sup> Dulce, delicado, se aplicaba a menudo a niños esclavos utilizados específicamente para la satisfacción sexual.

<sup>365</sup> «el hombre violado por ladrones o por el enemigo en tiempo de guerra no debe soportar ningún estigma

<sup>366</sup> Castro, Cristina, El presidente gay. 2013 28 de mayo, *Ámbito Jurídico*. P. 22

impusieron una serie de prohibiciones legales contra las prácticas homosexuales, comenzaron a ser criminalizados por los emperadores cristianos como ocurrió en el «*Theodosianus Codex*» (Recopilación de Leyes romanas).

El cristianismo trajo consigo un cambio en la mentalidad de la sociedad, la discriminación en contra de las personas con una preferencia sexual diferente, que no fuera la heterosexual. En el año 390, los tres emperadores cristianos, Valentiniano II, Teodosio I y Arcadio declararon ilegal la homosexualidad en todo el imperio, con pena de muerte para cualquier romano nacido libre, la homosexualidad pasó de ser un acto natural a ser un acto ilícito penado con la muerte. Bajo el emperador bizantino Justiniano I, (527-565 de cristo), “se decretó que cualquier forma de comportamiento homosexual era contrario a la naturaleza”,<sup>367</sup> fuera de la ley en todo el Imperio de Oriente. La influencia del cristianismo llegó al grado de ser la religión dominante del imperio Bizantino, sus ideales conformaban la cultura/forma de vida de la sociedad.

Los actos discriminatorios hacia PMS, el desconocimiento y la reprobación de la homosexualidad pública, los actos homosexuales, las violaciones al interés superior del menor comenzaron con la evangelización de los pueblos, La homosexualidad es mal vista por el Estado monárquico, durante el cristianismo se comienzan a expedir nuevas leyes sobre la materia. En estas nuevas leyes se prohíbe el reconocimiento público de las relaciones homosexuales; se establece que la religión oficial en el imperio romano sería la católica cristiana, se señalaba que quien no adoptara estas leyes sería juzgada como demente o insano, sería exhibido como hereje.<sup>368</sup> La iglesia católica cristiana privo a la sociedad de la libertad sexual, también a los niños de poder aspirar a integrarse a una familia, estableció la condición de hijo nacidos dentro del matrimonio. Con el paso del tiempo estas políticas terminaron por penalizar las relaciones homosexuales con penas corporales.<sup>369</sup>

Fue hasta los siglos XI y XIII después de cristo que surgen movimientos encaminados a la liberación de los grupos homosexuales, la inquisición católica opuso una fuerte resistencia que impidió el progreso de la libertad de pensamiento, las leyes

---

<sup>367</sup> PÉREZ CONTRERAS MARÍA DE MONTSERRAT, op. Cit. Pág. 46

<sup>368</sup> TORRADO, SUSANA. *Historia de la Familia en la Argentina Moderna*, 2003, Ediciones de la Flor S.R.L. Buenos Aires, Argentina.

<sup>369</sup> D'ANTONIO, DANIEL HUGO, *Régimen Legal de la Adopción*, Rubinzal-Calzoni, pág., 13.

del santo oficio y de la santa inquisición determinaron castigar con la pena de muerte a los sodomitas (homosexuales).<sup>370</sup> No se volvió a tocar abiertamente el tema del homosexualismo y se mantuvo en el secreto, la reprobación, el morbo y la negación social; sobre todo en países donde la cultura y la sociedad están fuertemente influidos por el machismo, quizás por eso el lesbianismo pasa, sólo un poco, más desapercibido.

En la década de los sesentas resurge con gran fuerza, un movimiento de liberación homosexual, fuertemente ligado con la liberación femenina, sobre todo en Estados Unidos, a partir de entonces el debate sobre la homosexualidad, la naturaleza y los derechos derivados de ella, se encuentran abiertos en todos los escenarios del desarrollo de la vida del hombre, fue el día 28 de junio de 1969 cuando estalla un movimiento, en el cual personas de distintas preferencias salieron a las calles a marchar exigiendo el reconocimiento de los derechos de los LGBT (lesbianas, gays, bisexuales y transexuales), de este movimiento surgen todos los términos que se mencionan para referirse a estas parejas, el 28 de junio se considera el día internacional de LGBT (lesbianas, gays, bisexuales y transexuales).<sup>371</sup>

En la actualidad no se sanciona a la homosexualidad con la pena de muerte, hasta hace poco era materia de agravante en los delitos de corrupción de menores en México.<sup>372</sup> Una mentalidad atrasada como la que tiene México ha impedido que se pueda dar paso a un sistema de respeto, el modelo conservador continúa imperando, continúa existiendo intolerancia por cuanto a la aceptación social, el reconocimiento jurídico de PMS, grupos de hombres y mujeres en muchos países del mundo, formas de vida que son rechazadas, las características religiosas, sociales e inclusive la moral de cada entidad. Algunos especialistas del tema manifiestan que el problema de la sociedad es la intolerancia, ha provocado a lo largo del tiempo eventos como el racismo, la homofobia, la persecución de los afroamericanos o la persecución de etnias, tiene su origen en la imposibilidad de entender una forma de vida diferente, pero con el mismo valor. reconocer los derechos, respetar la cultura, la religión y la organización

---

<sup>370</sup> WAGMAISTER, ADRIANA Y BEKERMAN, JORGE, *Adopción por parte de parejas del mismo sexo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, volumen 27, P.P 155-163

<sup>371</sup> MICHEL, ANDRÉE : *Sociología de la Familia y de Matrimonio*. 1974, Ediciones Península. Barcelona

<sup>372</sup> ELLIS, A. Y POWERS, B. *¡Acéptate, acéptalo! Cómo explicar y comprender las distintas orientaciones sexuales*. 1999, Barcelona: Paidós.

como ha sucedido en diferentes países de Europa y América, “resolver la problemática del ser humano, al pensar que todos los demás deben vivir como lo hace el mismo”.<sup>373</sup> La intolerancia se presenta en los grupos que viven una sexualidad distinta a la heterosexual, la heterosexual impuesta.

Toda distinción, exclusión o restricción basada en la orientación sexual, tenga por objeto menoscabar el goce o ejercicio del derecho de cualquier PMS, es un acto discriminatorio en contra de la integridad física y moral de las personas,<sup>374</sup> una violación a la igualdad reconocida en el orden jurídico nacional e internacional de los derechos humanos, políticos, económicos, sociales, laborales, culturales, civiles, las libertades y las garantías constitucionales. Tener preferencias sexuales heterosexuales, homosexuales o bisexuales no es un antecedente personal en la inclinación.<sup>375</sup>

La educación, cultural y el trabajo son elementos importantes que definen la calidad de vida de una persona, no las preferencias sexuales, en países como Estados Unidos, Australia y Canadá, el avance educativo ha combatido la ignorancia de la sociedad, en el contexto de la orientación sexual no se puede entender la discriminación por preferencias sexuales, diversidad sexual, asociaciones, organizaciones civiles, pensamientos o por la causa que fuese no es aceptado por el Estado. Una práctica discriminatoria por parte de una organización de cualquier índole, requiere la intervención del Estado, con el fin de prevenir cualquier acto que ponga en peligro la libertad de ideales, constituir o funcionar como miembro de una sociedad u organización de personas.<sup>376</sup>

#### Discriminación en o para el empleo

Es segregación por parte del patrón/empleador, la negativa de alquilar, contratar, obstaculizar el trabajo, suspender o despedir del empleo a cualquier individuo por su sola preferencia sexual, excepto en los casos de la calificación, la buena fe, no tener la capacidad técnica o profesional que se requiera para realizar el trabajo por necesidad. Una discriminación laboral es disminuir, condicionar las

---

<sup>373</sup> México, Grijalva, 2009, p. 63.

<sup>374</sup> Semanario Judicial de la Federación, 9ª época, Pleno constitucional, tomo 32, 2010

<sup>375</sup> Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED), órgano del Estado Mexicano que tiene como fin prevenir la discriminación en todo el país

<sup>376</sup> CHAN CHÁVEZ ISMAEL ANTONIO, *ACEPTACIÓN DE LA ADOPCIÓN POR PARTE DE PAREJAS HOMOSEXUALES*, 2011, Universidad Autónoma de Yucatán, Facultad de Psicología, Vol. 14 No. 3.

indemnizaciones, condiciones de trabajo, agencias de contratación (o bolsas de trabajo) que nieguen contratar una persona, excepto en los casos señalados, “negarse a clasificar correctamente al solicitante para un empleo, despedirlo sin referirlo al empleo que solicita, despedir a una persona por su orientación sexual”.<sup>377</sup>

En el caso de un sindicato, es una discriminación contra un individuo, cualquiera de sus miembros, patrón o empleado del patrón, cuando en virtud de sus preferencias sexuales se le excluya de todos los asuntos que tengan que ver con las condiciones laborales, la sola exclusión por el motivo que sea, es una violación a los artículos 4 y 1 constitucional de México. Discriminación en lugares públicos, es negar a cualquier persona un alojamiento en condiciones adecuadas, cualquier lugar público destinado al hospedaje de personas, hoteles, moteles o en cualquier otro lugar público, incluyendo centros de diversión y esparcimiento, son espacios abiertos al público, todos pueden gozar libremente de ellos.<sup>378</sup>

#### Asuntos de casa habitación

Constituyen un acto arbitrario negar vender/rentar/ negociar después de hacer una oferta de buena fe, hacer una propuesta económicamente imposible, negar la vivienda a cualquier persona por razón de su orientación sexual/preferencial. Actos que se realicen contra cualquier persona en “las condiciones, términos o privilegios de venta o renta de una vivienda, en cualquiera de los servicios o facilidades que de ellas deriven, cuando esté determinado por la orientación sexual del comprador o arrendador”.<sup>379</sup>

Mandar a imprimir, publicar cualquier aviso, declaración o anuncio relacionado con la venta/renta de una vivienda que indique cualquier preferencia, limitación que se base en la orientación sexual de la persona. A cualquier persona que por razón de sus preferencias sexuales no exista vivienda para inspeccionar, rentar o vender, cuando en ese lugar existan viviendas que están disponibles.<sup>380</sup> Los actos que considerando la

---

<sup>377</sup> ZANNONI, E.ZEUS, *Adopción y homosexualidad*, Colección Jurisprudencial, Rosario, Zeus, vol. 37 pág., 131.

<sup>378</sup> Revista Electrónica de Psicología Iztacala. 14, (3), 2011

<sup>379</sup> Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED), órgano del Estado Mexicano que tiene como fin prevenir la discriminación en todo el país.

<sup>380</sup> Cabral, Mauro y Maffia, Diana, *Los sexos ¿son o se hacen?*, 2013. Buenos Aires, Argentina.

preferencia sexual propicien la restricción o la intención de restringir las opciones de cualquier comprador, arrendatario para comprar o rentar la vivienda.

#### Pago de créditos

Que un acreedor por la sola tendencia, la orientación sexual niega el pago de un crédito, a cualquier persona que cuente con 18 años o más, en cualquier operación de crédito, ninguna institución bancaria puede hacer menosprecio alguno, al momento de brindar un servicio al cliente.<sup>381</sup>

En México se admite la gestación por encargo, dichas gestaciones no están a la par de la nueva realidad social, generan una grave laguna de derecho al exigir que haya un contrato”.<sup>382</sup> Como requisito ineludible sólo se puede practicar cuando “la mujer comitente o madre de intención sea infértil o esté imposibilitada a causa de alguna contraindicación dictada por un especialista”.<sup>383</sup> Se vuelve nugatoria la posibilidad para las parejas formadas por dos hombres, ir contra los principios de equidad de género, el libre desarrollo de la personalidad, por razones biológicas se ven imposibilitados para procrear un hijo propio, es necesario que un tercero agá una aportación, se podría ver poca decorosa pero ello no debe obstaculizar el derecho de cada persona a reproducirse, las parejas de hombres ven vulnerados sus deseos ante la imposibilidad física de procrear.

Hay que advertir que se volvió una práctica habitual que permitir la generación de ingresos, genera una fuerte laguna de derecho, un fuerte conflicto al Estado, es muy difícil resolver qué papel desempeña cada persona en lo que respecta al uso de la maternidad/paternidad subrogada cuando esta es utilizada por dos personas del mismo sexo. Se reconoce a toda persona, goza de los derechos y garantías establecidas en la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, como por los tratados internacionales, de forma clara y contundente el derecho Internacional de los Derechos Humanos. “La adopción es una institución que tiene por finalidad brindar protección o

---

<sup>381</sup> MARÍA ELENA ORTA GARCÍA, *La adopción en México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2013.

<sup>382</sup> El contrato que se suscribe es por escrito, ante notario público, y debe contener el consentimiento de manera indudable. No debe de haber intermediarios

<sup>383</sup> Con dos modalidades: subrogada, cuando la gestante también aporte sus óvulos, y sustituta, si sólo involucra su vientre en el proceso. En Sinaloa se contempla que puede ser onerosa o gratuita. Las dos establecen requisitos para la mujer gestante: su edad que debe oscilar entre 25 y 30 años, buena salud, entre otras. Los médicos e instituciones deben estar autorizados por la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado

un medio familiar, fundamentalmente a menores que se encuentran en estado de desamparo respecto de su familia”.<sup>384</sup>

Si dos personas adultas, en pleno ejercicio de sus facultades mentales deciden contraer matrimonio, no genera perjuicio a ningún tercero, desde la óptica de la salud mental no se pueden aportar argumentos en contra, por razones basadas en las doctrinas religiosas. En el ámbito estatal, la Ley para la Familia del Estado establece que “la familia es una institución social, permanente, compuesta por un conjunto de personas unidas por el vínculo jurídico del matrimonio o por el concubinato; por el parentesco de consanguinidad, adopción o afinidad y se reconoce a la familia como el fundamento primordial de la sociedad y del Estado.”<sup>385</sup>

Un alto porcentaje de la población de México está atravesando por una etapa de confusión y extrañamiento ante este último acontecimiento legislativo, se tiene la esperanza de enriquecer el debate académico y en su caso aflore la mejor solución/confirmación para las personas. Según el censo realizado por el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, “el principal problema para la adopción por homosexuales es un 52% la discriminación, un 26% la falta de aceptación, un 6.2 críticas y un 6.1 falta de respeto”,<sup>386</sup> desde el punto de vista práctico existe un derecho de los homosexuales, un derecho englobado a la no discriminación, “la situación de los hijos en adopción por PMS, es importante a la luz del derecho que los menores no se vean vulnerados”,<sup>387</sup> en nuestra sociedad hay poca cultura, tolerancia a las personas de preferencias sexuales distintas, el derecho superior de los niños debe ser privilegiado.

#### Discriminación en o por instituciones gubernamentales

Los servidores públicos, cualquier supervisor de personal deben reclutar, nombrar, asignar, entrenar, evaluar y promover al personal que trabaja al servicio del Estado, con base en el mérito y la capacidad técnica productiva de cada persona, sin considerar la orientación sexual de las mismas, prestar el servicio que les corresponde dentro de las funciones generales, por cuanto al fin de la institución específica su

---

<sup>384</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE, ALDAZ CARLOS, *¿Por qué las parejas del mismo sexo no deben adoptar?*

<sup>385</sup> BONNECASE JULIÁN, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, Vol. Biblioteca Clásicos del Derecho, Oxford: México p 261.

<sup>386</sup> Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación

<sup>387</sup> CFR. TENORIO GODÍNEZ, LÁZARO, *La suplencia en el derecho procesal familiar*. Fuero común, fuero federal, 2a. ed., México, Porrúa, 2006.

puesto, de forma expedita y eficiente, conforme a sus reglamentos y disposiciones administrativas, a cualquier persona. Cuando el Estado no actúa disponiendo “las medidas necesarias para evitar actos de discriminación ejecutados por particulares, o para investigar y castigar los mismo, en su caso conceder la indemnización oportuna”.<sup>388</sup>

#### Discriminación en instituciones educativas

Todas las instituciones educativas estatales y particulares, tienen la responsabilidad de asegurar los programas, planes, contenidos, actividades, materiales educativos, becas, métodos y los procesos de selección de alumnos, la contratación y clasificación de maestros o personal adscrito a las instituciones, libres de cualquier otra forma de discriminación.<sup>389</sup> La discriminación en cualquiera de sus formas está prohibida en México, según el artículo 1 de la constitución política de los estados unidos mexicanos. Todos los homosexuales son hijos de un hombre y una mujer, el conocimiento de los grandes pensadores como Sócrates y Platón manifiesta su apoyo a los homosexuales, aduciendo entre sus argumentos: “Todos los homosexuales fueron hijos de un hombre y una mujer, lo que significa que los hijos de homosexuales no tienen por qué seguir la tendencia homosexual”.<sup>390</sup>

#### Superar la discriminación

Según el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, un sector importante del foro jurídico sostiene que si bien existen diversos tratados internacionales, leyes nacionales en donde se especifica que nadie debe ser discriminado por sus preferencias sexuales,<sup>391</sup> se da el caso que de acuerdo a la hermenéutica jurídica ello no implica “contrario sensu”,<sup>392</sup> no debe comprender tendencias tácitas o expresamente semejantes a las identificadas tradicionalmente dentro del sexo femenino y masculino. Las PMS o de otra índole natural, ajenas a una relación de pareja tradicional, tienen por objetivo esencial la conformación de una

---

<sup>388</sup> Ídem

<sup>389</sup> Revista de Derecho Privado, Cuarta Época, año II, núm. 3, 16

<sup>390</sup> Por qué tanto miedo”, Revista Proceso, México, 17 de enero de 2010, p. 55.

<sup>391</sup> LÁZARO TENORIO GODÍNEZ, *MATRIMONIO ENTRE HOMOSEXUALES Y ADOPCIÓN DE HIJOS*, UNAM, México, Pág. 14.

<sup>392</sup> Loc. lat. cuyo significado es; "en sentido contrario". Se emplea como argumento cuando se deduce una consecuencia opuesta a lo afirmado o negado en una premisa dada.

familia, a través de la reproducción de la especie, como se ha hecho en las últimas décadas.

Han quedado superado, en la realidad social/cultural de muchos países, entre los que se encuentra México, entre los derechos humanos de las minorías está comprendido las relaciones con personas del mismo sexo, “algo indispensable para poder debatir con una cierta racionalidad en el contexto homofóbico en México sería escuchar a quienes tienen conocimientos sobre desarrollo infantil y el psiquismo humano podrán demostrar algunos prejuicios”.<sup>393</sup> No polarizar a la población con descalificaciones estériles que conducen a nada, tomar consciencia del ejercicio democrático que implica opinar y ser escuchado en un tema novedoso, la trascendencia de las familias mexicanas, la reflexión y sensibilización, siempre la idea de preservar el equilibrio social que tanto hace falta en México y el mundo entero. De ahí el bello decreto del filósofo: “podré no estar de acuerdo con sus palabras, pero daría mi vida por defender su derecho a pronunciarlas”.<sup>394</sup>

### 3.3.- EL DERECHO HUMANO DE LOS HOMOSEXUALES A ADOPTAR.

Toda persona tiene la libre decisión de procrear, tener/no tener hijos, no depende de ninguna figura tradicional, el matrimonio es un derecho humano del que nadie puede ser privado. La adopción es cuando una o más personas toman la decisión formar una familia, por medio del vínculo matrimonial, o de otro tipo de unión. Personas solteras o casadas, las preferencias sexuales no es un condicionante para exigir sus derechos.<sup>395</sup> Los derechos ilimitados que tienen los homosexuales, Lesbianas/Gais son la Igualdad, la educación, la dignidad humana, la familia, el trabajo, la libertad de expresión, libertad de pensamiento, de prensa, reunirse, asociarse, libertad de culto, la no tortura ni tratos crueles e inhumanos, no discriminación.<sup>396</sup>

<sup>393</sup> LNT 23-06-07. Realidad gay, Mis padres son Gay, 2/7.

<sup>394</sup> LÁZARO TENORIO GODÍNEZ, *MATRIMONIO ENTRE HOMOSEXUALES Y ADOPCIÓN DE HIJOS*, UNAM, México, Pág. 14.

<sup>395</sup> Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, Instancia: Pleno Jurisprudencia, Tomo XXXIV, agosto de 2011, Materia(s): Constitucional, Tesis: P./J. 14/2011, Página: 876

<sup>396</sup> ZANNONI, E., *Adopción y homosexualidad*, Colección Jurisprudencial, Rosario, Zeus, vol. 37 Pág., 131.

La personalidad jurídica del Estado, seguridad social, las funciones públicas, políticas tienen que enfocarse en la protección de derechos, garantizar las condiciones de vida digna. Decir no a la suspensión, limitación o restricción de los derechos fundamentales que cada persona tiene por su sola naturaleza. Los niños son la principal razón por que los homosexuales deben adoptar, una PMS puede ofrecer a un hijo la oportunidad de integrarse a un hogar, recibir una educación que no podrían tener estando en las calles.<sup>397</sup> El artículo 4 constitucional otorga la garantía de tener la cantidad de hijos que se desee, “Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.”<sup>398</sup> Las PMS no pueden usar técnicas médicas de fertilidad para procrear, la adopción legal es la única manera de ser padre/madre.

La SCJN resolvió, si se les permite a las PMS casarse lo ideal es prever su derecho a la adopción, la procreación mediante las técnicas de reproducción asistida, como es el caso de una mujer lesbiana que aceptó tener intimidad con un hombre solamente para tener un hijo, o que un hombre gay pague un vientre rentado para tener un hijo.<sup>399</sup> La filiación que se origina por medio de la tesis jurisprudencial puede resolver una situación, la adopción de un hijo/una hija, cónyuges del mismo sexo legalmente casados, es la opción más adecuada, responde a la voluntad procreacional, puede ser que una PMS adopte plenamente a un hijo.

Si se trata de una pareja de mujeres donde una de ellas aporte los gametos, la otra haya llevado adelante la gestación, sólo esta última es madre y se considera la aportación genética de aquella. La ciencia permite atender las demandas de las mujeres, pero no las de los hombres “un ejemplo de la dificultad que tiene una pareja de hombres es que no se precisa su colaboración con una mujer para que lleve a cabo la gestación.”<sup>400</sup> La diferencia de posibilidades configura el derecho de los hombres a reproducirse, la necesidad de crear formas distintas al paralelo femenino, el derecho es una puerta para

---

<sup>397</sup> ANA DAYSU SALAS DOMÍNGUEZ, *adopción entre personas del mismo sexo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. 2013.

<sup>398</sup> ARTÍCULO 4, CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

<sup>399</sup> ALIAGA, JUAN VICENTE Y JOSÉ MIGUEL CORTÉS, *Identidad y Diferencia sobre la cultura gay*, 2007, Egales. Barcelona.

<sup>400</sup> AMADO, ANA Y NORA DOMÍNGUEZ COMP. Y OTROS, *Lazos de Familia. Herencias, cuerpos y ficciones*, 2004, Paidós. Buenos Aires

ambos géneros, se puede tener hijo por medio de la adopción. El derecho de los hombres a tener hijos es una expectativa de la realidad, depende de los logros jurídicos, de la ciencia del derecho, sea cual sea la preferencia sexual, en solitario o en pareja con otra persona.<sup>401</sup>

En la adopción tradicional, se prefiere que el adoptado logre diferenciar los roles paterno y materno de un matrimonio heterosexual formado por un hombre y una mujer, se pretende que la evolución jurídica de la adopción preserve estas dos imágenes, pero el derecho no se sustenta en la orientación sexual de los adoptantes, se sustenta en dar la mejor protección al interés del niño/adoptado.<sup>402</sup> Un niño puede ser cuidado por una PMS que lo quiera, le brinde protección, después de evaluar los antecedentes históricos es posible deducir que el niño será feliz, desarrollara sus emociones, es un desatino despartar a un niño de un hogar estable solo por la orientación sexual de quienes lo desean adoptarlo.

El Estado mexicano exige como requisito para la adopción plena, que los adoptantes sean cónyuges casados, una pareja en unión libre no puede adoptar plenamente, aun cuando conviva con su pareja si no están casados el Estado no reconoce la unión parental. La adopción simple puede salvaguardar al hijo de uno de los convivientes.<sup>403</sup> La jurisprudencia de la SCJN ha admitido que quienes viven juntos han constituido un núcleo estable que brinda un adecuado marco a la seguridad del niño. Es un gran avance admitir casos de adopción plena de PMS.

Entre los personajes más destacados que nos hablan sobre los grandes avances que se tienen con la aceptación de las adopciones por PMS está el maestro Juan Carlos Hernández Meijueiro, perteneciente al centro de estudios sociales Xochiquetzal, A. C. (Xalapa, Veracruz), en su ponencia “La diversidad es la base de la vida”, expuesto durante el primer foro sobre diversidad sexual y derechos humanos, organizado por la asamblea de representantes del distrito federal del 12 al 14 de mayo de 1988, el cual nos explica que “la conducta de PMS no es algo nocivo para el desarrollo integral de

---

<sup>401</sup> AZPIRI, JORGE O, *Uniones de Hecho*. Editorial Hamurabi s.r.l..2003 Buenos Aires.

<sup>402</sup> BELLUSCIO, AUGUSTO, ADOPCIÓN. *Homosexualidad. Adopción individual por un soltero homosexual*, Buenos Aires, La Ley, volumen 2002, Págs 1197-1200.

<sup>403</sup> Belluscio, Augusto César (2006): Manual de derecho de familia. T. I. Editorial Astrea. Ciudad de Buenos Aires.

ningún niños,<sup>404</sup> no existe motivo por el cual se tenga que prohibir o denegar el derecho de las PMS a ser padres adoptivos de un niño huérfanos que se encuentra en la calle, un niño cuyo bienestar está por encima de cualquier prejuicio o tradición que pretenda limitar la espera jurídica.

Es un fenómeno social, no es la excepción sino la dinámica de la adopción como una institución jurídica, ha variado en sus objetivos al haber surgido como una institución que favorece los intereses del adoptante, para satisfacer las necesidades sucesorias conserva el linaje familiar, el culto doméstico, asegurando un remedio a la paternidad frustrada, hasta convertirse hoy en día en una auténtica forma de protección de los menores e incapacitados, prevalece el interés público sobre la voluntad individual, los derechos de los niños son el principal bien tutelado que se protege al dar a un niño que no tiene padres, ello significa que sin importar cuál sea el tipo de pareja adoptante los derechos de los niños están por encima de cualquier prejuicio social.<sup>405</sup>

Existen distintas formas de discriminar, estigmatizar a una persona, un recuento histórico hace un repaso de la violencia que han sufrido los homosexuales, los eventos que fueron necesario para el reconocimiento de sus derechos. En aquellos países donde se han legalizado el matrimonio por PMS, existen una fuerte distinción entre la igualdad plena de las adopciones y la alternativa de las “uniones civiles”,<sup>406</sup> Un régimen separo, cualquiera que este fuese solo es una forma de aparentar y/o de cubrir la exclusión de un grupo repudiado, negar las adopciones por PMS casadas, significa negar/restringir el disfrute/goce de los derechos que el marco otorga a todos por igual.

El bienestar psicológico del niño no está relacionado con el tipo de familia, sino con la calidad de la vida que lleve dentro de esta. El mayor anhelo de los niños es tener una infancia feliz, significa que las PMS pueden hacer feliz a alguien si lo adoptan, responder a las exigencias/necesidades del adoptado.<sup>407</sup> Lo esencial de la familia no radica en sus creencias religiosas ni en sus preferencias sexuales, sino en sus actitudes

---

<sup>404</sup> Juan Carlos Hernández Meijueiro, *La diversidad es la base de la vida*, Xalapa, Veracruz, Foro sobre Diversidad Sexual y Derechos Humanos

<sup>405</sup> LLOVERAS NORA Y MARCELO SALOMÓN, *El Derecho de familia*, desde la Constitución Nacional. Año 2009, Editorial Universidad S.R.L. Argentina.

<sup>406</sup> DUBAR, CLAUDE, *La crisis de las identidades*. Ediciones Bellaterra, año 2002 Barcelona

<sup>407</sup> GERLERO, MARIO SILVIO, *Introducción a la Sociología Jurídica*, año 2006 Buenos Aires, David Grinberg Libros Jurídicos.

educativas, en su capacidad para hacer frente a la responsabilidad de tener un niño bajo su cuidado. Prejuicios que existen con respecto a la homosexualidad convierten en un escándalo que dos hombres o dos mujeres cuiden a un niño. La parentalidad en PMS plantea una unificación interpretativa, el punto en común de la libre elección del consorte, los elementos psicológicos en juego son radicalmente diferentes, en una adopción no interviene las preferencias sexuales de los adoptantes sino la felicidad del niño y la de las PMS.

Lo primordial es analizar en cada caso concreto que beneficia más al interés del niño que se pretende adoptar, al no haber una regla general no hay favoritismo para las parejas heterosexuales. La orientación sexual de los adoptantes no debe constituir un impedimento para la adopción. La sexualidad es algo complejo para reducirlo a ser el estandarte de reivindicaciones ideológicas, se debe deslindar la orientación sexual de patologías vinculadas al bienestar.<sup>408</sup>

Para entender lo dicho por la tesis de la SCJN, es necesario analizar la regulación jurídica de la adopción en el marco normativo, la asamblea legislativa de la ciudad de México señaló que era necesario subsanar la falla técnico jurídica, era poco clara y controvertida, el 29 de mayo de 2000 el ejecutivo emitió un decreto publicado en diario oficial de la federación (DOF), el cual modifica la denominación del Código Civil para la Ciudad de México en materia común, para toda la república en materia federal, promulgado el 26 de marzo de 1928, se recogen sin modificar todas las disposiciones aplicables en materia civil para el distrito federal,<sup>409</sup> dejando vigentes todos sus preceptos para asuntos del orden federal, no es sino hasta el año 2008 cuando se pretende ampliar el criterio contenido en el Código Civil Federal, a un concepto más amplio de lo que solía ser el matrimonio y posteriormente la adopción de menores.

Para comprender la actual legislación, una breve reseña histórica de la institución jurídica en México. El respecto a la diversidad de género, de conciencia, es una realidad en nuestro país, no aceptarla/reconocerla representa desconocer las diferencias de pensamiento sea cual sea su modalidad,<sup>410</sup> lo que conlleva a la

---

<sup>408</sup> MIZRAHI, MAURICIO LUIS, HOMOSEXUALIDAD Y TRANSEXUALISMO, AÑO, 2006, ASTREA. BUENOS AIRES.

<sup>409</sup> ídem

<sup>410</sup> Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED), órgano del Estado Mexicano que tiene como fin prevenir la discriminación en todo el país

imposición de un orden social, jurídico, moral, cultura, y educación que se convierte en una mentalidad discriminatoria, llevando a la sociedad a vivir en una desigualdad humana.<sup>411</sup> Se condena a los grupos homosexuales, bisexuales y lésbicos a tener una doble vida o a vivirla a escondidas, lo que obstaculiza el desarrollo humano e impide una calidad de vida satisfactoria. México es un estado muy rico en leyes, son estas las deben ser claras, precisas y concisas.<sup>412</sup>

En el fallo Dudgeon emitido por el Tribunal Europeo de Derechos humanos determino que la penalización de la homosexualidad hecha en Alemania dos décadas atrás (1955) era una grave violación del derecho a la intimidad de las personas, así como a la “Convención Europea de Derechos Humanos”,<sup>413</sup> según el artículo 175 del código penal alemán la homosexualidad implicaba un delito en contra de la salud y la moral. En año 1981 tras haberse presentado una demanda ante la Corte Europea, este considero que la mera existencia de una ley que castigaba las relaciones sexuales entre hombres en Irlanda del Norte, hacía que la vida sexual privada fuese susceptible de una persecución inquisitiva, lo cual suponía una intrusión injustificable en el derecho al respeto de la vida privada.<sup>414</sup>

Entonces los órganos de Estrasburgo habían estimado que los derechos de los homosexuales quedaban limitados a un contenido exclusivamente sexual, confinando el derecho de mantener relaciones sexuales con personas del mismo sexo, negándose a reconocer las retribuciones de estas personas a ser respetadas en su vida familiar, derecho garantizado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos. En palabras,

---

<sup>411</sup> JELÍN, ELIZABETH, PAN Y AFECTOS – *La transformación de las familias*. AÑO 1998, Fondo de Cultura Económica, Argentina.

<sup>412</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA Y LEONARDO B. PÉREZ GALLARDO COORDINADORES Y OTROS, *Nuevos Perfiles del Derecho de Familia*. AÑO 2006, Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe.

<sup>413</sup> El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, fue adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950

<sup>414</sup> Solicitud núm. 7525/76, de 22 de octubre de 1981. Véanse igualmente las sentencias del Tribunal en los casos Norris c. Irlanda, solicitud núm. 10581/83, de 26 de octubre de 1988, y Modinos c. Chipre, solicitud núm. 15070/89, de 22 de abril de 1993. Tan sólo unos días antes de la sentencia Dudgeon, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa había adoptado su primer texto significativo sobre los derechos de las minorías sexuales en Europa. Se trataba de la Recomendación 924 (1981) sobre la discriminación hacia los homosexuales, de 1 de octubre de 1981, en la que instaba a los Estados miembros a abolir las disposiciones legales que penalizaban las prácticas homosexuales y a igualar la edad de consentimiento, así como a garantizar la igualdad de trato en el ámbito laboral. El órgano deliberativo del Consejo de Europa se avanzaba, como lo ha hecho reiteradamente desde entonces, al nivel de protección jurisdiccional garantizado a las minorías sexuales por el Tribunal.

«pour la Cour et la Commission, les problèmes des minorités sexuelles ne peuvent relever que du domaine de la vie privée, et non pas du domaine de la vie familiale».<sup>415</sup>

Es importante recordar que el Convenio Europeo de Derechos Humanos hace mención expresa de la familia en dos de sus artículos, en el art. 8 CEDH la vida familiar es contemplada como una esfera colateral a la vida privada, un espacio libre de la intervención del Estado, en el que cada individuo organiza su vida privada y familiar de manera autónoma.<sup>416</sup> En el art. 12 CEDH relativo al derecho a contraer matrimonio, la familia se halla vinculada a la institución del matrimonio, protegida por el Estado.<sup>417</sup>

El Tribunal Europeo manifestó en décadas atrás que el derecho de contraer matrimonio es algo tradicionalmente reservado para aquellas parejas de sexo opuesto, este órgano jurisdiccional ha cambiado su postura desde finales de los noventa, un criterio enfocado a proteger el derecho a la familia de homosexuales, bisexuales y transexuales, la libertad de injerencias por parte de las autoridades estatales, las comunidades de gais y lesbianas se han visto tradicionalmente privadas de tener una “vida de familia formalmente reconocida bajo el Convenio Europeo de Derechos Humanos”.<sup>418</sup> Excluidos del derecho a contraer matrimonio previsto en el art. 12 CEDH, los homosexuales únicamente figuran como parejas heterosexuales no casadas o en unión libre.

Nuestro derecho

Los grupos de PMS se encuentran excluidos de los programas, planes y políticas gubernamentales, no hay contenido dirigido a sectores en contraposición al trato que reciben estas personas, en dichas políticas muchos sectores sociales son jurídicamente tendientes a no dar un trato igualitario, a diferencia de otras presentaciones que apoyan directamente a las personas de la tercera, mujeres maltratadas y trabajadores, no existe un organismo que brinde un apoyo social a las PMS.<sup>419</sup>

---

<sup>415</sup> Spiry, E., «Homosexualité et droit international des droits de l’homme – vers une nouvelle donne en Europe», Revue trimestrielle des droits de l’homme, vol. 7, 1996, núm. 25, pp. 45-66.

<sup>416</sup> ARTÍCULO 8 DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

<sup>417</sup> ARTÍCULO 12 DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

<sup>418</sup> *Sanz Caballero, S.*, «UNMARRIED COHABITING COUPLES BEFORE THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: Parity with Marriage?», Columbia Journal of European Law, vol. 11, 2004-2005, pp. 151-166.

<sup>419</sup> LOPEZ, CECILIA, *Adopción por homosexuales*, La Plata, Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata, volumen 36m, Págs 248-254.

Las PMS se encuentran en estado de vulnerabilidad, una consecuencia del dominio ideológico de la sexualidad, lo que representa un juicio/trato desigual derivado del ejercicio del poder de unos sobre otros, la existencia de una discriminación. La bisexualidad, la homosexualidad, el lesbianismo siempre han sido concebidas como orientaciones sexuales anormales. El criterio reside en la idea que una forma de vida se desvía del objetivo, del concepto de una sexualidad reproductiva,<sup>420</sup> una afirmación errónea, cada persona goza de la libertad de hacer con su vida sexual reproductiva lo que quiera. Existe un interés en saber cuál es la ideología que debe prevalecer en la mayoría de las uniones generales; entre dos personas, matrimonios, concubinatos, uniones libres, de hecho, e noviazgos y relaciones sexuales, estas relaciones tienen como fin siempre el respeto, por lo que no importa las preferencias de quienes los conformen.<sup>421</sup>

Adoptar, se refiere sólo a dos personas *latu sensu*,<sup>422</sup> todos el derecho antaño reservado al matrimonio heterosexual, el reconocimiento del derecho a las preferencias sexuales, evitar la “discriminación”,<sup>423</sup> las uniones del mismo sexo a través del matrimonio, concubinato, la adopción, el interés superior de la sociedad. ¿Debe otorgarse una preparación psicológica especializada, previo a la celebración del matrimonio? ¿La sociedad está preparada culturalmente para ese tipo de relaciones? ¿Se realizaron estudios psicológicos y sociológicos para verificar que la ley obedeciera a la realidad social y cultural que prevalece en nuestro país? ¿En México existe la educación, cultura y valores que tienen, entre otros países, Canadá, Suecia, Alemania y el Reino Unido, donde se regula la adopción por matrimonios homosexuales?

La homosexualidad ha sido motivo de cuestionamiento en los procesos de adopción; la situación jurídica se torna muy distinta, la ley autoriza a dos personas del mismo sexo unidas en matrimonio o concubinato para adoptar; se elabore un acta de nacimiento, donde se establezca el nombre de dos progenitores. La personalidad, la sociedad, la discriminados; son circunstancias que ameritarían estudios serios de orden

---

<sup>420</sup> GERLERO, MARIO SILVIO, *Introducción a la Sociología Jurídica*, 2006, David Grinberg Libros Jurídicos.

<sup>421</sup> MEDINA, GRACIELA, *Los Homosexuales y el Derecho a Contraer Matrimonio*, Rubinzal-Culzoni Editores. 2001, Santa Fe.

<sup>422</sup> Expresión latina que significa ‘en sentido amplio

<sup>423</sup> Artículos académicos para 6a. reimp., México, Grijalva, 2009

psicológico, sociológico e incluso psiquiátrico, para desentrañar lo que podría ser un mito, “realidades o simples paradigmas donde cada uno de nosotros tiene una percepción diferente de la realidad, de acuerdo a nuestros conocimientos incipientes sobre el tema”.<sup>424</sup>

Es un impacto social causado con la creación artificial del derecho, pocas instituciones son defensoras de la familia y la infancia en México, tratándose del respeto a la realidad social/cultural que debe preservarse en la infancia, el ordenamiento internacional ordena: “Inculcar al niño el respeto a sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores racionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya”<sup>425</sup>.

La tesis de la SCJN, expresa mediante su jurisprudencia que el matrimonio tiene por objeto exclusivo la procreación, por lo que es una arbitrariedad imponer a una pareja cualquiera que esta fuese tener hijos propios para formar una familia; “MATRIMONIO. LA LEY DE CUALQUIER ENTIDAD FEDERATIVA QUE, POR UN LADO, CONSIDERE QUE LA FINALIDAD DE AQUEL ES LA PROCREACIÓN Y/O QUE LO DEFINA COMO EL QUE SE CELEBRA ENTRE UN HOMBRE Y UNA MUJER, ES INCONSTITUCIONAL.”<sup>426</sup>

Considerar que la finalidad del matrimonio es la procreación constituye una medida no idónea para cumplir con la única finalidad constitucional a la que puede obedecer la medida: la protección de la familia como realidad social. Pretender vincular los requisitos del matrimonio a las preferencias sexuales de quienes pueden acceder a la institución matrimonial con la procreación es discriminatorio, pues excluye injustificadamente del acceso al matrimonio a las parejas homosexuales que están situadas en condiciones similares a las parejas heterosexuales. La distinción es discriminatoria porque las preferencias sexuales no constituyen un aspecto relevante para hacer la distinción en relación con el fin constitucionalmente imperioso. Como la finalidad del matrimonio no

---

<sup>424</sup> Compilación de legislación sobre menores, México, Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia

<sup>425</sup> Tenorio Godínez, Lázaro, La violencia familiar en la legislación civil mexicana. Teoría y aplicación jurisdiccional, México, Porrúa, 2007.

<sup>426</sup> Tesis: 1a./J. 43/2015 (10a.), Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, 2009407 2 de 3, Primera Sala, Libro 19, junio de 2015, Tomo I, Pág. 536, Jurisprudencia (Constitucional, Civil)

es la procreación, no tiene razón justificada que la unión matrimonial sea heterosexual, ni que se enuncie como "entre un solo hombre y una sola mujer". Dicha enunciación resulta discriminatoria en su mera expresión. Al respecto cabe recordar que está prohibida cualquier norma discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, tanto por parte de autoridades estatales como de particulares, pueden disminuir o restringir los derechos de una persona a partir de su orientación sexual. Así pues, bajo ninguna circunstancia se puede negar o restringir a nadie un derecho con base en su orientación sexual. Por tanto, no es factible hacer compatible o conforme un enunciado que es claramente excluyente.

Por costumbre el papel de un hombre y una mujer se entiende como indispensable en el proceso biológico, con el objeto que la pareja se brinde amor, asistencia y ayuda mutua, lo que parecería estar en desacuerdo con la opinión pública, la homosexualidad o el lesbianismo, sin que el orden altere al producto los elementos antes mencionados son indispensables para asimilar el concepto social y jurídico de vida en pareja (sea cual sea su modalidad), por esta razón los mismos se encuentran plasmados en el derecho positivo mexicano. Los derechos humanos, los cuales señalan que en la medida que se respeten las diferencias entre los hombres, como es el caso de los ricos, los pobres, la clase media, los niños, los adultos, las personas pertenecientes a la tercera edad y la diversidad sexual “se puede hablar del reconocimiento y defensa de los derechos humanos, no a la violencia ni a la incomprensión”,<sup>427</sup> el mayor cáncer que puede tener una sociedad es la ignorancia, las mayores virtudes de las que se enriquece una sociedad que se precia de serlo son la tolerancia, el respeto y la igualdad.

Las personas en solitario o en pareja, tienen derecho a procrear para prolongar su apellido. ¿Cómo? es todavía la pregunta, aún no existen una solución científica, es algo que se encuentra reglamentado por el derecho. Negar el derecho a la paternidad sería una discriminación “*odiosa sunt restrinenda*”.<sup>428</sup> En el sistema jurídico mexicano

---

<sup>427</sup> ídem

<sup>428</sup> YAGÜE, LLEDÓ, “Los destinatarios de las técnicas de reproducción humana asistida. La fecundación post mortem. La titularidad del gameto fecundante. El donante de gameto”, en La filiación: su régimen

muchos estados no tienen leyes locales, reglamentación de la adopción por PMS. No significa que la orientación sexual de una persona que vive con su pareja sea dañina para el menor, es una preferencia que se presenta en la naturaleza humana, forma parte de la autodeterminación y el libre desarrollo de la personalidad. El solo hecho de ser homosexual no le resta valor a una persona como ser humano, ni lo degrada a considerarlo dañino para un niño, no es nocivo para el desarrollo del niño, no se debe prohibir la adopción por PMS, es un absurdo decir “el solo hecho que se trate de una PMS afecta el interés superior del menor”.

### 3.4.- DERECHO COMPARADO DE LOS MENORES ADOPTADOS CON EL DERECHO DE LAS PMS A ADOPTAR.

Desde el punto de vista jurídico, la única posibilidad de las PMS para ser padres biológicos es la gestación por encargo, una falta de equidad, una insuficiente al no evolucionar a la nueva realidad. En México la relación de PMS, han abierto la puerta para cuestionar cuáles son los efectos que tiene el derecho de adopción con el respecto al interés superior del menor, el interés superior del menor siempre ha de prevalecer, pensar si estos dos derechos se contraponen o si van de la mano uno con el otro, no se refleja que el acto “adopción por PMS una afectación al interés superior del niño”.<sup>429</sup> Las acciones tomadas por cuanto a las solicitudes adoptivas de PMS, describe los derechos de los niños, son estos los que tiene la merecida oportunidad de ser adoptados por PMS, los medios para aspirar a una vida libre de ignorancia.

El reconocimiento del matrimonio entre PMS se ha resuelto mediante la toma de diversas medidas que varían según el país, acabar con la práctica del matrimonio tradicional como única forma de constituir familias, establecer uniones de pareja, regular las relaciones de hecho, los efectos de las leyes aplicables al derecho civil o familiar, dejar atrás al modelo tradicional como la única forma de constituir lo franco,

---

jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1994, p. 331

<sup>429</sup> ASAMBLEA NACIONAL LÉSBICO-GAY, “Propuesta del Movimiento de Liberación Lésbico Homosexual para la Convención Nacional Democrática”, Debate Feminista, México, año 5, vol. 10, septiembre de 1994.

evolucionar la forma más abierta, por medio de la adopción se pueda adquirir la calidad de padre o de hijo, dar un lugar sin ningún tipo de discriminación por parte del Estado.<sup>430</sup> Reformas legales que modifiquen el criterio, reconozcan y/o beneficien a las parejas casadas, suprimir una discriminación para aquellas parejas (de homosexuales, de lesbianas e incluso de heterosexuales) que no están casadas, pero que viven como concubinos.<sup>431</sup> Establecer o reconocer jurídicamente los beneficios de las parejas que cohabitan o tienen una relación emocional estable, la unión es hecha, una ley específica, la pareja obtiene el registro de algunos beneficios en materia de seguridad social y otros de naturaleza económica jurídica.

Crear un registro oficial de parejas de hecho es permitir que éstas se registren como tales, dar la oportunidad de adoptar un hijo, aunque fuera del matrimonio civil, obtener el reconocimiento social y legal, concede el poder de reclamar ciertos derechos de la misma naturaleza.<sup>432</sup> La situación relativa al matrimonio de PMS todavía no puede concretarse en todos los Estados de México, utilizar la misma institución jurídica que los heterosexuales para unirse y formar una familia, en la mayoría de las entidades el Estado mexicano dan la adopción plena únicamente a los patrimonios heterosexuales, se les concede el amparo pleno del derecho.<sup>433</sup>

En países como España, Francia, Dinamarca, Noruega, Suecia y los Países Bajos, existen leyes y registros oficiales que tienen por objeto dejar constancia legal de la existencia y/o reconocimiento de una relación por parte del Estado,<sup>434</sup> una relación de la misma naturaleza, una pareja de hecho de homosexuales o lesbianas (a veces puede tratarse también de las heterosexuales). Se pretende aproximar la medida jurídica, un punto de vista económico y material de las parejas integradas por miembros del mismo sexo la existente del matrimonio civil, existen reservas respecto a los

---

<sup>430</sup> CASTAÑEDA, MARINA, *La experiencia homosexual: para comprender la homosexualidad desde dentro y desde fuera*, México, Editorial Paidós, 1999

<sup>431</sup> COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS Y FEDERACIÓN MEXICANA DE ORGANISMOS PÚBLICOS DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS, *Manual para la calificación de derechos violatorios de derechos humanos*, México, CNDH, 1998

<sup>432</sup> HERRERO BRASAS, JUAN A., *“El matrimonio gay: un reto al Estado heterosexual”*, Debate, México, año 10, vol. 9, abril de 1999.

<sup>433</sup> TORRES ARIAS, MA. ANTONIETA, *“La homosexualidad al debate”*, Debate Feminista, México, año 5, vol. 10, septiembre de 1994.

<sup>434</sup> FRÍAS NAVARRO, MARÍA DOLORES, *“Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo: resultados de la investigación psicológica”*, en Consejo General del Poder Judicial, op. cit., pp. 498 y 499.

derechos que se les pueden otorgar/reconocer a algunas áreas de la familia, la economía influye de tal forma que el nivel cultural en los países desarrollados es mayor comparada con aquellos países de clase media o baja.

Entre los años 1999 y 2002 el Tribunal Europeo emitió un conjunto de sentencias relacionadas con el derecho laboral, declara que se infringe el respeto de la vida privada si se despide a una persona homosexual por motivo de su orientación sexual, las primeras sentencias fueron adoptadas en septiembre de 1999 en los casos Lustig-Prean y Beckett c. Reino Unido,<sup>435</sup> presentado ante el Tribunal por dos antiguos miembros de la Royal Navy, y Smith y Grady c. Reino Unido,<sup>436</sup> relativo a dos exintegrantes de la Royal Air Force. Los demandantes habían sido sometidos un interrogatorio para saber sus preferencias sexuales, se les preguntó detalladamente su vida privada y de sus prácticas sexuales, sobre esta base fueron despedidos de sus lugares de trabajo, el Ministerio de Defensa británico imponía una prohibición explícita a la presencia de homosexuales en las fuerzas armadas, dicha prohibición estaba justificada en preservar la cohesión y la moral de las fuerzas armadas, que podían verse afectadas por la presencia de homosexuales, dadas las condiciones de vida de los militares. Los interrogatorios llevados a cabo con los demandantes habían sido porque un gran número de miembros de las fuerzas armadas habían fingido ser homosexuales para ser despedidos.

El Tribunal Europeo manifestó que es una injerencia al respeto del derecho a la vida privada indagar sobre las preferencias sexuales de un individuo, sólo si es necesario para una sociedad democrática, tratándose de un aspecto tan íntimo las restricciones en el ejercicio de esta práctica únicamente podían estar justificadas por razones de muy especial importancia, al valorar los riesgos en la efectividad operacional y la moral de las fuerzas armadas, la presencia de homosexuales dictaminó que el Gobierno de Londres no había presentado evidencias concretas para su

---

<sup>435</sup> Solicitudes núms. 31417/96 y 32377/96, de 27 de septiembre de 1999. Véanse igualmente las sentencias del Tribunal en los casos Beck, Copp y Bazeley c. Reino Unido, solicitudes núms. 48535/99, 48536/99 y 48537/99, de 22 de octubre de 2002, y Perkins y R. c. Reino Unido, solicitudes núms. 43208/98 y 44875/98, de 22 de octubre de 2002

<sup>436</sup> Solicitudes núms. 33985/96 y 33986/96, de 27 de septiembre de 1999. Para un análisis de estas sentencias, véase por ejemplo Smith, R. K. M., «Lustig-Prean and Beckett v. United Kingdom, Applications 31417/96 and 32377/96. Smith and Grady v. United Kingdom, Applications 33985/96 and 33986/96», American Journal of International Law, vol. 94, 2000, núm. 2, pp. 382-386.

demostración. Las investigaciones realizadas sobre las preferencias sexuales de los demandantes demostraron que el despido motivado únicamente por la homosexualidad de estas personas, violaban el respeto a la vida privada reconocido en el art. 8 CEDH, un reflejo de la creciente aceptación social en los países miembros del Consejo Europeo de la homosexualidad, la adaptación del Tribunal de Estrasburgo a los constantes cambios sociales, el margen de discrecionalidad del Estado sobre las restricciones de la homosexualidad en la sociedad democrática, el 12 de enero de 2000, el Secretario de Defensa británico anunció que la orientación sexual dejaba de ser un impedimento para servir en las fuerzas armadas del Reino Unido.<sup>437</sup>

El Tribunal Europeo declaró, en la medida en que se reflejan los prejuicios de la mayoría heterosexual sobre la minoría homosexual es una actitud negativa, no podían justificar un trato discriminatorio, no podían ser justificadas «las actitudes negativas similares hacia las personas de distinta raza, origen o color», una analogía clara entre la discriminación étnico-racial, ampliamente condenada por el Derecho internacional de los derechos humanos, y la defensa de los prejuicios basados en la orientación sexual del individuo.<sup>438</sup>

En muchos países como México las PMS pueden ser jurídicamente consideradas/calificadas de diferentes formas, una consecuencia del ámbito territorial, del reconocimiento si se hace en todo el territorio nacional o sólo en algunas regiones o provincias del territorio Nacional, “parejas registradas” propiamente dichas, “parejas de hecho” también registradas,<sup>439</sup> sólo son reconocidas en una provincia o región, aquellas que tengan legislación similar dentro del mismo Estado, obtener los beneficios, reclamar los derechos reconocidos por la legislación federal para las PMS, no en todo el territorio nacional se ve la misma tolerancia por parte de la sociedad que una PMS adopte un niño.<sup>440</sup>

Las uniones de parejas homosexuales (como parejas registradas) pueden estar reconocidas y definidas en las leyes correspondientes, establecer un registro oficial

---

<sup>437</sup> Lustig-Prean and Beckett c. Reino Unido, párr. 90; Smith and Grady c. Reino Unido, párr. 97.

<sup>438</sup> Wintemute, R., «Strasbourg to the Rescue? Same-Sex Partners and Parents Under the European Convention» en Wintemute, R., y Andenaes, M. (eds.), *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships: a Study of National, European and International Law*, Portland, Hart Publishing, 2001, pp. 713-729.

<sup>439</sup> CONAPRED

<sup>440</sup> MARTIN, A., *The Lesbian and Gay Handbook*, Nueva York, Harper Collins Editores, 1993

para ellas, las uniones de homosexuales/lesbianas pueden hacer valer los derechos, beneficios y privilegios establecidos para los matrimonios formados por dos personas del mismo sexo,<sup>441</sup> se establecen límites a ciertos derechos que están determinados por la ley, el Estado debe valorar la calidad moral, de vida de todas las parejas que aspiraren a ser adoptantes, su solvencia económica. Dentro de la legislación del derecho comparado encontramos los tipos; las supranacionales y las nacionales, las soluciones supranacionales hacen mención del informe de la comunidad económica europea, la importancia de las emisiones de este organismo,<sup>442</sup> en las nacionales hay que tener en cuenta aquellas que prohíben la adopción de PMS y las que permiten, esta última se subdivide entre quienes la admiten libremente y quienes lo hacen en forma restringida.

#### Comunidad Económica Europea

El informe de fecha 26 de enero de 1994 de la comunidad económica europea pide a la comisión nacional de derechos humanos que presente una propuesta de directiva al consejo, relativa a la lucha contra la discriminación por razones de orientación sexual o preferencias sexuales, señala que esta debería considerar discriminatoria entre otras conductas “la denegación del derecho a la adopción o a la tutela de un menor de edad que se encuentre en estado de indefensión”.<sup>443</sup>

#### Adopción homoparental en el derecho Español.

La adopción conjunta de menores por PMS está permitida en el derecho Español, en virtud de la aprobación de la Ley 13/2005, del 1 de julio, por la que se modifica el código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, permite los matrimonios homosexuales, incluyendo la capacidad de adopción conjunta en el sentido del artículo 175.4 del Código.

El código civil de España, en este país el código ha sido modificado en virtud de la ley 13/2005, su redacción actual es la siguiente: “Nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjunta o sucesivamente por

---

<sup>441</sup> SÁNCHEZ CAMACHO, DAVID, *Memoria del Primer Foro sobre Diversidad Sexual y Derechos Humanos: Orientación Sexual y Expresión Genérica*, México, Nueva Generación Editores, 1999.

<sup>442</sup> PATTERSON, CHARLOTTE, *Lesbian and Gay Parenting*, E.U.A., American Psychological Association, 1995

<sup>443</sup> El informe completo puede ser consultado en Revista Interdisciplinaria de Derecho de Familia Nº 13, p. 239/241

ambos cónyuges.<sup>444</sup> El matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permite al cónyuge la adopción de los hijos del consorte. En caso de muerte del adoptante, o cuando el adoptante sufra la exclusión prevista en el art. 179, cuando hubiere incurrido en causa de privación de la patria potestad, es posible una nueva adopción del adoptado, así como también la posibilidad de tener un nuevo adoptante para el adoptando

El gran debate social, político y jurídico que existía con anterioridad a la sanción de la Ley 13/2005 ha incidido en lo relativo a la adopción conjunta, la discriminación no ha cesado con la aprobación de la ley, es necesario un impulsado, no sólo en el mundo del derecho, sino en el de la psicología, y en la sociedad en su conjunto.<sup>445</sup> En la doctrina los derechos de los niños están por encima de los adoptantes, uno de los fundamentos para la aprobación es el hecho incontestable que la adopción ha evolucionado como institución, no tiene como finalidad dar al padre un hijo heredero que siguiera con su apellido, sino proporcionar al menor desamparado el medio adecuado para proteger sus intereses. La concepción de la homosexualidad ha cambiado, ha pasado de ser considerada un delito, a una elección de la persona como manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

#### El caso uruguayo

Un caso distinto es el de la república oriental de Uruguay. Recientemente se sancionó en Uruguay la ley 18590,<sup>446</sup> Se aprobó la adopción homoparental, la adopción por PMS. El objeto de estudio es la legalidad, la cual debe ir en función de los fundamentos constitucionales y los derechos humanos reconocidos por la constitución, en el artículo 141 a), el cual expresa que: “nadie puede ser adoptado por más de una persona a no ser por dos cónyuges o concubinos”,<sup>447</sup> esta prohibición no se aplicará para los esposos divorciados ni para los ex-concubinos, siempre que medie la conformidad de ambos y cuando la guardia o tenencia del niño, niña o adolescente hubiera comenzado durante el matrimonio o concubinato, se completará después de la

---

<sup>444</sup> CASTAN TOBEÑAS José. - Derecho Civil Español Común y Federal. - Tomo V., Vol. 2.- 8ª Edic.- Editorial. Reus. - Madrid 2004

<sup>445</sup> STIGLITZ, DAMIÁN. “Israel y los derechos de los gays”, El Clarín. 05 de marzo de 2008

<sup>446</sup> Artículo 1º.- Sustitúyanse los numerales 9) y 10) del artículo 27 de la Ley Nº 17.823, de 7 de setiembre de 2004 (Código de la Niñez y la Adolescencia). Artículo 2º.- Sustituyese el artículo 36 de la Ley Nº 17.823, de 7 de setiembre de 2004 (Código de la Niñez y la Adolescencia).

<sup>447</sup> ARTICULO 141 de la Ley 18246 sobre Unión Concubinaria del Uruguay

disolución de éste”. La ley no hace mención expresa del término homosexual, pero al enunciar el reconocimiento a las uniones concubinarias, el derecho de adoptar en forma conjunta, se abre el paso para la legitimación de la adopción homoparental en Uruguay.

Para la ley de uruguay la unión concubinaria se admite, sea de dos personas del mismo sexo o, bien sea de dos personas de diferente sexo. El artículo 1 de la ley de unión concubinaria que rige en el Uruguay establece que para generarse derechos y obligaciones a partir de la unión concubinaria debe existir convivencia ininterrumpida de al menos 5 años, durante los cuales deberán haber demostrado tener una relación estable.<sup>448</sup> Muchos textos internacionales y constitucionales hacen referencia de manera precisa u contundente que cualquier tipo de discernimiento por la orientación sexual es una discriminación, la Constitución portuguesa, en su artículo 13.2 establece que “nadie puede ser privilegiado, perjudicado, privado de cualquier derecho en razón de la ascendencia, sexo, raza, lengua, territorio de origen, religión, convicciones políticas o ideológicas, instrucción, situación económica, condición social u orientación sexual”.<sup>449</sup>

La unión concubinaria es aquella situación de hecho derivada de la convivencia de dos personas, cualquiera que sea su sexo, identidad, orientación u opinión sexual, que mantienen una relación afectiva de índole sexual, de carácter exclusiva, singular, estable y permanente, sin estar unidas por matrimonio entre sí.<sup>450</sup> La posibilidad y legitimidad jurídica de la adopción homoparental en Uruguay surge del simple juego entre los dos primeros artículos de la ley de unión concubinaria que se transcribió parcialmente en la nueva ley de adopción.

La adopción en el ambiente internacional, muchos países del mundo han sumado esfuerzos con el único fin de contar con un marco jurídico que evite el tráfico de niños, los conflictos entre leyes que puedan confrontarse en virtud del traslado de

---

<sup>448</sup> BRENDA PULIDO LUNA, *LA ADOPCIÓN HOMOPARENTAL, UNA REALIDAD EN MÉXICO*, Páginas:22-27

<sup>449</sup> MOLINER NAVARRO, ROSA M., “El matrimonio de personas del mismo sexo en el derecho comparado”, en Consejo General del Poder Judicial, *Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo*, Madrid, 2006, p. 218. Agregándose que esta Resolución “tuvo una notable repercusión en los países de la Unión Europea, marcando un claro punto de inflexión en el tratamiento del problema y propiciando el surgimiento de iniciativas legislativas dirigidas a conceder un estatuto jurídico a las uniones homosexuales”.

<sup>450</sup> Artículo 2 de la Ley 18246 sobre Unión Concubinaria del Uruguay.

un niño(a) de un país a otro.<sup>451</sup> En este contexto, encontramos la normativa internacional siguiente:

A. *Declaración de los Derechos del Niño (26 de noviembre de 1959). Esta declaración contempla diez principios, dentro de éstos cabe destacar, en relación con la adopción, los principios 6 y 9.*

El principio seis enuncia, para el desarrollo pleno y armonioso de la personalidad del niño, se necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer bajo el amparo y la responsabilidad de sus padres, en un ambiente de afecto de seguridad moral y material, salvo circunstancias excepcionales no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. Resalta el papel que la sociedad y las instituciones públicas tienen en el cuidado de los niños sin familia, la necesidad de proveer de medios adecuados para su subsistencia.

En el principio nueve se aluden a que el niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación y no será objeto de ningún tipo de trata.<sup>452</sup>

B. *Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y al Bienestar de los Niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en Hogares de guarda en los Planos Nacional e Internacional (adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 3 de diciembre de 1986 en su resolución 41/85).*

En 1986 la Asamblea General de la ONU aprueba reafirmar el principio 6 de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 (consta de veinticuatro artículos y que en su numeral 3 prevé que como primera prioridad, que el niño ha de ser cuidado por sus propios padres),<sup>453</sup> dicha organización se encontraba preocupada por el gran número de niños que quedan abandonados o huérfanos a causa de la violencia, los disturbios internos, los conflictos armados, los desastres naturales, las crisis

---

<sup>451</sup> Aquellos casos en los cuales los padres adoptivos sean extranjeros.

<sup>452</sup> Principio nueve de la Declaración de los Derechos del Niño.

<sup>453</sup> Principio IV de la Declaración de los Derechos del Niño: El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Para el mantenimiento de los hijos de familias numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole.

económicos o los problemas sociales. En el artículo 4 se determina que “cuando los propios padres no pueden ocuparse de él o sus cuidados sean inapropiados, debe considerarse la posibilidad que el cuidado quede a cargo de otros familiares, sustitutiva, adoptiva o de guardia, en caso necesario una institución apropiada”,<sup>454</sup> en esto la corte europea condeno el grave estado de vulnerabilidad en la que se encuentran los niños.

Los gobiernos de los Estados miembros de la Organización de los Estados americanos (OEA) aprueban la convención interamericana en 1984, desde el 12 de febrero de 1987 México es Estado parte de dicha convención, y entró en vigor en nuestro país el 26 de mayo de 1988. De acuerdo con su artículo 1, la convención se aplicará a todos los menores bajo las formas de adopción plena, legitimación adoptiva y otras instituciones, afines que equiparen al adoptado a la condición de hijo, cuya filiación esté legalmente establecida, cuando el adoptante (adoptantes) tengan su domicilio en un Estado Parte y el adoptado su residencia habitual en otro Estado Parte.<sup>455</sup>

### 3.5.- CONSECUENCIAS DEL DERECHO DE ADOPCIÓN POR PERSONAS DEL MISMO SEXO.

Las PMS no puede procrear hijos propios, las parejas heterosexuales casadas prefieren tener hijos propios o adoptar niños menores de 12 años de edad, ¿qué ocurrirá con todos los demás niños que se encuentran en las calles?, sin mama ni papa, en una pobreza extrema, una pareja formada por un hombre y una mujer prefieren tener hijos biológicos antes que adoptar, o en su caso recurrir a diversos métodos de fertilidad.<sup>456</sup> Las PMS no pueden recurrir a dichos métodos, por razones económicas o bien por

---

<sup>454</sup> Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores (adoptada en la Paz, Bolivia, el 24 de mayo de 1984 —CIDIP— artículo 4; La ley del domicilio del adoptante (o adoptantes) regirá: a. La capacidad para ser adoptante; b. Los requisitos de edad y estado civil del adoptante; c. El consentimiento del cónyuge del adoptante, si fuere del caso, y d. Los demás requisitos para ser adoptante.

<sup>455</sup> Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores (adoptada en la Paz, Bolivia, el 24 de mayo de 1984 —CIDIP— artículo 1; La presente Convención se aplicará a la adopción de menores bajo las formas de adopción plena, legitimación adoptiva y otras instituciones afines, que equiparen al adoptado a la condición de hijo cuya filiación esté legalmente establecida, cuando el adoptante (o adoptantes) tenga su domicilio en un Estado Parte y el adoptado su residencia habitual en otro Estado Parte.

<sup>456</sup> Mtra. María Elena Orta García, El Interés Superior del Menor en la adopción por parejas del mismo sexo, UNAM

razones de tipo legal. La adopción es la única oportunidad de crear una familia, abrazar a un hijo propio, las lesbianas, gays, bisexuales y transexuales (conocidos como el grupo LGBT) se convierten en padres de diversas maneras”.<sup>457</sup>

Una PMS pueda tener niños a través de relaciones heterosexuales, a menudo una mujer homosexual (lesbiana) inicia tiene relaciones heterosexuales con el propósito de embarazarse. Una lesbiana y un gay pueden decidir tener y criar a un niño juntos, por medio de relaciones sexuales heterosexuales, inseminación artificial, o usando tecnologías legales de reproducción.<sup>458</sup>

Las PMS pueden tener niños a través de la adopción oficiales, no solo por medio de tratamientos de fertilidad o del uso de tecnologías, ser padre/madre se puede lograr por medio de las herramientas jurídicas.<sup>459</sup> Es importante la adopción, la mera tenencia de un niño no confiere los derechos que el Estado ampara por medio de las instituciones, se tiene que gozar con la protección de la seguridad jurídica, no es correcto privar a los niños del beneficio que se goza como adoptados; por ejemplo, el derecho a heredar a sus padres”.<sup>460</sup>

Los derechos y responsabilidades derivados de la paternidad/maternidad difieren según los distintos ordenamientos jurídicos de cada Estado. Los padres tienen las siguientes potestades.<sup>461</sup>

- a- Elegir dónde vivirá el niño, asumir la responsabilidad de su cuidado diario;
- b- Tomar decisiones médicas con respecto al niño, autorizar tratamientos, ser consultado e informado acerca del tratamiento;
- c- Ser responsable de la educación del niño y otros aspectos de su bienestar;
- d- Obtener la tenencia al niño frente a una ruptura de la relación con el otro padre;
- e- Obtener la custodia del niño frente a la muerte del otro padre;

---

<sup>457</sup> MINOT, Leslie Ann (2000) “Conceiving Parenthood”, Ed. Scott Long, Policy Director, p.7.

<sup>458</sup> KOOPMANS, R. Y P. STATHAM. “CHALLENGING THE LIBERAL NATION-STATE? POSTNATIONALISM, MULTICULTURALISM, AND THE COLLECTIVE CLAIMS MAKING OF MIGRANTS AND ETHNIC MINORITIES IN BRITAIN AND GERMANY.” AMERICAN JOURNAL OF SOCIOLOGY. 105, NO. 3 (1999): 652-96.

<sup>459</sup> ALBERDI, CRISTINA. Y LUCIA. MÉNDEZ. CRISTINA ALBERDI: El Poder Es Cosa De Hombres. Madrid: La esfera de los libros, 2001.

<sup>460</sup> ROBALDO, MARCELO, “La homoparentalidad en la deconstrucción y reconstrucción de familia. Aportes para la discusión”, Revista Punto Género, 13 de mayo de 2013

<sup>461</sup> MINOT, Leslie Ann, op. cit., Pág. 33.

- f- Recibir créditos fiscales, exenciones o ayudas gubernamentales;
- g- Gozar de vacaciones o períodos de licencia autorizados por enfermedad del niño;
- h- Recibir asignaciones familiares;
- i- Llevar al niño de vacaciones;
- j- Cambiar legalmente el nombre del niño.

El niño adquiere el carácter de hijo del adoptante, se gozan de ciertos derechos:

- a- Sustento económico;
- b- Derecho a la legítima;
- c- Legitimación para reclamar indemnización por muerte del padre;
- d- Alimentos.

El derecho salvaguarda el interés superior del menor, científicamente la asociación americana de psicología y la asociación americana de psiquiatría han eliminado de su lista de desórdenes mentales a la homosexualidad, no existe daño o perjuicio cuando dos personas del mismo sexo adoptan un niño, este modelo educativo cumple con todas las obligaciones y responsabilidades que implica ser padre/madre.<sup>462</sup> Una doble maternidad o paternidad, debe extenderse la “presunción de copaternidad con fundamento en el principio de igualdad, es discriminación que solo en un matrimonio heterosexual los hijos tengan la presunción de ser legítimo”,<sup>463</sup> negarle a los hijas/hijas de dos mujeres la doble maternidad, es una problemática (una laguna de derecho) a quien se le presume la paternidad de los hijos crecidos en familiar monoparentales.

La filiación de los hijos nacidos fuera del matrimonio se atribuiría por el reconocimiento voluntario, es algo fuera de lógica que dos mujeres o dos hombres manifestaran ser madre y padre del hijo que se pretende reconocer, solo por medio del matrimonio podría existir una presunción legal. Muchos especialistas en la materia como Golombok, Green, Gottman, Rees, Puryear, Kirkpatric, Huggins, Reiss, Hart, Robak, McKee, Rand, Pagelow y Patterson, entre otros, han hecho estudios sobre la temática de las relaciones familiares, desde el punto de vista de la psicología, el análisis

---

<sup>462</sup> JIMÉNEZ, EUGENIA, *Estabilidad de parejas gay*, menor a 18 meses, 14 de mayo de 2013.

<sup>463</sup> HERRERA, MARISA, *Manual de derecho de las familias*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015, p. 511.

comparativo de las características de los padres e hijos de familia, heterosexual y homosexual se ha dado a conocer conclusiones relevantes,<sup>464</sup> Charlotte J. Patterson, en sus artículos “Lesbian and Gay Parenting y Lesbian and Gay Couples Considering Parenthood: an Agenda for Research, Service and Advocacy”,<sup>465</sup> plantea el problema de los estereotipos culturales y sociales, estos debían ser eliminados, acabar con los prejuicios que existen sobre los efectos negativos de la de homosexuales y el lesbianismo en la paternidad o maternidad, no existe efectos negativos para los menores cuando PMS adquieren la paternidad/maternidad sobre estos.

Un comparativo entre familias de padres monoparentales y heterosexuales, la estructura y el desarrollo, la convivencia de los miembros en la estirpe es bastante uniforme, los estereotipos comunes no concuerdan con las investigaciones y las estadísticas de los últimos años, ha quedado demostrado los efectos positivos de la paternidad y maternidad homosexual.<sup>466</sup> Una PMS puede adoptar a un menor sin importar si esta está formada por dos hombres o dos mujeres, en caso de procreación asistida la mujer quien tiene mayores facilidades que el hombre, no necesita de la intervención de una tercera persona, a diferencia del hombre quien si necesita la intervención de una mujer. En un ámbito de igualdad tiene que existir el consentimiento previo, libre, informado, expreso y formal, un acto de voluntad de ambas personas, quienes estén de acuerdo con el inicio del procedimiento, del cual resultara un hijo que por sola presunción es hijo de ambas personas.

Es una idea errónea el creer que las PMS no son adecuadas para ser padres, el principal obstáculo es que la sociedad se rige por la enseñanza errónea de la religión, contiene dogmas desimano anticuadas, conservadoras e inquisitivas, todavía se piensa que las lesbianas y los Gais son personas que padecen lo que la iglesia llama una desviación, enfermedad mental. Las relaciones de pareja “con sus compañeros” no dejan mucho tiempo para la convivencia padre-hijo.<sup>467</sup>

---

<sup>464</sup> Adam, Barry., Jan Willem. Duyvendak y Andre Krouwel. "Gay and Lesbian Movements Beyond Borders? National Imprints of a Worldwide Movement." En *The Global Emergence of Gay and Lesbian Politics. National Imprints of a Worldwide Movement*, eds. Barry Adam, Jan W. Duyvendak and Andre Krouwel, 344-71. Philadelphia: Temple University Press, 1999

<sup>465</sup> Marcia Muñoz de Alba Medrano, *Homosexuales*, UNAM. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, 2000

<sup>466</sup> TORRES, ALEX, “*Las familias homoparentales*”, Radio Mente Abierta, México, 14 de mayo de 2013

<sup>467</sup> ADAME GODDARD, JORGE, *Los derechos de la persona humana*, México, 18 de mayo de 2013.

México ha avanzado mucho, si comparamos como se veía la comunidad LGBT hace 10 años, con respecto a cómo se mira en la actualidad, el matrimonio igualitario avanza a pasos agigantados en el mundo, a pesar de ello las ideas de los sectores más conservadores de la sociedad continúa rechazando las iniciativas de dar derechos a la comunidad LGBT, hablar de adopción por PMS "¿Y los niños? ¿Cómo se les explica algo así?". Mito; La gente homosexual tiene problemas mentales; para desmentir este mito basta responder con los hechos sustentados por estudios científicos realizados en los últimos 50 años: los resultados obtenidos por la investigación confirmar que un niño crece saludablemente si es criado por una pareja homosexual, sin importar las preferencias, aunque los padres sean adoptivos.<sup>468</sup>

El poder judicial tiene el tenor que los niños adoptados por PMS corran algún tipo de peligro, el primer argumento es el desarrollo de la identidad sexual",<sup>469</sup> erróneamente se continua creyendo que el niño criado por una PMS mostrara problemas de identidad, comportamiento u rol sexual distinto.<sup>470</sup>

Erróneamente se avistan problemas con el desarrollo psicológico del menor, la identidad sexual, el miedo infundado que los niños criados bajo la custodia de una PMS, "sean más vulnerables a desarrollar un problema mental y/o emocional",<sup>471</sup> dificultades para la solución de conflictos más severos, problemas en la conducta del menor. No existen pruebas ni evidencia científica que demuestre que las preferencias sexuales de los padres influya en el desarrollo integral de los hijos, dificultades sociales, relaciones sociales con otros niños, establecer amistades.<sup>472</sup> La preocupación que el niño que vive con una madre lesbiana pueda ser estigmatizado, molestado o traumatizado por las otras personas con las que convive, esta situación se vivió a causa de la propia discriminación por parte de la sociedad, si un niño es molestado por los

---

<sup>468</sup> Declaración de posición sobre crianza de niños por lesbianas, gays, bisexuales y adultos", TheChildWelfare League of America, 15 de mayo de 2013.

<sup>469</sup> ZANNONI, E., Adopción y homosexualidad, Zeus, Colección Jurisprudencial, Rosario, Zeus, vol. 37 Pág., 132.

<sup>470</sup> PERIS, J., GARCÍA, F. Y ALFONSO, S. *Parentalidad y adopción en homosexuales: Un ocultamiento histórico, Papeles del Psicólogo*: Revista del Colegio Oficial de Psicólogos, 1995, (61) 94-95.

<sup>471</sup> AGUDELO CARDONA, Alejandra, *Familia homoparental un tema a debatir*, 16 de mayo de 2013

<sup>472</sup> KEREK, G. M., "El matrimonio de parejas del mismo sexo", Canadá, Asociación Canadiense de Psicología, 15 de mayo de 2013

demás es por las ideas conservadoras que atrasan el avance cultural y de respeto de nuestra sociedad.<sup>473</sup>

Es fútil el miedo a que un menor que vive con una PMS tenga más probabilidades de ser sexualmente abusado por sus padres o por los amigos de ellos.<sup>474</sup>

Los niños criados por PMS mayormente sufren agresiones físicas y verbales por parte de personas externas que por sus padres, un niño adoptado por PMS se puede volver más agresivo a causas del bulín que sufre por parte de los demás niños, volverse un alcohólico para formar parte de un grupo, ser penoso en un intento desesperado de evitar las burlas que sufre por sus vecinos, una consecuencia del atraso cultural, la falta de tolerancia que existe en la sociedad, cuyo fin no debe ser fomentar la discriminación.<sup>475</sup>

La identidad sexual de los menores adoptados y el normal desarrollo de estos es la cúspide de la protección por PMS. Cuestionarios y entrevistas realizadas a una muestra de niños entre los cinco y los catorce años de edad, “todos ellos hijos de madres lesbianas, presentaron un normal desarrollo de su identidad sexual”,<sup>476</sup> manifiestan estar contentos con su género y no tener ningún deseo de ser miembros del sexo opuesto. Otros estudios de identidad sexual mostraron los mismos resultados. No existe evidencia que demuestre que la identidad sexual sea un problema para los hijos de PMS, existen datos sobre el tema para los casos de hijos de padres homosexuales, ningún caso de hijos criados por PMS ha mostrado una conducta anormal en el desarrollo de los niños.

La conducta que puede desarrollar un niño adoptado, no depende de las preferencias sexuales de los adoptantes, sino de la educación que el niño reciba de estos, en las últimas dos décadas el carácter sexual que se les atribuyen a los hombres y a las mujeres ha sido sometido a un número considerable de estudios, se han examinado el comportamiento de descendientes de madres/padres homosexuales, el comportamiento y el rol sexual de los hijos de PMS tiene los límites típicos de los roles

---

<sup>473</sup> PÉREZ CONTRERAS MARÍA DE MONTSERRAT, *derechos de los homosexuales*, México, UNAM, 2005

<sup>474</sup> ALBERDI, CRISTINA. Y LUCIA. MÉNDEZ. CRISTINA ALBERDI: *El Poder Es Cosa De Hombres*. Madrid: La esfera de los libros, 2001.

<sup>475</sup> TASKER, F., GOLOMBOK, S. “Do parents influence the sexual orientation of their children? Findings from a longitudinal study of lesbian families” (1996).

<sup>476</sup> ídem

sexuales convencionales, son iguales a los patrones de comportamiento de los hijos de padres heterosexuales, no hay diferencias entre los hijos adoptivos de PMS y “los hijos de padres heterosexuales, por lo que hace entre otros rubros, a juguetes, preferencias, actividades, intereses o en opciones de cualquier tipo”.<sup>477</sup>

El desarrollo social de los hijos de PMS muestran una normalidad en todas sus relaciones personales (sociales, escolares, laborales, etcétera), en términos positivos, dentro del promedio estándar. La convivencia de los niños con las amistades de sus padres, tienen un contacto positivo con dichas personas, la mayoría de los padres afirman que su grupo de amistades está formado por homosexuales y heterosexuales. La situación que se presenta con los hijos de PMS es distinta, los niños son potenciales víctimas de abuso sexual por parte de sus propios padres biológicos o por parte de los familiares de estos.<sup>478</sup>

El concepto básico del matrimonio, es el requisito que se demanda para que cualquier pareja pueda adoptar plenamente a un hijo, cuando una persona soltera adopta solo esta tiene derechos sobre el adoptado, las parejas que se encuentran casadas tienen una esfera jurídica diferente, ambas personas gozan de los mismo derechos y obligaciones sobre el adoptado. La mayoría de los adultos que realizan algún tipo de agresión/abuso en contra de los jóvenes son hombres heterosexuales, sea estos varones o mujeres, el abuso sexual por parte de la mujer es raro, pero también ocurre, en la mayoría de los casos siempre aparece involucrado un hombre abusando de un niño, un hombre abusando de una mujer, ambos heterosexuales. Los homosexuales no son más propensos a abusar sexualmente de un menor que un heterosexual, los resultados de la literatura existente, en la materia de abuso sexual de menores y otros temas relacionados, no permite afirmar o sostener un temor.<sup>479</sup>

En la actualidad se puede observar que la adopción por PMS sólo es regulada por la legislación correspondiente al lugar geográfico, como las provincias de Alberta

---

<sup>477</sup> TENORIO GODÍNEZ, LÁZARO, *La violencia familiar en la legislación civil mexicana*. Teoría y aplicación jurisdiccional, México, Porrúa, 2007.

<sup>478</sup> PETIT, JORDI. 25 Años Más. *Una Perspectiva Sobre El Pasado, El Presente Y Futuro Del Movimiento De Gais, Lesbianas, Bisexuales Y Transexuales*. Barcelona: Icaria: La mirada Esférica, 2003.

<sup>479</sup> Clair Cameron Patterson, un geoquímico estadounidense, uno de los más influyentes en su especialidad, *Psicobiología de la homosexualidad masculina: hallazgos recientes*, Recibido: diciembre 14 de 2007 Revisado: febrero 27 de 2008 Aceptado: enero 14 de 2009.

y la Columbia Británica, Canadá,<sup>480</sup> México todavía no tiene aprobado la adopción por PMS en todo el territorio nacional, en el caso de países bajos aún no existen adopciones de niños por PMS. Los últimos análisis/estudios al derecho abren la posibilidad para las figuras jurídicas, puede ser posible en los próximos años. La adición en los concubinarios (que no concubinos, pues en el idioma español el plural se hace a partir del género masculino), poder adoptar es un futuro propósito, se hizo el propósito de fortalecer al concubinato, suponía que la diferencia de género debía estar formado por una concubina y un concubinario, como se advierte de la simple lectura del Capítulo XI del Título Quinto, Libro Primero, del Código Civil y, particularmente, del texto del artículo 291 Ter.<sup>481</sup>

Existen tres formas de parentesco; por consanguinidad, por afinidad o por adopción. El parentesco por afinidad, parentesco civil y por adopción solo se dan en aquellos casos determinados por la ley, quienes sean las personas más adecuadas traen varios efectos jurídicos.<sup>482</sup> El código civil nos dice que en el derecho civil mexicano la adopción es una forma de parentesco civil, resulta del acto jurídico de una persona o una pareja de cónyuges/concubinos, asumen la responsabilidad respecto de uno o varios menores o incapacitados, los derechos y obligaciones inherentes a un hijo biológico.

El efecto de la adopción por PMS es crear el parentesco civil de primer grado, entre las personas que son los adoptantes y la persona que es el adoptado.<sup>483</sup> En la adopción simple únicamente es una persona quien adquiere los derechos y obligaciones que se derivan del parentesco civil, esta relación únicamente surte efecto para el adoptante y el adoptado, el adoptado no pasa a formar parte de la familia del adoptante, nunca rompe la relación que tiene con su familia de origen, con su familia natural. Otro gran efecto de la adopción es la atribución de la patria potestad del menor, la tutela del

---

<sup>480</sup> CLAIR CAMERON PATTERSON; *Padres del mismo sexo y resultados en el desempeño de los hijos: un análisis detallado del informe de la Asociación Norteamericana de Psicología sobre la crianza de padres y madres homosexuales*, SOCIAL SCIENCE RESEARCH

<sup>481</sup> El artículo 291 Ter, dispone: "Regirán al concubinato todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia, en lo que le fueren aplicables".

<sup>482</sup> LÓPEZ LAMELA, A. *Orientación sexual y maternidad/ paternidad: la adopción en parejas de homosexuales*. Revista Terapia Sexual y de Pareja, 1998, (1) 4-28.

<sup>483</sup> LLOPIS SALA, V. *Homosexualidad y adopción: la perspectiva del psicólogo*, Papeles del Psicólogo: Revista del Colegio Oficial de Psicólogos, 1995, (61) 89-91.

incapacitado, la adopción simple no rompe el parentesco consanguíneo de la familia natural, tampoco las consecuencias jurídicas que conlleva, excepto la patria potestad que se trasmite a sus adoptantes, no se modifica ninguna imagen de la esfera familiar a excepción de la paternidad/maternidad, pasa a la persona que se asuma como la adoptante.<sup>484</sup>

Otro efecto impórtate de la adopción, sea adopción simple o plena, es que el adoptado adquirirá los mismos derechos y obligaciones que un hijo biológico, tendrá derecho a heredar y viceversa el adoptante podrá heredar del adoptado, en su caso ser un sucesor testamentario, la obligación de dar alimentos nace fundamentalmente del parentesco, esto implica ser un impedimento para contraer matrimonio con el adoptante o cualquiera de sus descendientes o ascendientes, no es definitivo, se puede eliminar el vínculo jurídico, extinguiendo la adopción previamente.<sup>485</sup>

El más alto tribunal mexicano, manifiesta en diversas resoluciones que las PMS tienen derecho a contraer matrimonio, constituir una familia con estricto apego a las normas de la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos. En los Estados de Quintana Roo, Chihuahua, Coahuila de Zaragoza, Nayarit, Jalisco, Sonora, Campeche, Michoacán, las entidades se han preocupado por resolver tal problemática, por medio de reforma al código civil local de cada Estado, permite que dos personas del mismo sexo puedan casarse, gozar de las herramientas jurídicas para constituir la adopción.<sup>486</sup>

El adoptado podrá dar nombre y apellidos al adoptado, no necesariamente en todos los casos se cambia el nombre, puede continuar con el nombre que le haya puesto su familia de origen, a diferencia el apellido si es de carácter necesario, podrá darse un segundo nombre, pero no es necesario según lo estipulado en el código civil; Una vez constituido el vínculo por resolución judicial, los adoptantes podrán darle un nuevo nombre y sus apellidos al adoptado, se hagan las anotaciones correspondientes en el acta de nacimiento o de adopción en el registro civil.<sup>487</sup> La adopción producirá sus efectos, aunque sobrevengan hijos al adoptante.

---

<sup>484</sup> SCHAFFER, H. R. *Decisiones sobre la infancia*, año 2000, Preguntas y respuestas que ofrece la investigación psicológica. Madrid: Ed. Visor.

<sup>485</sup> Ley 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las uniones de hecho." C.A.Valencia. B.O.E.

<sup>486</sup> Ídem

<sup>487</sup> MIGUEL, A. DE Y VALCARCE, M. *Homosexualidad y la adopción por homosexuales Anuario de Psicología Jurídica*, Volumen 14, año 2004. Págs. 81-98. ISBN: 84-87566-33-7

El efecto principal de la adopción plena es crear entre los adoptantes y el adoptado, los mismos vínculos jurídicos que unen a los padres con sus hijos biológicos, en su totalidad forma parte de la familia, para todos los efectos legales, causa la pérdida del parentesco con su familia natural. El éxito o fracaso de la educación de un menor adoptado no dependen de la orientación sexual de los padres, sino del estilo/modo. Los requisitos idóneos para la familia son el ajuste personal/social, apoyo familiar, actitud y motivación, la satisfacción de la clara disposición de no cubrir carencias de tipo personal.<sup>488</sup> Para el caso de una gestación asistida, dos mujeres pueden admitir la gestación por encargo para un hombre, se requiere un cambio en los formatos de actas de nacimientos que contengan las opciones de la comaternidad y la copaternidad, el acta de nacimiento se tiene que actualizar a las nuevas necesidades, para no dificultar el debido proceso, el reconocimiento de la comaternidad/copaternidad y la adopción por PMS.

La psicología es la ciencia investigadora de los procesos mentales, las sensaciones, las percepciones y el comportamiento del ser humano. Estudios como es el caso de un experimento que incluía a 41 niños de 4 años, 17 procedían de familias formadas por la madre sola y el hijo y 24 familias intactas. En los dos grupos había niños y niñas para que se evaluara la comprensión infantil de su identidad sexual, su conocimiento de los estereotipos sexuales, roles sexuales, la construcción de la identidad sexual es un proceso que llega a ser congruente y egosintónico en el individuo.<sup>489</sup> La toma conciencia es un profundo reconocimiento de emociones, la capacidad para resolver, asimilar, afrontar los problemas personales, sus derivados sociales en el entorno donde se vive.<sup>490</sup> La aceptación de la homosexualidad, continúa albergando actitudes homofóbicas que no favorecen en nada a la construcción de una identidad sexual.

---

<sup>488</sup> VICENT R. LLOPIS SALA, *HOMOSEXUALIDAD Y ADOPCIÓN: LA PERSPECTIVA DEL PSICÓLOGO*, 1995. Vol. 61.

<sup>489</sup> BRENES, M. E.; EISENBERG, N., HELMSTADTER: *“Desarrollo del rol sexual en preescolares de familias normales y monoparentales”*, G.C., 1985.

<sup>490</sup> La subordinación de los derechos de las parejas al reconocimiento de los derechos civiles individuales de las personas homosexuales ha sido una estrategia seguida por la totalidad del movimiento homosexuales

Existe formar de evaluar al padre o la madre adoptante, debe seguir la línea de investigación para saber qué medidas de trabajo y pensamiento pueden ser utilizados como predictivo de una adopción exitosa. La opinión de aquellas personas que están a favor de la adopción por PMS se basa en investigaciones y no en las creencias. La investigación científica arroja que no existen repercusiones en los hijos de padres homosexuales,<sup>491</sup> el nacido ha sido por aplicación de las técnicas jurídicas, ninguna discriminación por el sexo de los padres. Decidir el orden de los apellidos que se inscriba en el acta de nacimiento, acordar las madres/padres del menor, debe ser por mutuo acuerdo, romper el esquema tradicional “poner primero el apellido del padre y luego en de la madre”.

La homosexualidad fue retirada del Manual Diagnóstico y Estadístico de Enfermedades Mentales después de tres décadas de investigaciones científicas que demostraron que la LGBT no tiene pérdida del juicio de la realidad, alteración del pensamiento, habilidades sociales, vocacionales.<sup>492</sup> En 1971, la American Psychological Association comparó a 84 mujeres y 127 hombres homosexuales 94 mujeres y con 123 hombres heterosexuales. Las características psicológicas no mostraron diferencias entre ambos grupos. La homosexualidad no implica un trastorno psicológico, pero la discriminación social si lo es, puede tener como consecuencia depresión, ansiedad y baja autoestima.

Las PMS son más atentas a las necesidades de sus hijos, utilizan más el reforzamiento que el castigo, los padres heterosexuales utilizaban más la punición física, la madre muestran la misma capacidad que la madre heterosexual de lograr apegos seguros, ejercer autoridad y entregar amor a sus hijos.<sup>493</sup> Los hijos de madres lesbianas, entrevistado un grupo de niños a los 9 años y luego a los 24. Más del 90% eran heterosexuales.<sup>494</sup> Los hijos de PMS no desarrollaban problemas con su identidad

---

<sup>491</sup> Recogiendo lo señalado, y en consonancia con los autores citados (A. LÓPEZ LAMELA, HAYEZ Y BOITEUX, GALLI Y VOLPE)

<sup>492</sup> Bardi, Leyton, Martínez y González, Identidad sexual: proceso de definición en la adolescencia. Reflexiones pedagógicas, 2005, Pág. 26

<sup>493</sup> American Psychiatric Association. Position statement on homosexuality and civil rights, 1974.

<sup>494</sup> Anderssen, N Amlie, C y Ytreoy, E. Outcomes for children with lesbian or gay parents: A review of studies from 1978 to 2000. Scandinavian Journal of Psychology, 43, 335-351, 2002.

de género, desarrollando el rol de género esperado en cuanto a elección de juguetes y juegos, comportamiento, actividades e intereses vocacionales.<sup>495</sup>

Las hijas de madres lesbianas son más femeninas que las hijas de madres heterosexuales, ¡Cómo nos encanta llevarle la contraria a nuestras madres!, niños criados en familias con padres poco estresantes, no hay conflictos entre ellos y más amor conyugal, desarrollaban un perfil psicológico y social más sano.<sup>496</sup>

## CAPÍTULO 4.-DERECHO COMPARADO

### Sumario

4.1.- Adopción por parejas del mismo sexo en el derecho internacional. 4.2.- La Adopción en los países Europeos. 4.3.- El Derecho comparado con los Estado Unidos de Norte América. 4.4.-Criterios de la Corte Europea de Derechos Humanos en materia de familia homoparental, adopción e interés superior del menor. 4.5.- Criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

### 4.1.- ADOPCIÓN POR PAREJAS DEL MISMO SEXO EN EL DERECHO INTERNACIONAL.

La Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), descarta cualquier impacto negativo en el desarrollo de los niños adoptados por PMS, señala que una pareja homosexual no violenta los derechos de los niños, garantiza el acceso de los últimos a tener una familia.<sup>497</sup> El Centro de Estudios de adopción y el Instituto Mexicano de Orientación Sexual advierten los problemas a los que se puede enfrentar el menor que crece en un entorno familiar distinto a los roles del padre y la madre; el niño puede ser más propenso a sufrir *bullying* por parte de sus compañeros de escuela, ser más tímido e inseguro frente a un grupo de personas, se debe a que México creció

---

<sup>495</sup> Green, 1978; Mandel, Hotvedt, Gray & Smith, 1986; Smith & Roy, 1981.

<sup>496</sup> ACNUDH, 2015. Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género. En Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Presentado el 4 de mayo de 2015 ante Comisión de Derechos Humanos,

<sup>497</sup> Sánchez Cordero de García Villegas, Olga, Efectos de las Reformas Constitucionales en la Aplicación del Principio del Interés Superior de la Infancia, en Foro "El Principio del Interés Superior de la Infancia en las Resoluciones Judiciales", organizado por la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, el 25 de noviembre de 2011.

como una sociedad en la que la homosexualidad no es aceptada, el no encajar con el perfil del modelo social puede causar de manera involuntaria algunos conflictos emocionales.

La adopción por PMS no es contraria ni violenta a la constitución, este primer grupo es una familia que debe tener garantizado el derecho a la igualdad, no hay razón científica fundada que conjeture un riesgo objetivo para los menores de edad, "si los padres son felices, su hijo también lo será".<sup>498</sup> En la comparación de parejas no hay diferencia significativa de los efectos psico-sociales para los niños,<sup>499</sup> el interés superior de los menores no consiste en tener una familia modelo sino en el bienestar físico y mental, ser reintegrado en una familia cuando el primero carezca de ella, condiciones adecuadas para la crianza, cuidado y educación de los huérfanos o abandonados. El CDEA afirma que no existe derecho de ejercer la paternidad por sola biología o adopción cuando existe el derecho de los niños a vivir y crecer en una familia.<sup>500</sup>

El estudio Adopción: Deseo y Crianza, realizado por psicólogos de la UNAM, la Universidad Iberoamericana y la Asociación Mexicana de Psicoanálisis destaca que la adopción es un derecho que "significa no convertir al menor en una bandera política y si en cumplir el deseo de tener a un hijo", con esto se pretende evidenciar las diferentes motivaciones y vínculos que se desarrollan a partir de la condición adoptiva entre las familias heterosexuales y homosexuales, también incluye a personas solteras adoptivas, no hay un tipo ideal de familia.<sup>501</sup>

El derecho internacional contempla tratados en materia de adopción, así como disposiciones que están vinculadas directamente con México, reflejan una regulación de la materia entre estos instrumentos internacionales vinculantes para México: la Declaración de los Derechos del Niño; la Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y al Bienestar de los Niños, particularmente la convención sobre los derechos de los niños tiene una importancia relevante, coloca como una prioridad en el plano internacional la colocación de los niños en hogares, ,

---

<sup>498</sup> Lauren Sandler, *Cuando un hijo es suficiente*, REVISTA FUCSIA, 2010.

<sup>499</sup> Juliana González y Jorge Enrique Linares, Seminario de Ética y Bioética de la Facultad de Filosofía y Letras.

<sup>500</sup> Centro de Estudios de Adopción.

<sup>501</sup> Teresa Zamora Díaz de León y Carolina Grajales Valdespino, de la Escuela Nacional de Trabajo Social de la UNAM.

reconoce como un derecho de los niños el crecer en un seno familiar, un ambiente de amor, felicidad y comprensión, fomentar un pleno y armonioso desarrollo personal.<sup>502</sup>

1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.

2. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños.

3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.

El artículo 20 de la Convención establece el derecho del niño, con respeto a crecer temporal o permanentemente en un hogar sustituto si se encuentra privado de su familia de origen, es deber del Estado proporcionarle a los primeros protección y asistencia especial que les garantice un cuidado, es necesario la adopción o la creación de instituciones adecuadas para la protección de los menores. La convención sobre los derechos de los niños contempla que se le tiene que dar particular atención a la continuidad de la educación, origen étnico, cultural y lingüística de los niños.<sup>503</sup> El artículo 21 establece el cuadro normativo de la figura adoptiva, los Estados partes reconocen y permite la adopción a través de un sistema de cuidado de niños, primordialmente el interés superior del menor.<sup>504</sup>

El artículo 21 de la Convención de los Derechos del Niño indica que los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán que el interés superior del niño sea la consideración primordial y:<sup>505</sup>

---

<sup>502</sup> Convención sobre los derechos del Niño, Ratificado por México el 21 de septiembre de 1990, publicada su promulgación en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991, Dirección en Internet: [http://www.unicef.org/mexico/spanish/mx\\_resources\\_textocdn.pdf](http://www.unicef.org/mexico/spanish/mx_resources_textocdn.pdf) Fecha de consulta 14 de marzo de 2016.

<sup>503</sup> Bos, H y Standford, G. Children's gender identity in lesbian and heterosexual two parents families. *Sex roles*. 62: 114-126. 2010.

<sup>504</sup> Gartrell, N., & Bos, H. US National Longitudinal Lesbian Family Study: Psychological Adjustment of 17-Year-Old Adolescents. *Pediatrics*, 126(1), 28–36. 2010.

<sup>505</sup> Artículo 21 de la Convención sobre los derechos del Niño.

a) Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario;

b) Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen;

c) Velarán por que el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen;

d) Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella;

e) Promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente artículo mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán, dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes.

La Convención sobre Protección de Menores y Cooperación en Materia de Adopción Internacional (Convención de la Haya).<sup>506</sup> Surgió ante la necesidad de adoptar las medidas necesarias para garantizar las adopciones internacionales, considerar el interés superior de niño y el respecto a los derechos fundamentales que reconoce el derecho internacional. Prevé un sistema de cooperación entre los Estados, instaurar el respeto a las garantías, prevenir la sustracción, venta y el tráfico de

---

<sup>506</sup> La Convención de la Haya es el tratado internacional encargado de proteger y salvaguardar el patrimonio cultural en caso de conflicto bélico, a nivel mundial, se aprobó en 1954 en la Haya, tras la destrucción masiva del patrimonio cultural durante la Segunda Guerra Mundial.

menores, como su nombre lo dice establece las condiciones que el Estado debe adoptar para que tenga lugar la adopción internacional.

El Estado y los organismos acreditados en la Convención deberán prever autoridades designadas a dar cumplimiento a la legislación internacional en materia de adopción, igualmente establecer autoridades competentes para la protección de los niños, condiciones de procedimiento, requisitos que deberán cubrir los padres adoptivos;<sup>507</sup> los padres adoptivos deben manifestar estar de acuerdo y ofrecer evidencia que el Estado pueda recabar, se corrobore tener los recursos necesario para mantener a un menor de edad, las autoridades centrales del Estados (la nacionalidad a la que pertenecen los padres adoptivos y el niño adoptado) deben manifestar estar de acuerdo con el procedimiento de la adopción, los futuros padres deben ser adecuados y aptos para adoptar al niño, estar autorizados para entrar/residir permanentemente en el Estado de recepción; vínculo de filiación entre el niño y sus padres adoptivos; de la responsabilidad de los padres adoptivos respecto al hijo depende la ruptura o permanencia del vínculo de filiación preexistente entre el niño y su padre/madre.<sup>508</sup>

Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Adopciones de Menores;

La importancia de la Convención tiene su lugar para con la protección de los niños, pretende una correcta aplicación de las leyes en lo referente a la adopción internacional, tiene un valor equivalente a la adopción plena.<sup>509</sup> La prioridad en esta Convención, como su propio nombre lo indica es la aplicación de las leyes en materia de adopción, los contenidos de dichas leyes se basan en el lugar geográfico en donde residía el menor adoptado, la capacidad, el consentimiento y los requisitos para ser adoptado. Se prevé que en las adopciones que se guían por la Convención las autoridades acredite la aptitud física, moral, psicológica y económica, a través de instituciones públicas o privadas facultadas.<sup>510</sup> Reconoce el derecho de sucesión

---

<sup>507</sup> Revista Española de Derecho Constitucional, 107, mayo-agosto (2016), pp. 217–253.

<sup>508</sup> Goldberg, A. E., & Gartrell, N. K. LGB-parent families: the current state of the research and directions for the future. *Advances in Child Development and Behavior*, 46, 57–88. 2014.

<sup>509</sup> Golombock, S. Research of gay and lesbian parenting: an historical perspective across 30 years. *Journal of GLBT familie studies*. 3. 2008.

<sup>510</sup> Se firmó en 1989 con 54 artículos, Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Adopciones de Menores.

correspondiente a la filiación legítima, establece el carácter irrevocable de la adopción plena, legitimación adoptiva y otras instituciones afines señaladas en el artículo 1;

“La presente Convención se aplicará a la adopción de menores bajo las formas de adopción plena, legitimación adoptiva y otras instituciones afines, que equiparen al adoptado a la condición de hijo cuya filiación esté legalmente establecida, cuando el adoptante (o adoptantes) tenga su domicilio en un Estado Parte y el adoptado su residencia habitual en otro Estado Parte.”<sup>511</sup> Prevé la posibilidad de convertir la adopción simple en adopción plena legitimando al adoptado, para ello es necesario que el adoptado sea mayor de 14 años y dar su consentimiento.

#### Declaración de los Derechos del Niño;

La declaración de los derechos del niño establece diversos fundamentos para el ejercicio de la adopción de niños, los principales numerales son el 6 y 9, instituye principios tales como lo es el pleno y armonioso desarrollo personal del niño, la necesidad de amor y comprensión de este último, crecer bajo el amparo y responsabilidad de los padres, un ambiente de afecto, responsabilidad y seguridad material/moral. La autoridad pública debe dar especial cuidado a los niños sin familia, buscar la protección de los niños en estado de abandono, crueldad o explotación/trata de cualquier tipo.<sup>512</sup>

Principio 6 de la Declaración de los Derechos del Niño. El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Para el mantenimiento de los hijos de familias numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole.<sup>513</sup>

---

<sup>511</sup> Artículo 1 de la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Adopciones de Menores.

<sup>512</sup> Declaración de los Derechos del Niño, aprobada el 20 de noviembre de 1959, por unanimidad de los 78 Estados miembros componentes de la Organización de Naciones Unidas.

<sup>513</sup> Principio 6 de la Declaración de los Derechos del Niño.

Principio 9 de la Declaración de los Derechos del Niño. El niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación. No será objeto de ningún tipo de trata.

No deberá permitirse al niño trabajar antes de una edad mínima adecuada; en ningún caso se le dedicará ni se le permitirá que se dedique a ocupación o empleo alguno que pueda perjudicar su salud o su educación o impedir su desarrollo físico, mental o moral.<sup>514</sup>

En el año 2016, Argentina, los Estados Federales de Ciudad de México, Coahuila, Michoacán, Campeche, Colima, y Morelos, en México y Uruguay aprobaron la institución “adopción por PMS”, de dónde surgió la decisión de aprobar una ley de matrimonios igualitarios, lo que generó una modificación que permite que las PMS puedan adoptar.<sup>515</sup>

En Brasil no existe una Ley de matrimonios igualitarios, ni una extensión de los derechos personales derivados del matrimonio, como es el caso de la adopción, ni una ley que apruebe la figura de la adopción homoparental, pero el Supremo Tribunal Federal de Brasil ha resuelto varios casos en los que ha quedado sentado importantes precedentes, al permitir que PMS puedan adoptar menores conjuntamente.<sup>516</sup>

#### 4.2.- LA ADOPCIÓN EN LOS PAÍSES EUROPEOS.

México es el segundo país más homofóbico de América después de Brasil,<sup>517</sup> si se compara con las primeras potencias Europeas, México podría resultar una nación excesivamente aferrada a una ideología anticuada. La homoparentalidad comenzó a ser aprobada en diferentes Países Europeos y del mundo a partir del año 2002, inicialmente en Suecia y Sudáfrica, posteriormente en España en 2005, Islandia y Bélgica en el año 2006 y Noruega en 2009. En América se presentó la adopción de PMS en el marco de

---

<sup>514</sup> Principio 9 de la Declaración de los Derechos del Niño.

<sup>515</sup> Leddy, A., Gartrell, N. y Henny, B. Growing up in a lesbian family: the life experiences of the adult daughters and sons of lesbian mothers. *Journal of GLBT family studies*, 8(3): 243 - 257. (2012).

<sup>516</sup> Chaparro, L.J., Guzmán, Y.M. *Adopción homoparental: Estudio de derecho comparado a partir de las perspectivas de los países latinoamericanos que la han aprobado*. *Revista CES Derecho*, (8), 2, 267-297, Año 2017.

<sup>517</sup> TURNER, Ralph. *Las grandes culturas de la humanidad*. Fondo de Cultura Económica, II. Los imperios clásicos. Cuarta impresión. México. 1985. P. 723.

las legislaciones, a través de diversos casos de adopción unipersonal integrativa, cuando el hijo biológico de una persona que tiene una pareja del mismo sexo es adoptado por esta último, se pretende tener un vínculo filial al adoptar al hijo del primero; esta forma de adopción aún sigue siendo legal en países como Costa Rica y Chile.<sup>518</sup>

En países como Canadá, Dinamarca, España, Israel, Noruega, Países Bajos, Reino Unido, Sudáfrica, Suecia, Uruguay, Portugal y también en algunos estados de la Unión Americana, es legal la adopción de niños por parejas del mismo sexo, pero no en todas, la franquicia de la adopción es clara, se reduce a una interpretación legal, el matrimonio no significa la posibilidad de adoptar. Portugal, por ejemplo, acepta el matrimonio por PMS, pero restringe que está pueda adoptar un hijo.<sup>519</sup> España fue la primera potencia Europea en consagrar la igualdad anotada, el 1º de julio de 2005 introdujo por medio de la Ley 13/2005, el párrafo segundo del artículo 44 del Código Civil, en el contenido del Título IV del Libro I del Código Civil, intitulado “De los requisitos del matrimonio”, expresamente dice: “Artículo. 44. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o diferente sexo”.<sup>520</sup>

“Artículo. 175. La adopción requiere que el adoptante sea mayor de veinticinco años. En la adopción por ambos cónyuges basta que uno de ellos haya alcanzado dicha edad. En todo caso, el adoptante habrá de tener, por lo menos, catorce años más que el adoptado”.<sup>521</sup>

La adopción por medio de una interpretación derivada del matrimonio, es una consecuencia de la unión de dos personas, se entiende como un requisito legal para satisfacer el supuesto de ser adoptado por mas una persona, un matrimonio entre personas del mismo sexo. En el plano del derecho, aun para las primeras potencias

---

<sup>518</sup> En ambos países, la legislación y los protocolos vigentes sólo contemplan la adopción por parte de parejas heterosexuales, si bien los homosexuales pueden adoptar de forma individual.

<sup>519</sup> En efecto, el artículo 3º. de la Ley Num. 9/2010 de 31 de mayo del presente año, expresa: “Artigo 3.o. Adopcao.1. As alteracoes introducidas pela presente lei nao implicam admissibilidade legal de adopcao, em qualquer das suas modalidades, por perssoas casadas con conyuge do mesmo sexo”.

<sup>520</sup> Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

<sup>521</sup> Artículo. 175 del Código Civil Español, Número 1 del artículo 175 redactado por L.O. 1/1996, 15 enero («B.O.E.» 17 enero), de Protección Jurídica del Menor.

Europeas la adopción de menores es fue tema controversial, las tendencias actuales declinan al reconocimiento de PMS.<sup>522</sup> El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha resuelto que, si bien es verdad que el Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Convenio de Roma no contempla el derecho de adoptar, siendo un privilegio el matrimonio entre PMS, se deja al margen de apreciación del Estado la decisión de establecer el cuadro normativo correspondiente. En países como Italia e Irlanda, a una persona soltera no se le permite adoptar, independientemente de cual sea su preferencia sexual, en los Estados Unidos, la situación jurídica varía en cada Estado, las uniones homosexuales son equivalentes al matrimonio.<sup>523</sup>

En la conciencia del ámbito internacional, la problemática de la adopción es el análisis separado, los aspectos morales han llamado la atención de los altos Tribunales Europeos con respecto a la constitucionalidad de la adopción homoparentales, un ejemplo de ello es la sentencia 198/2012, de 6 de noviembre pronunciada en contra de Austria y Francia.<sup>524</sup> El tribunal Europeo no interfiere en las decisiones internas del Estado ni violenta la autonomía de este, se enfoca en vigilar que las leyes se apliquen sin diferencia ligada a la orientación sexual, censurar la prohibición de la adopción individual a homosexuales, si el Estado permite la adopción monoparental no se puede restringir la adopción conjunta a PMS sexo no casadas.

El punto más importante a discutir es la creencia de los grupos opositores, lo que se refiere a la identidad sexual del niño, la estabilidad y salud mental del infante, si esta puede resultar dañada debido a la preferencia sexual de sus padres: ¿los niños educados por padres o madres homosexuales son más vulnerables al abuso sexual por parte de sus tutores o los amigos de estos? ¿Los niños sufrirán discriminación en la escuela por tener padres del mismo sexo?, en la realidad el bullying existen en los grupos heterosexuales de niños, ricos, pobres, que un niño sea bueno o malo no tiene que ver con las preferencias sexuales o si los compañeros vengan de una familia con

---

<sup>522</sup> Revista Española de Derecho Internacional Sección, Asociación de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales ISSN: 0034-9380, vol. LXIV/2 Madrid, julio-diciembre 2012 Págs. 49-78.

<sup>523</sup> Carbonell Sánchez, Miguel, *La reforma constitucional en materia de derechos humanos*, septiembre de 2012, Dirección en Internet: <http://www.miguelcarbonell.com/articulos/novedades.shtml> Fecha de consulta 15 de marzo de 2016.

<sup>524</sup> Martín Sánchez, *MATRIMONIO Y «MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO»: LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY, 13/2005*, Universidad de Zaragoza, (2014).

dos mamás o dos papás. El Estado debe asegurar el bienestar infantil, el niño necesita crecer con amor, apoyo emocional para sentirse seguro de vivir, este bienestar se lo puede otorgar a uno o muchos seres humanos.<sup>525</sup>

¿Los hijos de homosexuales son más vulnerables al atentado sexual infantil? un homosexual no es proclive al acto pederasta que un heterosexual. Es un prejuicio creer que la homosexual está ligada al pederasta, una manía en contra de esta comunidad, en ningún estudio se han encontrado muestras que padres/madres homosexuales hayan participado en actos de abuso sexual infantil, una pareja homosexual no es incapaz de ser buenos padres, no hay diferencia radical en la forma de crianza.<sup>526</sup>

Es importante aludir ciertos avances legislativos y jurisprudenciales que México ha realizado, hasta hace algunos años el matrimonio carecía de regulación integral, la unión homoparental y la adopción no estaban contempladas en las uniones convencionales, en el Estado la doctrina y la jurisprudencia ocupaban un lugar privilegiado para plantear y abordar dicha temática, la igualdad e interés superior del menor son principios que se adecúan a un nuevo modelo de familia.<sup>527</sup>

En México, desde el año 2009 se comenzó con un debate acerca del verdadero concepto de familia. La reforma del año 2009 eliminó el concepto hombre y mujer como base del matrimonio, entabló el criterio igualitario de “dos personas”, la aprobación de esta figura fue después de modificar el artículo 391 del código civil de la ciudad de México, para eliminar la imposibilidad de adoptar a los cónyuges o concubinos del mismo sexo.<sup>528</sup>

Los cónyuges o concubinos podrán adoptar, cuando los dos estén conformes en considerar al adoptado como hijo y aunque sólo uno de ellos cumpla el requisito de la edad, pero

---

<sup>525</sup> Contreras Díaz, Adalia; *La importancia de la reincorporación de menores al ambiente familiar*, Revista de educación y cultura Artículos AZ, noviembre 2, 2014, Dirección en Internet: <http://www.educacionyculturaaz.com/articulos-az/la-importancia-de-la-reincorporacion-de-menores-al-entorno-familiar> Fecha de consulta 26 de febrero de 2016.

<sup>526</sup> Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y al Bienestar de los Niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional, Dirección en Internet: 29 de febrero de 2016.

<sup>527</sup> El 21 de diciembre de 2009, el Pleno de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, aprobó la reforma del Código Civil y el Código de Procedimientos Civiles permitiendo el matrimonio entre personas del mismo sexo, pues este derecho no puede ser restringido como resultado de la orientación sexual.

<sup>528</sup> Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, Semanario Judicial de la Federación.

siempre y cuando la diferencia de edad entre cualquiera de los adoptantes y el adoptado sea de diecisiete años cuando menos.<sup>529</sup>

Los ministros de la SCJN, resolvieron la constitucionalidad del derecho de adoptar niños por PMS, basándose en el principio de igualdad que debe imperar en el modelo familiar, en el interés superior del menor, muchos niños viven en casas hogares y sin tener el afecto/cuidado de una familia. La SCJN reconoció la existencia de diversos tipos de familia, el mérito especial de este reconocimiento se encuentra en la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, en dicho acto de inconstitucionalidad se incorporó el argumento que no existe un modelo de familia único, existen diversos tipos de familia cuya finalidad principal no es necesariamente la procreación biológica. El primer caso de adopción por PMS en México fue el año 2011, una pareja de lesbiana solicitó la adopción de un menor en la Ciudad de México luego que la SCJN ratificara el derecho a la adopción homoparental, el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia autorizó su adopción una vez cumplido todos los requisitos.<sup>530</sup>

El artículo 143 del Código Civil de la Ciudad de México no era idóneo para cumplir con el propósito de proteger a la familia, al ser esta la base de la realidad social la norma pretende desvincular los requisitos en cuanto a las preferencias sexuales de quienes pueden acceder a al vínculo marital o la adopción. “La existencia de matrimonios y familias con miembros homosexuales, ni impulsa, ni prohíbe, ni mucho menos excluye la continuación y el crecimiento de las familias heterosexuales. No se trata de destruir a la familia, sino de enriquecer su contenido, reconocer su variedad, hacer posible la unión de personas para cuidarse, quererse, protegerse y tener vida en común.<sup>531</sup>

“En el procedimiento para autorizar la adopción de un menor en aras de lograr el pleno respeto a los derechos de la niñez, se garantice que ésa sea su mejor opción de vida, si se trata de un matrimonio heterosexual o de parejas del mismo sexo, se reitera este último aspecto no

---

<sup>529</sup> ARTÍCULO 391, REFORMA A LOS ARTÍCULOS 146 Y 391 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. REFORMAS QUE FACULTAN EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO Y SU DERECHO A LA ADOPCIÓN DE MENORES EN EL D.F.

<sup>530</sup> Decreto 103 del de junio de 2016, a través del cual se reconoció la figura adoptiva por parejas del mismo sexo, Semanario Judicial de la Federación.

<sup>531</sup> Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, 2010, La Suprema Corte Mexicana, decide sobre esta Acción de Inconstitucionalidad promovida por el Procurador General, con el fin de solicitar la nulidad de las normas señaladas, Semanario Judicial de la Federación.

puede ser, en forma alguna, el que decida si la adopción procede o no, al no afectar la capacidad de una persona para prodigar a un menor el cuidado y amor debidos.<sup>532</sup>

Los países Europeos no tienen la obligación de ampliar el concepto de matrimonio, ello no significa que la norma prohíba el derecho al matrimonio entre PMS, la mayoría de los países de la unión Europea ofrecen reconocer legalmente a los matrimonios por PMS.<sup>533</sup> Cuando un derecho existe pero no está reconocido el Estado debe buscar y ofrecer las vías jurídicas necesarias para aquellas parejas homosexuales que desee legalizar su unión. El TEDH reconoce la falta de legislación por parte del consejo regional, la latitud de cada Estado para decretar un ordenamiento debe ser conforme a las prácticas sociales y culturales.<sup>534</sup> En el caso Chapin et Charpentier no se examinó el derecho al matrimonio igualitario, el pronunciamiento se enfocó en el motivo de la Litis y no en la universalidad de un sistema de protección, se avocó a interpretar el derecho al matrimonio en términos del artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, pero no aborda un contenido de regla universal, la competencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos está circunscrita al Convenio Europeo, desde el punto de vista lógico el TEDH no otorga un margen de apreciación a los Estados.

El matrimonio por PMS en si no es un derecho humano, la igualdad entre las personas si lo es, la libre decisión de con quien se quiere convivir. La amplia gama del sistema Europeo permite el matrimonio igualitario, reconoce los derechos en lo que se refiere a las PMS, generan obligaciones para los Estados. El derecho a tener una familia fue reconocido por primera vez en Schalk y Kopf c. Austria en el año 2010, por una sentencia emitida por Tribunal superior de aquél país, en el cual se determinó que sería un artificio sostener que las PMS no puedan establecer un vínculo familiar, sus integrantes son capaces de comprometerse a entablar relaciones estables. El trato diferente a PMS respecto al derecho de familia constituye una conducta

---

<sup>532</sup> En el Estado de Campeche la aprobación de la adopción homoparental, fue el resultado del pronunciamiento hecho en la Acción de Inconstitucionalidad 8/2014, Comisión de Derechos Humanos del Estado de Campeche, 2014.

<sup>533</sup> Oliari c. Italia; donde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) condenó al estado italiano en 2015 por su falta de legislación al respecto.

<sup>534</sup> La sentencia, matrimonio igualitario es Chapin et Charpentier c. Francia, Nº 40183/07 ESTRASBURGO 9 de junio de 2016.

discriminatoria, la ampliación de las garantías se pueden observar en naciones como los países Europeos, “está generándose un consenso sobre el reconocimiento legal de las PMS”.<sup>535</sup>

El matrimonio no está definido como la unión de exclusiva de un hombre y una mujer.<sup>536</sup> La carta emitida por la Comisión Europea confirma el reconocimiento de la neutralidad de género, los matrimonios tradicionales tienen la legislación nacional que les permite existir, el artículo 21 de la Carta Europea identifica a los grupos homosexuales como una de las minorías vulnerables y prohíbe la discriminación en su contra, la exclusión de PMS al derecho de contraer matrimonio por la sola razón de una orientación sexual distinta a la heterosexual resultaría en una violación a la igualdad.<sup>537</sup>

#### 4.3.- EL DERECHO COMPARADO CON LOS ESTADO UNIDOS DE NORTE AMÉRICA.

En los Estados Unidos un 55% de las PMS tienen por lo menos un hijo adoptado en casa, según la Asociación Estadounidense de Psicología el bienestar del menor no se ve afectado, tampoco el sano crecimiento de este último. Desde el año 2000 numerosos estudios psicológicos y psiquiátricos afirman que no hay evidencia que la adopción homoparental sea dañina para los niños, no hay diferencia sustancial en el desarrollo de niños criados por padres del mismo sexo y los hijos de parejas heterosexuales. Estados Unidos han manifestado en todos los casos de niños criados por padres homosexuales no apreciar daño alguno.<sup>538</sup>

Estudios realizados por la Asociación Estadounidense de Psicología dan a conocer que los niños dicen estar contentos con su género, tener claro cuál es su identidad sexual, no tener el deseo de pertenecer al sexo opuesto. En los roles culturales de los estadounidenses no han encontrado variaciones entre la conducta de hijos de madres homosexuales y la conducta de hijos de madres heterosexuales, todos ellos

---

<sup>535</sup> Castellanos Jankiewicz, León; *Matrimonio Igualitario en el derecho internacional*, Suprema Corte, 2017, Pág. 23.

<sup>536</sup> Artículo 9 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en vigor desde 2009.

<sup>537</sup> Artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en vigor desde 2009.

<sup>538</sup> Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género, A/HRC/29/23, 4 de mayo de 2015, párr. 2.

poseen las mismas preferencias, actividades, ocupaciones y gustos por aquello que les parece divertido, según estos datos no hay índices elevados de homosexualidad entre los descendientes de padres/madres homosexuales y padres/madres heterosexuales.<sup>539</sup>

La Asociación de Pediatría Americana apoya la adopción por PMS, en el año 2013 hizo una serie de alegatos a favor de la adopción por parejas homosexuales, según datos el censo realizado por esta esta institución en el año 2010 revela que más de 600.000 familias están formadas por una o dos personas del mismo sexo, uno de cada dos millones de niños es criado por una familia homoparental, en los estudios realizados por la AAP en 30 años, nunca ha arrojado evidencia que concluya que hay diferencia entre los niños criados por heterosexuales y aquellos cuyos padres son gais, el bienestar de los niños tiene que ver con la relación de estos con sus padres, no con la sexualidad de estos últimos, influye la seguridad que les ofrece el respaldo económico y social que se trasmite de padres a hijos.<sup>540</sup>

La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norte América, denominado Tribunal Supremo de Justicia de los Estados Unidos el 26 de junio de 2013 declaro que era inconstitucional la Ley de Defensa del Matrimonio, promulgada por el presidente William «Bill» Jefferson Clinton, la cual en la Sección 3 defendía a escala federal el matrimonio formado exclusivamente por hombre y mujer.<sup>541</sup> La Proposición 8 en el Estado de California eliminó el derecho de las PMS a contraer matrimonio, pero tras la decisión de la Corte Suprema el 26 de junio de 2013 el tribunal federal de apelaciones del noveno circuito judicial levantó el bloqueo sobre la celebración de bodas homosexuales. El Estado de Nebraska fue la última entidad en prohibir el patrimonio por PMS, tras derogar la Ley de Defensa del Matrimonio el Tribunal Supremo del Estado de Nebraska, determino que las parejas formadas por personas del mismo sexo tienen derecho de adoptar menores de edad.

Para miles de parejas LGBT y de niños que necesitan ser adoptados por padres que los críen, la decisión del máximo tribunal derogando la prohibición que

---

<sup>539</sup> Revista Española de Derecho Constitucional, 107, mayo-agosto (2016), pp. 219–253.

<sup>540</sup> EEUU: el Supremo tacha de inconstitucional la ley contra el matrimonio gay Euronew. 26 de junio de 2013.

<sup>541</sup> Jackson, Glenda Labadie. Deshojando margaritas: un recuento histórico del reconocimiento jurídico del matrimonio homosexual en los Estados Unidos de América, página 10. InDret. Abril, 2006.

predominaba en el Estado de Nebraska fue una victoria que puso en alto el lema “Igualdad ante la ley”.<sup>542</sup> La resolución de dio en respuesta a las demandas interpuesta por tres parejas del mismo sexo, en las cuales alegaban la inconstitucionalidad de impedir la adopción por PMS, Nebraska no estaba en armonía con el reconocimiento de los derechos de la diversidad sexual.

La ley derogada, argumentaba que prohibir el matrimonio por PMS se fundamentaba en proteger el interés superior del menor, una pareja casada podía aspirar a la adopción de un menor, el Tribunal Supremo de Nebraska fallo en favor de los demandantes al demostrarse errores en el procedimiento y ordenó la anulación completa de la ley. Lo sucedido en los Estados de Nebraska y California es resultado un largo proceso de lucha por la igualdad y el reconocimiento de los derechos de minorías sexuales.<sup>543</sup>

En el año 2015 el gobierno de los Estados Unidos declaró que deben existir matrimonios igualitarios, el Tribunal Supremo reconoció legalmente las uniones entre personas del mismo sexo. El derecho que tiene las PMS a formalizar sus vínculos parentales ha sido reconocido en diversas jurisdicciones nacionales e internacionales. La norma que justifica la extensión de dicha prerrogativa es la prohibición de la discriminación en razón de la orientación sexual como corolario de la igualdad de trato entre personas. Dicho razonamiento ha sido validado por la Organización de las Naciones Unidas y la Organización de los Estados Americanos, así como en la jurisprudencia regional en materia de derechos humanos de los Estado Unidos de Norte América.<sup>544</sup>

La Convención sobre la Protección de Menores y la Cooperación en materia de Adopción Internacional prevé en su artículo 6, numeral 2 la obligación de los Estados partes de designar una autoridad encargada de dar cumplimiento a dicho Convenio en

---

<sup>542</sup> Esta frase hoy es más verdadera que ayer”, declaró Danielle Conrad, directora ejecutiva de la división en ese estado de la Unión Americana de Libertades Civiles de Estados Unidos (ACLU).

<sup>543</sup> The Advocate, “California becomes First State to Ban Gay, Trans “Panic” Defenses”, (California se convierte en el primer estado que prohíbe la utilización de las “defensas del pánico gay y trans”), 29 de septiembre de 2014. Disponible sólo en inglés; traducción libre de la CIDH.

<sup>544</sup> Brewer-Carías, A. R. (2015). Un «putsch judicial»: comentarios explicativos de la Corte Su- prema de Estados Unidos declarando la inconstitucionalidad de las leyes de cuatro Esta- dos que regulaban el matrimonio como unión solo de un hombre con una mujer. Estu- dios Constitucionales, 1 (2), 421-446.

lo referente a las adopciones internacionales.<sup>545</sup> En los Estados Unidos Mexicanos el sistema para el Desarrollo Integral Familiar tiene jurisdicción en todos los Estados que pertenecen a la unión, solo esta institución funge como autoridad encargada de dar cumplimiento al La Convención sobre la Protección de Menores, se limita a no dar trámite a ningún expediente internacional.

El Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia solo tiene jurisdicción en la Ciudad de México y en los 31 Estados de la República, la reforma hecha en el año 2011 cambio la naturaleza jurídica del Sistema nacional DIF, este ahora tiene jurisdicción subsidiaria.<sup>546</sup> La Secretaría de Relaciones Exteriores, funge como una autoridad central encargada de expedir las certificaciones de las adopciones que se hayan gestionado por personas extranjeras, que vallan de conformidad con la Convención sobre la Protección de Menores y la Cooperación en materia de Adopción Internacional.<sup>547</sup>

La ONU refleja un consenso gradual hacia el reconocimiento jurídico a nivel mundial del matrimonio igualitario. El Comité de Derechos Humanos considera que la discriminación por orientación sexual está prohibida por el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha establecido en una observación hecha en el año 2009 “Observación General No. 20”,<sup>548</sup> las preferencias sexuales no constituyen una condición social distinta al resto de la sociedad y por ende no puede ser objeto de discriminación. En el Pacto Internacional de derechos humanos y el sistema interamericano de derechos humanos ha incrementado la protección de los derechos de las PMS, prohibir la discriminación basada en el género y la orientación sexual.

La Convención Interamericana ha adoptado innovaciones jurídicas encaminadas a proteger la identidad de género contra toda forma de discriminación e intolerancia, en el año 2003 la Asamblea General de la OEA hizo expresiones con

---

<sup>545</sup> Convenio de 5 de octubre de 1961 sobre Competencia de Autoridades y Ley Aplicable en Materia de Protección de Menores.

<sup>546</sup> Reglamento de Adopción de Menores de los Sistemas para el Desarrollo Integral de la Familia.

<sup>547</sup> CIDH, Comunicado de Prensa No. 153A/14, Una mirada a la violencia contra personas LGBTI en América: un registro que documenta actos de violencia entre el 1 de enero de 2013 y el 31 de marzo de 2014, Anexo al Comunicado de Prensa No. 153/14. 17 de diciembre de 2014.

<sup>548</sup> OBSERVACIÓN GENERAL Nº 20, La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

respecto a la libertad de género y en el año 2008 emitió una resolución en la que se pronunció el principio de no discriminación por orientación sexual o identidad de género. Un precedente de gran importancia fue el caso *Atala Riffo e Hijas c. Chile*,<sup>549</sup> la Corte IDH estableció el derecho a no ser discriminado, basándose en lo plasmado por el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicho artículo prohíbe “cualquier norma, acto o práctica discriminatoria fundada en la orientación sexual de la persona, no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención”.<sup>550</sup>

La importancia de esta sentencia radica en la idea que el trato que recibe cada persona no debe basarse “fundamental y únicamente” en la orientación sexual, tomar en consideración la orientación sexual en el grado de fuese, constituye un acto de discriminación.<sup>551</sup> La falta de consenso internacional no es un argumento válido para perpetuar la distinción estructural de las minorías.

#### 4.4.-CRITERIOS DE LA CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE FAMILIA HOMOPARENTAL, ADOPCIÓN E INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.

La primera solicitud ante el tribunal de control del Convenio respecto a los derechos de las minorías sexuales fue en el año 1955, un hombre alemán demandó haber sido condenado por un tribunal de la República Federal de Alemania por su condición de homosexual en base al artículo 175 del Código Penal vigente en aquel país, violentando los artículos 8 y 14 CEDH, la desaparecida Comisión Europea de Derechos Humanos respondió que el Convenio permitía al Estado considerar la homosexualidad como infracción, la vida privada podía ser objeto de injerencia por

---

<sup>549</sup> La CIDH sancionó al Estado chileno, fue representado por Macarena Sáez, Helena Olea, Jorge Contesse, El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por el trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar de Karen Atala Riffo, debido a su orientación sexual, en el proceso judicial que resultó en el retiro del cuidado y custodia de sus hijas M., V. y R.

<sup>550</sup> Derecho a la diferencia, Derecho a la honra y la intimidad, Derechos de los niños y las niñas, Dignidad, Familia, Garantías judiciales y procesales, Igualdad, Interés superior del niño, Lesbianas, Gays, Bisexuales, Transexuales o Intersex, Protección judicial, Vida privada.

<sup>551</sup> Artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

parte del Estado, con el objetivo de asegurar la protección de la moral.<sup>552</sup> El nuevo Tribunal Europeo se limitó a contestar de manera similar demandas idénticas que se presentaron años posteriores, basándose en una jurisprudencia previa.

Fue hasta el año 1981 en la sentencia del caso Dudgeon cuando el Tribunal falló a favor de la prohibición de la discriminación, en actos que violentaban la sexualidad consentida en personas del mismo sexo, el primer paso en el ámbito del Derecho internacional de los derechos humanos hacia una creciente salvaguardia de los derechos de las minorías sexuales.<sup>553</sup> En la década de los años 80 y 90, la protección legal de los derechos de la comunidad LGBT por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se limitó a despenalizar la homosexualidad, rechazó numerosas demandas con contra de leyes de diferentes Estados de la Unión Europea, prácticas administrativas, sentencias judiciales que afectaban negativamente a la vida pública y privada de los homosexuales.<sup>554</sup> Desde los años 90, la Corte Europea de Derechos Humanos se ha mostrado más receptivo ante la discriminación por preferencias sexuales, se alejó de su antigua jurisprudencia al escuchar el reconocimiento progresivo de los derechos de las sexuales.

La Unión Europea ha realizado avances en gran parte de los Estados partes del Convenio. La corte europea adoptó entre los años 1999 y 2002 un conjunto de sentencias relacionadas con el derecho laboral, declaró que el despido de homosexuales por motivo de su orientación sexual infringía el respeto a la privacidad. Los casos

---

<sup>552</sup> X. c. República Federal de Alemania, solicitud núm. 104/55, de 10 de octubre de 1955.

<sup>553</sup> Solicitud núm. 7525/76, de 22 de octubre de 1981. Véanse igualmente las sentencias del Tribunal en los casos Norris c. Irlanda, solicitud núm. 10581/83, de 26 de octubre de 1988, y Modinos c. Chipre, solicitud núm. 15070/89, de 22 de abril de 1993. Tan sólo unos días antes de la sentencia Dudgeon, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa había adoptado su primer texto significativo sobre los derechos de las minorías sexuales en Europa. Se trataba de la Recomendación 924 (1981) sobre la discriminación hacia los homosexuales, de 1 de octubre de 1981, en la que instaba a los Estados miembros a abolir las disposiciones legales que penalizaban las prácticas homosexuales y a igualar la edad de consentimiento, así como a garantizar la igualdad de trato en el ámbito laboral. El órgano deliberativo del Consejo de Europa se avanzaba, como lo ha hecho reiteradamente desde entonces, al nivel de protección jurisdiccional garantizado a las minorías sexuales por el Tribunal.

<sup>554</sup> La Comisión Europea de Derechos Humanos suspendió sus funciones en noviembre de 1998, cuando fue suplantada por el nuevo Tribunal Europeo de Derechos Humanos de carácter permanente, resultado de la entrada en vigor del Protocolo núm. 11 del CEDH. Hasta entonces, los individuos no tenían acceso directo al Tribunal de Estrasburgo, sino que debían dirigirse en primer lugar a la Comisión de Derechos Humanos, la cual podía decidir, en el caso de estar fundamentada, presentar la demanda ante el Tribunal.

Lustig-Prean y Beckett c. en Reino Unido fueron las primeras sentencias adoptadas simultáneamente en septiembre de 1999, se presentaron por antiguos miembros de la ante el Tribunal por dos antiguos miembros de la Royal Navy, y Smith y Grady c. Reino Unido, relativo a dos exintegrantes de la Royal Air Force.<sup>555</sup> Los demandantes habían sido sometidos a interrogatorios para esclarecer su orientación sexual, durante los cuales fueron preguntados sobre detalles de su vida sexual. En el caso Dudgeon, se alegó que en Irlanda del Norte la legislatura del Estado castigaba las relaciones sexuales entre hombre, una persecución penal inquisitiva, a pesar que la legislación norirlandesa pretendía salvaguardar la moral, tal injerencia era innecesaria en una sociedad democrática como la del Reino Unido, en el sentido del art. 8.2 del Convenio.<sup>556</sup>

Las resoluciones del Tribunal Europeo permitieron que de manera progresiva la homosexualidad fuera aceptada en los Estados miembros del Consejo Europeo, los efectos negativos que sancionaban las leyes impugnadas no era proporcional a la justificación de la naturaleza moral en la vida de las personas, a criterio del Tribunal el mantenimiento de leyes que penalizaban la homosexualidad constituían una injerencia injustificada al derecho a la vida privada, sexual, una violación del art. 8 CEDH.<sup>557</sup> La homosexualidad fue despenalizada en 1982 en Irlanda del Norte, el Tribunal Europeo apreció que se tocaba uno de los aspectos más íntimos de la vida privada de una persona, las injerencias del Estado debían ser motivadas por razones de más

---

<sup>555</sup> Solicitud núm. 7525/76, de 22 de octubre de 1981. Véanse igualmente las sentencias del Tribunal en los casos Norris c. Irlanda, solicitud núm. 10581/83, de 26 de octubre de 1988, y Modinos c. Chipre, solicitud núm. 15070/89, de 22 de abril de 1993. Tan sólo unos días antes de la sentencia Dudgeon, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa había adoptado su primer texto significativo sobre los derechos de las minorías sexuales en Europa. Se trataba de la Recomendación 924 (1981) sobre la discriminación hacia los homosexuales, de 1 de octubre de 1981, en la que instaba a los Estados miembros a abolir las disposiciones legales que penalizaban las prácticas homosexuales y a igualar la edad de consentimiento, así como a garantizar la igualdad de trato en el ámbito laboral. El órgano deliberativo del Consejo de Europa se avanzaba, como lo ha hecho reiteradamente desde entonces, al nivel de protección jurisdiccional garantizado a las minorías sexuales por el Tribunal.

<sup>556</sup> «No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás», art. 8.2 CEDH.

<sup>557</sup> Ley de delitos contra las personas y Ley de enmienda del Código Penal, aprobadas por el Reino Unido en 1861 y 1885 respectivamente, y derogadas en Inglaterra y Gales por la Ley de delitos sexuales de 1956, modificada posteriormente en 1967.

importancia, limito el margen de apreciación de las autoridades británicas en lo referente aplicación del derecho a la vida privada familiar.

La doctrina del «margen de apreciación» reconocía que las autoridades nacionales han constituido los principales instrumentos internacionales en manos del Tribunal, para reconocer un creciente a la protección de los derechos de las minorías, se vieron favorecidos por el emergente consenso en Europa hacia la legalización de las relaciones sexuales entre PMS, desde principios de los años ochenta surge una estrecha semejanza en el margen de apreciación con respecto al caso Dudgeon y el vuelco en la jurisprudencia.<sup>558</sup> La interpretación del Tribunal ha prestado especial atención al cambio moral de los países miembros del Consejo Europeo, a su criterio el Convenio es un instrumento vivo, se debe interpretar a la luz de las condiciones de vida actual, numerosos Estados incluyendo la República Federal de Alemania y el mismo Reino Unido (en Inglaterra y Gales), despenalizaron la homosexualidad.<sup>559</sup>

El Tribunal europeo de derechos humanos se ha pronunciado en contra de toda prohibición de prácticas homosexuales, un ejemplo es el fallo de julio de 2000, en el caso A.D.T. c. Reino Unido 14 a favor de un homosexual condenado por «grave indecencia», en un domicilio se descubrieron videos en que el dueño tenía relaciones sexuales con varios hombres, la Ley de Delitos Sexuales británica contemplaba actos sexuales entre más de dos personas como un acto público sujeto a la sanción penal.<sup>560</sup>

Al criterio del tribunal, al no haber evidencia que los videos hubieran sido distribuidos a terceras personas, ni que los participantes hubiesen tenido una conducta sadomasoquista, se trataba de una actividad genuinamente privada, no existía riesgo físico, mental, salud para terceras personas. Se había producido una injerencia en la vida privada del dueño del domicilio “el demandante”, la sentencia estableció las

---

<sup>558</sup> Macdonald, R. St. J., «The Margin of Appreciation» en Macdonald, R. St. J.; Matscher, F., y Petzold, H. (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993, Pág. 123.

<sup>559</sup> Hutchinson, M. R., «The Margin of Appreciation Doctrine in the European Court of Human Rights», *International and Comparative Law Quarterly*, 1999, núm. 48, pp. 638-650

<sup>560</sup> González Vega, J. A., «Interpretación, derecho internacional y Convenio Europeo de Derechos Humanos: a propósito de la interpretación evolutiva en materia de autodeterminación sexual», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 56, 2004, núm. 1, pp. 165-184.

disposiciones legales que prohibían las relaciones sexuales consentidas entre dos o más hombres violentaba el art. 8 CEDH.<sup>561</sup>

#### 4.5.- CRITERIO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

El criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos definió la identidad de género como “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento”,<sup>562</sup> la identidad de género y/o sexual es un derecho ligado a la libertad del ser humano, la auto determinación como la posibilidad de escoger libremente las circunstancias, opciones y convicciones que le dan sentido a la existencia, el reconocimiento de la identidad de género por parte del Estado es de vital importancia para garantizar el pleno goce de los derechos humanos,<sup>563</sup> incluye el derecho a la protección contra cualquier forma de violencia, tortura, malos tratos, la salud, educación, empleo, vivienda, acceso a la información, seguridad social, y la libertad de expresión/asociación.

La convención americana de derechos humanos no monopoliza, ni protege a un modelo de familia determinado, la familia no es un modelo que sea exclusivo para aquellas que se intrigan por una pareja heterosexual. A criterio de uno del más altos tribunales internacionales el vínculo familiar se deriva de la relación de un grupo de personas, implica que puede derivarse de la relación de una PMS, se encuentra protegida por la Convención Americana, gozan de los derechos patrimoniales derivados del vínculo familiar, el patrimonio de las PMS deben ser protegido, sin discriminación alguno con respecto a las parejas heterosexuales, es obligación

---

<sup>561</sup> Gerards, J., «Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine», *European Law Journal*, vol. 17, 2011, núm. 1, pp. 80-120.

<sup>562</sup> Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género

<sup>563</sup> Cabral Mauro y Benzur Gabriel. Cuando Digo Intersex. Un diálogo introductorio a la intersexualidad, *Cad. Pagu* no.24 Campinas Jan. /June 2005 citado en el Estudio elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “CIDH” en cumplimiento de la resolución AG/RES. 2653 (XLI-O/11): Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género, 23 de abril de 2012

internacional del Estado la protección de los patrimonios, de todos los derechos humanos reconocidos a PMS en el derecho nacional e internacional.<sup>564</sup>

La Corte Interamericana afirma que para garantizar la protección de los derechos de las PMS no es necesario crear nuevas figuras jurídicas, opta por entender las instituciones existentes, de conformidad con el principio de Pro-Persona los matrimonios incluyen a PMS, es un medio más sencillo y eficaz de asegurar los derechos derivados del vínculo parental como es el caso de los bienes, las prestaciones, los derechos sociales “crear una institución que produzca los mismos efectos y habilite los mismos derechos que el matrimonio”.<sup>565</sup>

Es importante la aplicación de la Convención, a través de esta se protege la correcta aplicación de las leyes con respecto a la adopción internacional, la adopción plena u otro tipo de institución afín. En su artículo 1 señala que: La presente Convención se aplicará a la adopción de menores bajo las formas de adopción plena, legitimación adoptiva y otras instituciones afines, que equiparen al adoptado a la condición de hijo cuya filiación esté legalmente establecida, cuando el adoptante (o adoptantes) tenga su domicilio en un Estado Parte y el adoptado su residencia habitual en otro Estado Parte.<sup>566</sup>

La aplicación de las leyes en materia de adopción en lugares de residencia habitual del menor, la prioridad es que el contenido de la normativa cumpla con la capacidad, el consentimiento y los requisitos para ser adoptado. Se prevé que la adopción se rija por la Convención, las autoridades que otorgan la adopción deben exigir al adoptante que acredite su aptitud física, moral, psicológica y económica, a través de una institución pública autorizada. En materia de sucesiones se reconocen los derechos que corresponden a la filiación de los adoptados, quienes pueden suceder

---

<sup>564</sup> CIDH, Comunicado de Prensa No. 153A/14, Una mirada a la violencia contra personas LGBTI en América: un registro que documenta actos de violencia entre el 1 de enero de 2013 y el 31 de marzo de 2014, Anexo al Comunicado de Prensa No. 153/14. 17 de diciembre de 2014.

<sup>565</sup> Los términos y definiciones son extraídas del Estudio elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “CIDH” en cumplimiento de la resolución AG/RES. 2653 (XLI-O/11): Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género, 23 de abril de 2012.

<sup>566</sup> CIDH, Comunicado de Prensa No. 153A/14, Una mirada a la violencia contra personas LGBTI en América: un registro que documenta actos de violencia entre el 1 de enero de 2013 y el 31 de marzo de 2014, Anexo al Comunicado de Prensa No. 153/14. 17 de diciembre de 2014.

legítima o intestinamente a su tutor, la irrevocabilidad de la adopción plena, legitimación adoptiva, la adopción simple, debiendo ser necesario el consentimiento del adoptado si éste es mayor de 14 años.<sup>567</sup>

La Comisión Interamericana de derechos humanos observa una estadística que no refleja la verdadera dimensión de la violencia que enfrentan las personas LGBTI en América, muchos casos de violencia no se denuncian, muchas personas, temiendo represalias, no quieren identificarse como LGBT, no confían en la policía o en el sistema judicial. Estigmas y prejuicios internalizados pueden obstaculizar, los abusos son reconocidos y admitidos como tales. En muchos Estados miembros de la OEA, la comunidad gay ha sido víctima de familias, amigos, familias que no denuncia el asesinato de un familiar gay, lesbiana, bisexuales o transexual, debido a los prejuicios y hostilidades contra las orientaciones sexuales.<sup>568</sup>

En lo que se respecta a personas intersexuales la CIDH registra un acto índice violencia, se atribuye a una falta de datos multidisciplinarios, generalmente se lleva a cabo de conformidad con los protocolos aprobados por el Estado, se reportan en los medios de comunicación ni se denuncian por las víctimas, se generan profundos sentidos de vergüenza y miedo con respecto a las familias de quienes padecen un acto de violencia, lo que conduce que una agresión permanezca invisible o en secreto.<sup>569</sup> Incrementa el tabú en la sociedad sobre la sexualidad y los genitales, afecta de manera grave a las personas intersexuales, de acuerdo con la CIDH en América muchos padres/madres de niños/niñas intersexuales manifestaron sentir pena, miedo, horror, humillación, arrepentimiento, dudas sobre las decisiones que adoptaron respecto de sus hijos.<sup>570</sup>

---

<sup>567</sup>Declaración de los Derechos del Niño, Dirección en Internet: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/4/pr/pr20.pdf> Fecha de consulta 20 de febrero de 2016.

<sup>568</sup> CIDH, Comunicado de Prensa No. 153A/14, Una mirada a la violencia contra personas LGBTI en América: un registro que documenta actos de violencia entre el 1 de enero de 2013 y el 31 de marzo de 2014, Anexo al Comunicado de Prensa No. 153/14. 17 de diciembre de 2014.

<sup>569</sup> Movement Advancement Project-BiNetUSA- Bisexual Resource Center, Understanding issues facing bisexual Americans [Comprendiendo los problemas que enfrentan las y los estadounidenses bisexuales], septiembre de 2014.

<sup>570</sup> CIDH, Audiencia sobre la situación de derechos humanos de las personas intersex en América, 147º período ordinario de sesiones, 15 de marzo de 2013; Cabral, Mauro, "Pensar la intersexualidad, hoy" en: Maffía, Diana (Ed.), Sexualidades Migrantes: género y transgénero, 2003, Pág. 122.

La mayoría de las personas intersexuales que han sido sometidas a cirugías de “normalización” sin ser informados que son intersexuales, debido al tabú que rodea a las personas intersexuales, las personas no conocían a otras personas “abiertamente” intersexuales, incluso dentro de la comunidad LGBT.<sup>571</sup> La recolección de datos en los países de la OEA es muy limitada, realizó un proyecto de monitoreo de asesinatos y actos de violencia contra personas LGBT, la CIDH determinó que las estadísticas oficiales eran insuficientes, tuvo que recurrir a fuentes complementarias de información, cobertura periodística, medios de comunicación, organizaciones de la sociedad, no es exhaustivo, pero reveló la existencia de violencia generalizada contra personas LGBT en la región, por ejemplo, cuando las víctimas son personas transexuales y se registran, se les asienta el sexo que les fue asignado al nacer, su identidad de género no es reflejada en los registros.<sup>572</sup>

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha publicado conclusiones, registros de violencia contra personas LGBT en América, una herramienta utilizada para conocer y visibilizar los alarmantes altos niveles de violencia, arroja al menos 770 actos de violencia contra personas LGBT en 25 Estados Miembros de la OEA (Argentina, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Cuba, Ecuador, Estados Unidos, El Salvador, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela), bajos índices de denuncias, particularmente ataques no letales.<sup>573</sup> Con frecuencia las personas lesbianas, gay, bisexuales y trans sufren una amplia variedad de ataques, van desde empujones, hasta palizas, lanzamiento de botellas, piedras u otros objetos contundentes, tienden a enfocarse en los crímenes más graves, particularmente asesinatos, “los medios tienden a informar más sobre asesinatos, dejando de lado las

---

<sup>571</sup> Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género, A/HRC/29/23, 4 de mayo de 2015, párr. 25.

<sup>572</sup> CIDH, Minutas de la reunión de expertos y expertas sobre violencia contra personas LGBTI en América, Washington DC, 24-25 de febrero de 2012.

<sup>573</sup> Respuesta al cuestionario de la CIDH sobre derechos de personas LGBTI en América presentada por “Colectivo Entre Tránsitos y otros” (Colombia), recibida por la Secretaría Ejecutiva de la CIDH el 25 de noviembre de 2013, Pág. 16; Colombia Diversa, Cuando el Prejuicio Mata: Informe de Derechos Humanos de Lesbianas, Gay, Bisexuales y Personas Trans en Colombia 2012, junio de 2014, Pág. 7.

formas más comunes y persistentes de violencia cotidiana, que, no obstante, deben ser plenamente expuestas, identificadas y abordadas por los Estados.”<sup>574</sup>

## Conclusión

Los heterosexuales y homosexuales, son grupos de seres humanos que pueden vivir en un ambiente de armonía, a pesar que el matrimonio originariamente se creó con un fin religioso, procrear para continuar con un legado que asegurara la entrada a la otra vida, el derecho ha evolucionado lo suficiente para crear las bases jurídicas necesarias para una nueva realidad social, cada persona tiene la oportunidad de ser feliz, compartiendo su vida con la persona que se ama, la libertad de amar a quien se decida amar.

En un Estado de derecho debe prevalecer la igual entre todos los seres humanos, la comunidad LGBT son personas que merecen respeto, tolerancia, equidad e identidad, no existe causa que sea justificada para discriminar a ninguna persona. La adopción es medio por el cual se puede proteger a los niños, se debe aprobar la adopción por parejas del mismo sexo para garantizar el bienestar físico y mental de la infancia que se encuentra en estado de calle.

Ser padre y madre, significa más que tener un pene o una vagina, la responsabilidad no está sujeta a ningún modelo arcaico (proveniente de la idea que dios solo admite a una pareja heterosexual), ser padre implica dar amor, apoyo y cuidado. El niño es el centro de la normativa, el más beneficiado en la adopción por PMS. El niño criado por una PMS muestra un sano desarrollo, la variación/orientación sexual, así como el número de padres no tiene relación significativa, mitos y creencias que el niño debe tener forzosamente un padre y una madre para crecer psicológicamente sano, carece de evidencia científica y empírica.

Los padres homosexuales se preocupan más por los niños que los heterosexuales, los infantes más pequeños e indefensos desarrollan más empatía que los hijos de padres heterosexuales, los hijos de madres lesbianas y madres solteras

---

<sup>574</sup> CIDH, Comunicado de Prensa No. 153A/14, Una mirada a la violencia contra personas LGBTI en América: un registro que documenta actos de violencia entre el 1 de enero de 2013 y el 31 de marzo de 2014, Anexo al Comunicado de Prensa No. 153/14. 17 de diciembre de 2014.

heterosexuales, crecen bien adaptados, un sano desarrollo como los hijos de padres heterosexuales.

El mayor cáncer que puede tener la sociedad, una persona y la familia es la ignorancia, cual no permite el avance educativo y cultural consistente en dejar atrás una idea errónea, pensar que la discriminación es justificada si se emplea en defensa de la moral. La intolerancia no se puede combatir con violencia, la educación laica es la única que puede vencer la ignorancia en lo referente a una mentalidad ambigua, pensar que solo aquello que proviene de muchos años atrás es “correcto/normal”.

No hay evidencia para creer que la PMS tienda a ser más pedófila que la pareja heterosexual, los niños pueden ser víctimas de bullying en la escuela por parte de homofóbicos, tienen las mismas probabilidades de sufrir bullying que los hijos de padres heterosexuales, si los niños reciben apoyo por parte de una familia homoparental, se supera la discriminación sin que esto provoque un problema social.

Si los más altos tribunales a nivel internacional y nacional han reconocido como un derecho humano la adopción por PMS no hay razón para no hacerlo, a criterio del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos los derechos de los niños no se ven afectados si sus padres adoptivos son homosexuales.

## Sugerencias

Se reforme el código civil del Estado de Tabasco, y se sustituya el término matrimonio es “la unión de un hombre y una mujer”, al término “la unión de dos personas”

Se apruebe la adopción por parejas del mismo sexo, para proteger los derechos de los niños.

Preferentemente las parejas que pretendan adoptar deben estar casadas.

Los niños deben ser adoptados a cualquier edad, aun cuando tenga más de doce años de vida.