

CENTRO DE INVESTIGACIÓN Y DOCENCIA ECONÓMICAS, A.C.



LA ADOPCIÓN POR PARTE DE LAS PERSONAS DEL  
MISMO SEXO. EL CASO MEXICANO DE LA ACCIÓN DE  
INCONSTITUCIONALIDAD 2/2010

**T E S I N A**

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

HUGO LÓPEZ RESÉNDIZ

DIRECTOR DE LA TESINA:  
DOCTOR ALEJANDRO MADRAZO LAJOUS

MÉXICO, D.F. JUNIO DE 2012

***Este primer logro se lo dedico:***

-Principalmente a mi mamá, pues sin su amor y apoyo incondicional hubiera sido imposible cumplir esta primera meta, te amo mamá.

-A mi abuelita Licha, la maestra de todos los nietos, quien con su cariño fomentó en nosotros el amor por la dedicación y el estudio.

-A mi abuelita Luz, que siempre ha querido mucho a sus nietos.

-A mi abuelito Vicente, quien me enseñó a ser creativo, a disfrutar la vida, y que hay momentos para trabajar muy duro, pero también para la diversión.

-Al gran ejemplo que me han dado personas como mi tío Nica y mi tío Ángel.

-A mis tías queridas, Güera, Lola e Irma por el gran cariño que de ellas he recibido.

-A los verdaderos vengadores, los doctores José Antonio Caballero, Javier Cruz Angulo y Alejandro Madrazo Lajous, quienes me enseñaron no sólo el valor de la preparación, sino la obligación que tenemos de buscar un país más justo y que pequeños actos pueden generar grandes consecuencias.

-A Jessy, Kary, Alex, Erik y Lala a quienes quiero mucho.

-A mis amigos y demás familiares que por cuestiones de espacio no pude nombrar aquí, pero que son muy importantes en mi vida.

***A todos ustedes, muchas gracias.***

Este trabajo analiza el debate suscitado por el actuar de la Procuraduría General de la República quien promovió acción de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, solicitando la invalidez de las reformas al Código Civil para el Distrito Federal que permiten contraer matrimonio a las parejas conformadas por miembros del mismo sexo, y les otorgan la posibilidad de adoptar.

La tesina se enfoca en el tema de la adopción nacional para el caso del Distrito Federal. El escrito analiza esta institución en general, después aborda los argumentos del procurador, y finalmente el aval de nuestro más alto tribunal sobre el tema.

Como conclusión, se observará que la procuraduría sustenta su actuar en prejuicios, que no se afecta el interés superior del infante con la posibilidad legal de que parejas del mismo sexo adopten, pues éste se resguarda vía procedimental, y que haber puesto en duda la capacidad de éstas de adoptar es en si mismo discriminatorio.

# TABLA DE CONTENIDO

<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	1
<b>CAPÍTULO I. La adopción</b> .....	3
1.1 La evolución de la adopción.....	3
1.1.1 Su desarrollo en el derecho comparado.....	3
1.1.2 Evolución de la adopción en el derecho positivo mexicano.....	6
1.2 Interés superior de la infancia.....	12
1.2.1 Marco teórico .....	12
1.2.2 Interés superior de la niñez en el derecho positivo mexicano .....	14
1.3 Procedimiento de adopción nacional en el Distrito Federal .....	15
1.3.1 Procedimiento de adopción ante el SNDIF .....	17
1.3.2 Adopción entre particulares.....	23
1.4 La obligación del Estado de procurar que el desarrollo de la niñez se dé en un ambiente familiar .....	25
<b>CAPÍTULO II. Análisis de los argumentos de la Procuraduría General de la República</b> .....	31
2.1 Homofobia disimulada de protección a la niñez .....	31
2.1.1 Violación al artículo 16 constitucional.....	32
2.1.2 Violación a los artículos 1º y 4º constitucionales .....	33
2.2 Narrativa popular e hipersexuación de los gays y las lesbianas .....	36
2.2.1 El principio de interés superior de la niñez como “justificación” de la discriminación.....	43
<b>CAPÍTULO III. Posición mayoritaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia</b> .....	51
3.1 Libertad de configuración normativa y protección de la familia.....	51
3.2 Interés superior de la niñez y su relación con la protección de la familia y el procedimiento de adopción .....	52
3.3 El dinamismo en el derecho .....	57
3.4 Inversión de la carga de la prueba .....	59
<b>CONCLUSIONES</b> .....	62
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	66

## **La adopción por parte de las personas del mismo sexo**

### **El caso mexicano de la acción de inconstitucionalidad 2/2010**

Hugo López Reséndiz

#### **INTRODUCCIÓN**

El 27 de enero de 2010, la Procuraduría General de la República, solicitó la invalidez de los artículos 146 y 391 del Código Civil ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ésta, fundamentó su actuar en la facultad que le otorga el artículo 105 fracción II de la Constitución, por considerar que existía una posible contradicción entre una norma de carácter general y la Carta Magna. La accionante controvertió dos temas, que las parejas del mismo sexo accedan al matrimonio, y que se les reconozca la posibilidad de adoptar.<sup>1</sup>

La acción de inconstitucionalidad se registró bajo el número 2/2010 y se turnó al Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para su discusión. La presente tesina se enfocará en el debate que tuvo lugar en el Pleno de nuestro máximo tribunal, en donde se avaló la constitucionalidad de la posibilidad de que las parejas del mismo sexo adopten.

El 29 de diciembre de 2009, en la Gaceta del Distrito Federal se publicaron las reformas a los artículos 146 y 391 del código civil de esa entidad. El primero de estos artículos definió como “matrimonio” la unión de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda. Esta reforma repercutió en

---

<sup>1</sup> Sobre el tema es necesario señalar que las parejas conformadas por miembros del mismo sexo ya contaban con la posibilidad de adoptar de conformidad con el artículo 5° de la Ley de Sociedades en Convivencia, el cual establece que para los efectos de los demás ordenamientos, la Sociedad de Convivencia se registrará en los términos del concubinato. Si lo anterior se relaciona con el artículo 391 del Código Civil para el Distrito Federal que permite que los concubinos sean candidatos a adoptantes, entonces los convivientes también pueden hacerlo de cumplir con los demás requisitos.

la regulación de la adopción, pues sí a las parejas del mismo sexo se les permite casarse, por tratarse de un sistema normativo, accedieron a la adopción de acuerdo con el artículo 391 del mismo ordenamiento, el cual establece que los cónyuges o concubinos podrán adoptar, cuando los dos estén conformes en considerar al adoptado como hijo.

El análisis se dividirá en tres capítulos. En el primero, se abordará en general la figura de la adopción, dividiéndose en cuatro secciones: a) el desarrollo de la institución, b) el papel del interés superior de la infancia,<sup>2</sup> c) el procedimiento de adopción y d) la obligación del Estado de procurar que el desarrollo de la niñez se dé en un ambiente familiar. En el segundo capítulo, se expondrán los argumentos de la Procuraduría General de la República y se analizará si sus conceptos de invalidez descansan en hechos o si se trata de prejuicios. En el tercer capítulo se analizará la decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En él se observará que la Corte resolvió fundamentalmente que: a) el interés superior de la niñez<sup>3</sup> se resguarda vía procedimental y b) que discutir la posibilidad de que las parejas del mismo sexo adopten, en sí mismo, entraña discriminación.

---

<sup>2</sup> En esta tesina se propondrá la no utilización de las palabras “menor o menores” para hacer referencia a quienes no han cumplido la mayoría de edad, pues éstas no son sustantivos, tan sólo son adjetivos calificativos que implican de alguna manera inferioridad, falta de responsabilidad y capacidad, por lo que lo recomendable es decir niñez o infancia. Textualmente la UNICEF ha señalado: “Dejamos de llamarlos ‘menores’ porque en su sentido etimológico, menor es el que tiene menos, o el que es menos, y de la misma forma que hemos abandonado términos como el de ‘minusválido’ por significar que vale menos, también se va a abandonar este término peyorativo para las personas que lo único que tienen de menos son años de vida, además el término menor, es un adjetivo, ni siquiera es un sustantivo”. *Apartado sobre Derechos de la Infancia dentro del Manual para el Curso de Protección de los Derechos Humanos de las personas migrantes realizado por UNICEF México*. Por otro lado, en la mayoría de los ordenamientos del mundo al niño se le define por lo que no puede hacer, no puede contratar, no puede trabajar, no puede adoptar, sin embargo, la Convención sobre los Derechos del Niño, define al infante en relación con lo que sí puede hacer, lo cual es una razón más para dejar de llamar “menores” a quienes no han cumplido la mayoría de edad.

<sup>3</sup> De conformidad con el artículo 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño, cuando se haga referencia a “niño” para el caso de México, se entenderá aquel sujeto menor de edad, o sea que no ha cumplido 18 años.

# CAPÍTULO I

## La adopción

### *1.1 La evolución de la adopción*

#### *1.1.1 Su desarrollo en el derecho comparado*

Antes de comenzar con el análisis de la adopción es menester descifrar qué se entiende por este término. Si se acude a la Real Academia de la Lengua Española, se puede observar que en su primera acepción, adoptar se define como “recibir como hijo, con los requisitos y solemnidades que establecen las leyes, al que no lo es naturalmente”.<sup>4</sup>

Por su parte, dentro de la adopción se pueden encontrar dos tipos, la plena, que rompe los lazos entre el hijo adoptivo y su familia originaria y le reconoce efectos sucesorios al adoptado como si fuera hijo biológico; y la semiplena, que podía llegar a ser revocable, en algunos casos no le transmitía los apellidos al adoptado, no rompía los lazos biológicos y contaba con efectos sucesorios limitados.<sup>5</sup> Esta última figura dejó de existir en el Distrito Federal a partir del 1º de junio de 2000.

Definido lo anterior, y partiendo de que la mayoría de las adopciones que se llevan a cabo involucran a menores de 18 años, se desprende que es obligación del Estado velar por el interés superior de la infancia en el proceso de adopción.

A pesar de que en la actualidad pocas personas se atreverían a criticar con seriedad la importancia del principio de interés superior de la infancia en las decisiones que afectan

---

<sup>4</sup> *Diccionario de lengua española*, [en línea], 22ª ed., Madrid, 2001, [citado 11-05-12], disponible en internet: [http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=adoptar](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=adoptar).

<sup>5</sup> Véase: Mirabent, Vinyet, *Adopción y vínculo familiar*, Ediciones Paidós, Barcelona, 2005.

a la niñez, durante casi toda la historia de la humanidad esto no fue así, ya que hasta el siglo XIX primaba el interés del adoptante sobre el del adoptado. La Institución de la adopción sólo era un medio para asegurar la sucesión del patrimonio y del apellido entre quienes no tenían descendencia natural.<sup>6</sup>

El primer código civil que reguló la adopción fue el Código Napoleónico de 1804,<sup>7</sup> y se debió quizás al “interés de Napoleón Bonaparte de asegurar su sucesión”.<sup>8</sup>

A pesar de que el mencionado código declaraba a la adopción como una institución filantrópica que buscaba consolidar a los matrimonios estériles y socorrer a los niños pobres,<sup>9</sup> tenía la particularidad de prohibir la adopción de infantes.

Dentro de los requisitos contenidos en el capítulo VIII del Código Napoleónico, se exigía que el adoptado fuera mayor de edad y que el adoptante tuviera por lo menos 50 años y no contara con descendencia. Los efectos de la adopción se reducían a la transmisión del apellido, y a la posibilidad de ser nombrado heredero.

De acuerdo con el Dr. André Rouast, esta prohibición de adoptar infantes, se dio pues la institución tenía un carácter esencialmente sucesorio, esta figura sólo buscaba dotar al adoptante de un heredero llamado a sucederle en las mismas condiciones que un “hijo legítimo” y permitía transmitir un apellido que se habría perdido por falta de descendientes, por lo que continuaba siendo una figura en favor de los adoptantes.<sup>10</sup>

---

<sup>6</sup> Nuria González Martín, *Adopción internacional. La práctica mediadora y los acuerdos bilaterales (Referencias hispano-mexicanas)*, IJ- UNAM, México, 2006, p. 8

<sup>7</sup> Se hace especial referencia a este código debido a la gran influencia que ha tenido la tradición francesa en nuestras instituciones civiles.

<sup>8</sup> Nuria González Martín, *Adopción internacional. (...) op. cit.*, p. 9.

<sup>9</sup> Véase: Título VII del Código Napoleónico.

<sup>10</sup> Rouast, André, *Evolución moderna de la adopción en Francia*, [citado 28-05-12], p.256, disponible en internet: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/10/pr/pr16.pdf> (Obra que forma parte del acervo de la Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM).



No fue sino hasta el siglo XX en donde se comenzó a considerar el interés de la niñez, sobre el del adoptante.<sup>11</sup> El cambio, según lo señala Nuria González Morín, se dio después de la Primera Guerra Mundial, debido al elevado número de huérfanos que ésta dejó, tanto en lo familiar como en lo económico.<sup>12</sup> Este proceso se formalizó mediante las modificaciones a la ley civil francesa de 19 de junio de 1923, la cual comenzó a fomentar que los niños desamparados se desarrollaran en un ambiente familiar, tratando de utilizar el cuidado institucionalizado como último recurso.<sup>13</sup>

A pesar de que el fin de esa ley, fue acoger a todos aquellos niños que no contaban con una familia y tratarlos de incorporar a una, la misma no reconocía como hijo “legítimo” al adoptado, ya que hacía una distinción respecto de los hijos biológicos.<sup>14</sup>

Fue hasta 1939 cuando en Francia se dio un giro importante en relación con la protección del interés superior de la infancia, ya que se reglamentó la “legitimación adoptiva” o adopción plena que incorporó al hijo adoptivo como “legítimo” rompiendo los lazos familiares entre el niño y sus ascendientes originales y dotando al adoptado de efectos sucesorios plenos.<sup>15</sup>

En Europa, particularmente en Francia, fue hasta mediados del siglo XX cuando se dio una protección más efectiva a favor de ciertos adoptados, debido a que se instauró la adopción plena, la cual protegía de manera más adecuada el interés superior de la niñez. Sin

---

<sup>11</sup> “Globalización y adopción internacional” en Calvo Caravaca, Alfonso Luís y Blanco-Morales Limones, Pilar (coords), *Globalización y derecho*, Madrid, Colex, 2000, p. 23.

<sup>12</sup> Se estima que la primera guerra mundial costó a Francia un millón quinientas mil víctimas. Rouast, André, *op cit*, pp. 256-257.

<sup>13</sup> Rouast, André, *op cit*, p.256 .

<sup>14</sup> Martínez Torres Calvo, Claudia Mónica, *La adopción internacional, una figura jurídica para proteger los derechos fundamentales del niño: instrumentos jurídicos internos e internacionales que regulan en México*, UNAM, Campus Acatlán, tesis profesional, México, 2003.

<sup>15</sup> Nuria, González Martín, *Adopción internacional (...)*, *op cit*, p. 10. Es necesario mencionar, que a pesar de que se reglamentó la adopción plena, el adoptante podía todavía elegir la adopción semi-plena.

embargo, el avance fue parcial, pues se siguió permitiendo la adopción semiplena, lo que le restaba seguridad jurídica a la situación legal del adoptado.

### ***1.1.2 Evolución de la adopción en el derecho positivo mexicano***

El Código Civil de 1870 no reguló más formas de parentesco que la consanguinidad y la afinidad, suprimiendo expresamente a la adopción como forma de parentesco. Respecto de este tema, la Comisión en su exposición de motivos señaló:

La adopción entre nosotros ha sido sólo un principio teórico; y si alguna vez se ha practicado, acaso habrá sido para realizar los males que quedan bosquejados. La comisión cree que los mexicanos pueden hacer el bien durante su vida y después de su muerte, sin necesidad de contraer esas relaciones artificiales que sin llenar cumplidamente el lugar de las de la naturaleza, abren la puerta a disgustos de todo género, puede ser causa aún de crímenes, que es necesario evitar y siembran ordinariamente el más completo desacuerdo en la familia.

Es claro, que en el mencionado ordenamiento, no se protegía el interés superior de la infancia, pues la figura no se encontraba regulada. Esta tendencia continuó en el Código Civil de 1884, por lo que no fue sino hasta la Ley de Relaciones Familiares de 1917 cuando en nuestro país se reguló la institución de la adopción. Ésta consideraba a la adopción como “el acto legal por el cual una persona mayor de edad, acepta a un infante 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 del hijo natural. Sin embargo, los efectos de la adopción, sólo se daban entre adoptante y adoptado, ésta

era revocable y se reconocía la *abrogatio*, una figura jurídica que decretada restituía las cosas al estado que guardaban antes de que la adopción se celebrara.<sup>16</sup>

El Código Civil Federal de 1928, en su artículo 390 permitió que los mayores de cuarenta años, en pleno ejercicio de sus derechos y que no tuvieran descendientes, podrían adoptar a un infante o a un incapacitado, aun cuando sea mayor de edad, siempre que el adoptante tenga diecisiete años más que el adoptado y que la adopción sea benéfica a éste. A pesar del reconocimiento de la figura, la ley sólo reguló la adopción simple o semiplena, pues de acuerdo al artículo 295 de la adopción surgía el parentesco civil, que sólo tenía efectos entre el adoptante y el adoptado. Por su parte el artículo 403 señalaba que los derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural, no se extinguen por la adopción, excepto la patria potestad que será transferida al padre adoptivo. Además de que la adopción de acuerdo con el artículo 405 era revocable por acuerdo de las partes o por ingratitud.

A pesar de que en el artículo 390 se menciona que la adopción debe ser benéfica para el adoptado, pareciera que se está hablando de un acto de caridad, y en realidad no se busca la protección del interés superior de la niñez como un mandato constitucional. El 31 de marzo de 1938 se publicaron modificaciones al Código Civil que redujeron la edad para adoptar, de 40 a 30 años. En la exposición de motivos resulta peculiar que dichas reformas se realizaron con el propósito “de no agravar el número y el problema de los niños expósitos y de la delincuencia infantil.” En consecuencia, los cambios a la legislación pareciera que se dan más para resolver un problema social, que para buscar proteger a la niñez.

---

<sup>16</sup> Nuria González, Martín, *Estudios sobre adopción Internacional*, UNAM, México, 2001, p. 5.

Fue hasta la reforma de 17 de enero de 1970, en donde en la ley mexicana se comenzó a plasmar el interés superior de la niñez en el proceso de adopción. Particularmente en la exposición de motivos se señaló lo siguiente:

Tomando en consideración que el desarrollo socioeconómico alcanzado por el país en los últimos decenios, ha demostrado que la madurez de las personas se alcanza a edad más temprana, capacitándolas más pronto para asumir las responsabilidades que trae consigo la adopción, se ha considerado conveniente modificar el requisito respecto de la edad, disminuyendo la misma de treinta a veinticinco años, con el fin de que puedan adoptar un mayor número de personas que estén en condiciones de hacerlo; como no existe ninguna razón para limitar el derecho de adopción respecto a una sola persona, cuando la práctica ha demostrado los inconvenientes que se atribuyen a los casos de hijo único o cuando se trata de beneficiar a hermanos que pueden ser adoptados por la misma persona, se ha considerado la posibilidad de adoptar uno o más menores, siempre y cuando se tengan los medios económicos para ello y se satisfagan los demás requisitos legales; independientemente del reconocimiento al principio de la libre tentación y además, atendiendo a la necesidad de adoptar familiares desamparados, se permite adoptar aun a las personas que tengan descendencia, siempre que la adopción no afecte sustancialmente la vida familiar del hijo o hijos menores en su caso, y por las mismas razones, se establece la posibilidad de que el juez pueda autorizar, en situaciones especiales, la adopción de dos o más incapacitados o de menores e incapacitados, simultáneamente.

Del párrafo anterior, y de otros que no se citarán por cuestión de espacio, se puede observar que por primera vez se está contemplando el interés superior de la niñez, pues la ley busca que el infante se desarrolle dentro de una familia, trata de evitar la separación de hermanos y solicita que los posibles adoptantes cuenten con los medios económicos suficientes para soportar determinadas necesidades del adoptado.

En el mismo sentido, el artículo 390 del mencionado código civil estableció que:

El mayor de veinticinco años, libre de matrimonio, en pleno ejercicio de sus derechos, puede adoptar uno o más menores o a un incapacitado, aun cuando éste sea mayor de edad, siempre que el adoptante tenga diecisiete años más que el adoptado y que acredite además:

I.- Que tiene medios bastantes para proveer a la subsistencia y educación del menor o al cuidado y subsistencia del incapacitado, como de hijo propio, según las circunstancias de la persona que trata de adoptar;

II.- Que la adopción es benéfica para la persona que trata de adoptarse; y

III.- Que el adoptante es persona de buenas costumbres.

Cuando circunstancias especiales lo aconsejen, el juez puede autorizar la adopción de dos o más incapacitados o de menores e incapacitados simultáneamente.

En conclusión, la reforma del 70 implementó las siguientes medidas: a) redujo la edad para adoptar de 30 a 25 años; b) permitió adoptar a más de un niño o niña; c) exigía que el adoptante tuviera medios bastantes para proveer la subsistencia y educación del infante o el cuidado y subsistencia del incapacitado; d) solicitó que la adopción deba ser benéfica para el adoptado; e) que el adoptante tuviere buenas costumbres; f) aprobó que el niño o la niña fueran adoptados por el matrimonio;<sup>17</sup> g) se permitió que el adoptado impugnara la adopción;<sup>18</sup> h) se exigió que cuando el ministerio público o el tutor se opusieran a la adopción, expresaran sus razones, las cuales valoraría un juez tomando en cuenta “los intereses del menor o discapacitado”;<sup>19</sup> & i) estableció que en caso de que el adoptante esté casado, la patria potestad será ejercida por ambos padres.<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> Artículo 391 del Código Civil Federal vigente a partir del 17 de enero de 1970.

<sup>18</sup> Artículo 394, *op cit.*

<sup>19</sup> Artículo 398, *op cit.*

<sup>20</sup> Artículos 391 y 419, *op cit.*

De ésta manera, fue hasta 1970 cuando en la legislación mexicana se incorporó la protección del interés de la infancia como eje en el proceso de adopción. Se mantuvo la distinción entre la adopción simple o semiplena y la posibilidad de revocar la misma. Posteriormente en la reforma publicada el 28 de mayo de 1998, se permitió que las adopciones simples celebradas con posterioridad a la reforma, se pudieran convertir en plenas.<sup>21</sup>

El 1º de junio de 2000, con la emisión del Código Civil para el Distrito Federal, la Asamblea Legislativa eliminó la distinción entre las adopciones simples y las plenas, convirtiéndolas todas en plenas. El 9 de junio de 2004, se publicaron reformas al mismo código en lo relativo a la adopción. Estas modificaciones establecieron como principio rector la celeridad en el proceso de adopción mediante la abolición de las trabas burocráticas.<sup>22</sup> Además el legislador hizo hincapié en la necesidad de que el niño o la niña

---

<sup>21</sup> Nuria González Morin, *Estudios sobre adopción (...), op. cit.*, p. 25.

<sup>22</sup> Exposición de Motivos de 28 de abril de 2003 de las reformas a la adopción en el Código Civil para el Distrito Federal de 9 de junio de 2004:

Hoy existen en las Instituciones tanto Públicas como Privadas de Asistencia Social una gran cantidad de niños y niñas que podrían ser adoptados de existir un marco legal acorde con la realidad nacional. Es inevitable pensar que muchos de los veinte mil niños que aproximadamente existen en la calle a nivel nacional, una parte de ellos tuvieron la posibilidad de ser integrados a una familia, pero que por indefinición en su estatus jurídico, esto no fue posible.

En las instituciones públicas y privadas de asistencia social existen un gran número de niños y niñas que estarían ya integrados a una familia de contarse con el Juicio Especial de Pérdida de la Patria potestad que incluye este proyecto de reformas, baste proporcionar como dato, que en el 2002 las Instituciones de Asistencia Pública atendieron a nivel nacional aproximadamente a 1,300 menores, de los cuales sólo se adoptaron 32 en el Distrito Federal y 389 en el resto del País; por su parte las Instituciones de Asistencia Privada atienden en promedio a 600 menores, siendo felizmente adoptados 200, el resto permanecen por largo tiempo en las instituciones, por situaciones jurídicas indefinidas; cuando esta se resuelve la edad del menor limita en gran parte su adopción.

Se ha dicho y dicho bien, que el valor más preciado de una sociedad son sus niños.

En la última década las Instituciones de Asistencia Social públicas y privadas han constatado el incremento en el maltrato, exposición y abandono de menores.

Son desde luego muy variadas las razones de este incremento; los embarazos no deseados, la drogadicción, el alcoholismo, la falta de oportunidades laborales, la educación, la desintegración familiar, por mencionar algunas

Es ahora cuando el trabajo comprometido de las instituciones públicas y privadas se hace más necesario, coadyuvar con el Estado procurando soluciones a la problemática general de los niños en especial la definición jurídica o estatus jurídico que guardan ante aquellos que ejercen la patria potestad.

cuenten con un estatus jurídico claro. La ley permitió que las instituciones públicas o privadas de asistencia social tramitaran la pérdida de patria potestad y adquirieran la tutela del infante, lo que permite que el proceso de adopción se dé con mayor celeridad.

Por último, el 15 de junio de 2011 se volvió a modificar el artículo 390 del Código Civil para el Distrito Federal para quedar de la siguiente manera:

La adopción es el acto jurídico por el cual el Juez de lo Familiar constituye de una manera irrevocable una relación de filiación entre el adoptante y el adoptado, al mismo tiempo que establece un parentesco consanguíneo entre el adoptado y la familia del adoptante y entre éste y los descendientes del adoptado.

Es un derecho del menor, de naturaleza restitutiva, que le garantiza vivir, crecer y desarrollarse de manera íntegra, en el seno de una familia.

Esta nueva redacción incrementa la seguridad jurídica respecto de la situación legal del adoptado ya que menciona la irrevocabilidad de la filiación entre el adoptante y el adoptado, establece la generación de un parentesco consanguíneo entre el adoptado y la familia del adoptante y hace hincapié en que la adopción es un derecho del infante que le garantiza desarrollarse de manera íntegra en el seno de una familia.

Se puede observar que en el Distrito Federal a partir del 1º de junio de 2000 se protegió de una manera más adecuada el interés superior de la niñez en el proceso de

---

Para ello es indispensable contar con mecanismos jurídicos que permitan a estas instituciones, afrontar con mayor celeridad los casos de los niños que se encuentran en las condiciones a que se refieren las fracciones III, V y VI del artículo 444 del Código Civil y que tratan específicamente la Violencia Familiar la exposición y el abandono de menores los padres que día con día exponen a sus hijos a graves riesgos ejerciendo violencia familiar, trátase de la omisión de cuidados de abstenerse de ministrar alimentos o infringiéndoles golpes y lesiones, se encuentran protegidos en la actual legislación civil, al establecer esta procedimientos largos basados siempre en juicios ordinarios que pueden llevar una vez agotadas todas las etapas del procedimiento hasta dos años.

La falta de un procedimiento ágil y seguro, basado en el respeto de los derechos de los padres, ha sin duda propiciado que muchos niños y jóvenes actualmente se encuentren viviendo en la calle, sin ninguna esperanza de verse integrados a un seno familiar o a ser ubicados en otros grupos familiares mediante la adopción.

adopción, pues se eliminaron las adopciones simples, lo que dotó de seguridad jurídica a los futuros adoptados respecto de su situación legal. Pareciera que a partir de ese momento en la capital del país se comenzaron a tomar medidas para mejorar sustancialmente a la institución de la adopción. En el 2004 se señaló la imperante necesidad de celeridad en el proceso de adopción. Con posterioridad, en el 2011, se añadió la irrevocabilidad de la adopción, se reafirmó la creación del parentesco consanguíneo entre adoptante y adoptado, entre éste y la familia de aquel, además de que se ratificó que la adopción es un derecho del adoptado. Estas reformas sin duda buscan la protección de los derechos fundamentales de la niñez y ayudan a que los infantes en condiciones de desamparo tengan mejores oportunidades de desarrollarse sanamente en un ambiente familiar.

## ***1.2 Interés superior de la infancia<sup>23</sup>***

### ***1.2.1 Marco teórico***

A pesar de que el principio de interés superior de la niñez es un término sumamente utilizado, muy pocas veces se analiza el contenido del mismo. Por lo que para comprender mejor a la institución de la adopción es necesario definir cuál es su significado y qué implicaciones tiene esta directriz.

El significado de este principio tal como se entiende en la actualidad, se dio a partir del reconocimiento de que los niños, niñas y adolescentes “son igualmente acreedores que

---

<sup>23</sup> Para efectos de esta tesina los conceptos de “interés superior de la infancia” o “interés superior de la niñez” tendrán el mismo significado.



los adultos de los derechos fundamentales”,<sup>24</sup> por lo que la adecuada protección de la infancia sólo se da cuando efectivamente se garantiza la satisfacción de estos derechos.

De acuerdo con las profesoras Laura Salinas y Karla Gallo, este principio debe entenderse en tres vertientes:<sup>25</sup>

Primero como un mecanismo de defensa a la amenaza y vulneración de los derechos humanos de la infancia, el cual promueve la protección igualitaria de estos. De acuerdo con esta vertiente ningún adulto puede tratar a un niño de manera que viole sus derechos. Desde esta posición se establecen límites a los adultos respecto de los niños, y no sólo a esos, sino a todas las instituciones que de alguna manera tienen injerencia en la niñez. Estas restricciones se dan con el fin de que se respeten los derechos humanos de la infancia.

En segundo lugar, esta vertiente busca el cumplimiento del principio general de igualdad ante la ley, reconociendo que los adultos cuentan con determinado poder sobre los infantes, el cual deriva de la dependencia de estos sobre aquellos. En este caso, el papel del interés superior de la infancia pone límites al poder de los adultos, con el fin de que se respeten los derechos de la niñez, y exista una igualdad real en el trato que reciben los niños y las niñas.

La tercera vertiente, busca tutelar la necesidad de que los derechos de la niñez sean atendidos de manera prioritaria. En este punto el interés superior de la infancia obliga a todas las instituciones, tanto públicas como privadas, a considerar de qué manera sus actos afectan o puedan llegar a incidir en la niñez. Es decir, esta vertiente, obliga a las instituciones a considerar los efectos de sus decisiones en lo que a la infancia se refiere.

---

<sup>24</sup> Salina Beristáin Laura y Gallo Campos Karla I., *Protocolo teórico-metodológico para la verificación del grado de protección legislativa de los derechos de la infancia en México, Fundamentos jurídicos y argumentos doctrinales*, UNIFEM, UAM, México, 2006, p. 34.

<sup>25</sup> *ibidem*, pp. 24-26.

### ***1.2.2 Interés superior de la niñez en el derecho positivo mexicano***

El concepto de “interés superior de la niñez” se encuentra reconocido expresamente en el artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos desde el 12 de octubre de 2011, en donde expresamente se estipuló:

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez. (Énfasis añadido)

Por su parte, de conformidad con los artículos 3º de la Convención sobre los Derechos del niño y 1º, 3º, 4º, 5º, 7º y 8º de la Ley para la Protección de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, todas las autoridades deben atender al interés superior de la infancia en todas las decisiones que repercutan en los niños y las niñas. Esto se traduce en buscar que sus acciones posibiliten la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral, propiciando el respeto a su dignidad y el ejercicio pleno de sus derechos.

En el tenor anterior, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señaló que interés superior del niño “implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus

derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño”.<sup>26</sup>

En el mismo sentido, la Suprema Corte de Justicia señaló en la acción de inconstitucionalidad 11/2005 que:

El principio del interés superior de la infancia junto con el derecho de prioridad, implican que las políticas, acciones y toma de decisiones del Estado relacionadas con los menores de 18 años deben buscar el beneficio directo del infante y del adolescente a quienes van dirigidas, y que las instituciones de bienestar social, públicas y privadas, los tribunales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos, al actuar en sus respectivos ámbitos, otorguen prioridad a los temas relacionados con dichos menores.<sup>27</sup>

Como conclusión se puede desprender que el principio del interés superior de la infancia forma parte del sistema normativo mexicano y es un eje rector que genera obligaciones generalmente positivas a cargo del Estado y de los particulares, las cuales buscan que a los niños y las niñas se les respeten sus derechos fundamentales, con el fin de que los infantes crezcan en el ambiente más adecuado para su sano desarrollo.

### ***1.3 Procedimiento de adopción nacional en el Distrito Federal<sup>28</sup>***

Como se señaló al inicio de la tesina el 29 de diciembre de 2009 se publicaron las reformas a los artículos 146 y 391 del Código Civil para el Distrito Federal. El primero de estos definió como “matrimonio” la unión de dos personas para realizar la comunidad de

---

<sup>26</sup> Véase: Opinión Consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002.

<sup>27</sup> Véase: Menores de dieciocho años. El análisis de una regulación respecto de ellos debe hacerse atendiendo al interés superior y a la prioridad de la infancia. Novena Época, Registro: 169,457, Instancia: Pleno, Tesis aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVII, Junio de 2008, Materia: Constitucional, Tesis: P. XLV/2008, Página: 712.

<sup>28</sup> Debido a que las modificaciones legislativas que aquí se analizan se realizaron en el Código Civil para el Distrito Federal, sólo se analizará el procedimiento de adopción nacional, en concreto el proceso capitalino.

vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda. Esta reforma repercutió en la regulación de la adopción, pues si a las parejas del mismo sexo se les permite casarse, por tratarse de un sistema normativo, éstas accedieron a la adopción de acuerdo al artículo 391 del mismo ordenamiento, el cual establece que los cónyuges o concubinos podrán adoptar, cuando los dos estén conformes en considerar al adoptado como hijo.

Al haber definido párrafos anteriores qué se entiende por adopción será necesario analizar quiénes son candidatos a adoptados, para esto sirve acudir al artículo 393 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual establece que lo son el niño o niña menores de 18 años que: a) carezcan de persona que ejerza sobre ellos la patria potestad; b) declarados judicialmente en situación de desamparo o bajo la tutela del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal; c) cuyos padres o abuelos se les hayan sentenciado a la pérdida de la patria potestad; y d) cuyos padres o tutor o quienes ejerzan la patria potestad otorguen su consentimiento.<sup>29</sup>

Por su parte, de conformidad con el artículo 391 del Código Civil para el Distrito Federal, podrán ser candidatos a adoptantes: a) los cónyuges en forma conjunta, que al menos tengan dos años de casados; b) los concubinos en forma conjunta, que demuestren una convivencia ininterrumpida de al menos dos años; c) las personas físicas solteras mayores de 25 años; d) el tutor al pupilo una vez aprobadas las cuentas de su administración; y e) el cónyuge o concubino al hijo de su compañero que ejerza de manera individual la patria potestad y que demuestre una convivencia ininterrumpida al menos de dos años.

---

<sup>29</sup> Es importante señalar que el mencionado artículo también considera como candidatos a adoptados a los mayores de edad bajo dos supuestos: a) incapaces y b) con plena capacidad jurídica en donde el Juez de lo Familiar tomará en cuenta el beneficio del adoptante y de la persona adoptada procediendo en su caso con la adopción.

Habiendo señalado quiénes son candidatos a adoptados y a adoptantes, se desarrollarán brevemente los dos diferentes procesos de adopción, en primer lugar la que se da cuando los infantes se encuentran bajo el cuidado institucionalizado, en donde el candidato a adoptante acude a alguna institución para que ésta lo analice y determine su viabilidad<sup>30</sup> y en segundo la que tiene lugar cuando los niños o las niñas ya se encuentran de hecho bajo el cuidado de quien los intenta adoptar o tienen contacto directo con quienes lo pretenden otorgar en adopción.

### ***1.3.1 Procedimiento de adopción ante el SNDIF***

De acuerdo con el artículo 9º, fracción XIV de la Ley de Asistencia Social el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (en adelante SNDIF) cuenta con la atribución de supervisar y coadyuvar en el desarrollo de los procesos de adopción de infantes. Asimismo, de conformidad con el artículo 28 de la Ley de Asistencia Social el SNDIF estará encargado de instituciones de asistencia social que cuenten con infantes desamparados o abandonados.

Por lo tanto quien tenga interés en adoptar podrá acudir al SNDIF para acceder a la posibilidad de que este instituto evalúe la viabilidad socioeconómica y psicológica del adoptante de conformidad con el artículo 923, fracción I del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. De ser adecuado el candidato, el SNDIF analizará qué niño o niña se adaptará mejor con el o los posibles adoptantes y continuará la segunda etapa, una

---

<sup>30</sup> En el Distrito Federal son tres las Instituciones públicas que se encuentran facultadas para iniciar procesos de adopción respecto de los niños que tienen a su cuidado, el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal y la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, sin embargo, sólo se analizará el procedimiento ante el SNDIF pues cuenta con mayor experiencia en adopciones, ya que coadyuva con las mismas a nivel nacional, además de que los procesos son similares en las tres instituciones.

jurisdicción voluntaria de conformidad con el artículo 893 del mencionado ordenamiento, para que un juez de lo familiar determine o no la procedencia de la adopción y en caso afirmativo ordene la expedición de la nueva acta de nacimiento.

La primera etapa administrativa y psicosocial es llevada a cabo por el SNDIF de conformidad con lo establecido en el Manual de Procedimiento para: Adopción Nacional e Internacional,<sup>31</sup> y en específico se realiza tal como se expondrá a continuación.

El proceso comienza cuando el o los solicitantes piden informes personalmente y/o vía telefónica. La solicitud de informes es atendida por el Departamento de Asistencia Jurídica a Centros Asistenciales del SNDIF, quien anota a los solicitantes en la libreta “Registro de Atención a Solicitantes de Adopción”. Después se realiza una entrevista con la Coordinación Técnica de Trabajo Social de la Institución, la cual evalúa previamente factores susceptibles para iniciar trámites de adopción Nacional como pueden ser aspectos socio-económicos, afectivos, familiares, y da orientación sobre el proceso de adopción. Esta coordinación pudiera determinar que el solicitante no es susceptible de iniciar el trámite de adopción.<sup>32</sup>

En caso de que la Coordinación Técnica de Trabajo Social del SNDIF determine que el candidato es susceptible de adoptar, se le entrega una carta compromiso y ficha de inicio de trámite de adopción para integración de expediente.<sup>33</sup> De nuevo, el Departamento de Asistencia Jurídica a Centros Asistenciales, recibe a los candidatos, les solicita un examen toxicológico y revisa que su documentación esté completa.

---

<sup>31</sup> Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Infancia, Procedimiento para: adopción Nacional e Internacional, Elaborado por las Direcciones de: Rehabilitación y Asistencia Social; y Asistencia Jurídica, Aprobado por: La Subdirección General de Asistencia e Integración Social y Emitido por: la Administradora de Información, de 30 de septiembre de 2004 con la Clave AIS-ADOP-01. para mayor información consultar la siguiente dirección: <http://bicentenario.dif.gob.mx/normateca/Body.aspx>

<sup>32</sup> Procedimiento para: adopción Nacional e Internacional, p. 29.

<sup>33</sup> *idem*.

Dentro de los dos días hábiles siguientes, el Departamento de Asistencia Jurídica a Centros Asistenciales asigna turno y notifica a los interesados para que acudan al Centro Nacional designado y les sea entregado el carnet de citas para valoraciones, turnándose los documentos de los solicitantes al Centro Nacional dentro de los tres días hábiles siguientes a su recepción. La Coordinación Técnica de Trabajo Social, recibe la documentación, registra la solicitud y turna el expediente a una trabajadora social. Es en este momento cuando inicia la valoración social, programando una cita con los posibles candidatos.<sup>34</sup>

En un primer momento la Trabajadora Social realiza dos entrevistas para la valoración social, que consisten en: a) una visita domiciliaria y b) un estudio socioeconómico, el cual se analiza en una junta mensual de análisis.<sup>35</sup>

Al mismo tiempo, la Coordinación Técnica de Psicopedagogía del SNDIF elabora una valoración psicológica, pidiendo a los solicitantes una autobiografía, aplicándoles una batería de pruebas psicológicas, realizando una entrevista clínica semi estructurada y otras colaterales, con lo que se integrará el estudio psicológico.<sup>36</sup>

Con base en los resultados de las valoraciones psicosociales y psicopedagógicas la Junta Interdisciplinaria del SNDIF analiza y emite un predictamen de procedencia, improcedencia o requerimiento de mayor información.<sup>37</sup>

En caso de procedencia, el Departamento de Asistencia Jurídica a Centros Asistenciales envía al Consejo Técnico de Adopciones del SNDIF los casos para su análisis. Este Consejo tiene la función de dictaminar cada expediente determinando la viabilidad o no del adoptante. En caso de que la respuesta sea afirmativa, éste ordena a la

---

<sup>34</sup> *idem*.

<sup>35</sup> *ibidem*, pp. 30-31.

<sup>36</sup> *ibidem*, p. 30.

<sup>37</sup> *ibidem*, p. 32.

Coordinación Técnica de Trabajo Social que incluya a los solicitantes en la lista de espera de asignación de infantes y en la escuela para padres.<sup>38</sup>

Posteriormente, la Junta Interdisciplinaria del SNDIF propone candidatos con base en las necesidades de desarrollo de cada niño o niña y características individuales de los solicitantes.<sup>39</sup>

Hecho lo anterior, la Coordinación Técnica de Trabajo Social en conjunto con la de Psicopedagogía, realizan actualizaciones socioeconómicas y psicológicas de los solicitantes.<sup>40</sup> En caso de que las pruebas resultaren procedentes, la misma coordinación informa a los solicitantes la fecha de cita para la propuesta de asignación de la niña o el niño, programando fecha y hora de la presentación documental.<sup>41</sup>

En caso de que el solicitante acepte la propuesta, se prepara emocionalmente a la niña o al niño para su presentación física, después de la cual, la Coordinación Técnica de Psicopedagogía del SNDIF asienta las impresiones de los solicitantes.<sup>42</sup>

Hecha la presentación física, la Coordinación Técnica de Psicopedagogía elabora un programa de convivencias intra y extra institucionales, mediante el cual se entrega al niño o la niña y se les observa una vez que regresan a la estancia. A lo largo de éstas, la Coordinación Técnica de Trabajo Social registra semanalmente el desarrollo de las mismas para analizar la evolución del proceso.<sup>43</sup>

---

<sup>38</sup> *ibidem*, pp. 33-34.

<sup>39</sup> *ibidem*, p. 34.

<sup>40</sup> *idem*.

<sup>41</sup> *ibidem*, p. 36.

<sup>42</sup> *ibidem*, p. 37.

<sup>43</sup> *ibidem*, p. 38.



Siendo favorable lo anterior, la Coordinación Técnica de Asistencia Jurídica a Centros Asistenciales del SNDIF elaborará la promoción inicial de solicitud de adopción,<sup>44</sup> y la presentará vía jurisdicción voluntaria ante los Juzgados de lo Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal con base en los artículos 390 y 391 del Código Civil para el Distrito Federal y 893 y 923 del Código de Procedimientos Civiles de la misma entidad.

El Juez de lo Familiar que por turno corresponda deberá analizar si se cumplen, entre otros, los requisitos del artículo 397 del código civil de la entidad consistentes en: a) que resulte benéfica para la persona que pretende adoptarse; b) que el adoptante tenga más de 25 años cumplidos al momento que el juez emita la resolución que otorgue la adopción y tenga 17 años más que el adoptado; c) que el adoptante acredite contar medios suficientes para proveer la subsistencia y educación del infante, como hijo propio; d) que el solicitante de la adopción exponga de forma clara y sencilla las razones de su pretensión; e) que el solicitante de la adopción demuestre un modo de vida honesto, así como la capacidad moral y social para procurar una familia adecuada y estable al adoptado; y f) que ninguno de los adoptantes haya sido procesado o se encuentre pendiente de proceso penal por delitos que atenten contra la familia, sexuales, o en su caso contra la salud.

Asimismo, con fundamento en el artículo 923, fracción I, del código procesal civil capitalino, el juzgador observará que se encuentren los estudios socioeconómicos y psicológicos rendidos por el SNDIF. En el auto admisorio que le recaiga a la solicitud

---

<sup>44</sup> De conformidad con el artículo 923, fracción I del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en la promoción inicial se deberá manifestar si se trata de adopción nacional o internacional, mencionándose, el nombre, edad y si lo hubiere, el domicilio del menor o persona con incapacidad que se pretenda adoptar, el nombre, edad y domicilio de quienes en su caso ejerzan sobre él la patria potestad o tutela, o de la persona o institución de asistencia social pública o privada que lo haya recibido y acompañar certificado médico de buena salud de los promoventes y del menor.

inicial de adopción, el Juez señalará fecha para la audiencia, la que se deberá desahogar dentro de los diez días siguientes al mismo.

De conformidad con el artículo 924 del código procesal antes citado, la Directora del Centro Nacional del SNDIF, deberá acudir al Juzgado para ratificar su consentimiento en la adopción.<sup>45</sup> Posteriormente en la audiencia se desahogarán las pruebas correspondientes y el asunto se encontrará listo para sentencia, la cual deberá ser dictada dentro del tercer día hábil siguiente.

En caso de que la sentencia sea favorable, el Juez de lo Familiar que apruebe la adopción remitirá copia de las diligencias respectivas al Registro Civil del Distrito Federal, para que levante el acta de nacimiento respectiva con fundamento en el artículo 405 del código civil capitalino.

Realizada la adopción, las coordinaciones técnicas de trabajo social y psicopedagogía, elaborarán un plan de seguimiento social y psicológico, para dar continuidad a la misma y proteger el interés superior de la niñez en el caso concreto.<sup>46</sup>

En conclusión, se puede observar que el proceso de adopción iniciado ante el SNDIF se compone de tres dimensiones.<sup>47</sup>

1. **Administrativa:** se refiere a la integración del expediente de los candidatos a adoptantes, en donde se incluye una valoración psicosocial y se emite el certificado de idoneidad, reconociendo la capacidad del candidato para ser padre adoptivo.
2. **Psicosocial:** este enfoque se basa en los estudios de las áreas social, psicológica y médica, se atiende el proceso de evaluación, de elegibilidad, idoneidad, el

---

<sup>45</sup> Procedimiento (...) *op cit*, p. 39.

<sup>46</sup> Procedimiento (...) *op cit*, p. 40-41.

<sup>47</sup> Diagnóstico de la adopción en México, SNDIF, 2009, p. 10.

acoplamiento del infante a su nueva familia, y el seguimiento del proceso, una vez concluida la adopción.

3. **Jurídica:** la cual se basa en el marco jurídico aplicable, que regula desde la preservación del niño, la presentación del mismo, la emisión de la sentencia de adopción y el registro del infante.



### ***1.3.2 Adopción entre particulares***

Este tipo de adopción se lleva a cabo cuando quien pretende ser el adoptante, con parentesco o sin él, asume la protección permanente de uno o más infantes, los cuales desea adoptar, o cuando quien pretende adoptar conoce a un infante en condiciones de desamparo o abandono, o que simplemente dicho niño o niña desea ser dado en adopción por quien ejerce la patria potestad sobre él.

El procedimiento inicia con la jurisdicción voluntaria,<sup>48</sup> en donde quien pretende adoptar deberá presentar una promoción ante los Juzgados de los Familiar del Distrito Federal manifestando su intención de adoptar a determinado infante.

En este caso, de conformidad con el artículo 923, fracción I del código civil procedimental capitalino, además del certificado médico de buena salud del promovente, se requieren estudios socioeconómicos y psicológicos, los cuales podrán ser realizados por el SNDIF, o por la Secretaría de Salud, el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal, el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal o la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

De conformidad con la fracción IV, del artículo antes citado, en caso de que no se conociera el nombre de los padres o el infante no hubiere sido acogido por institución de asistencia social, pública o privada, se decretará la custodia con el presunto adoptante, por el término de tres meses.

Una vez transcurrido el período anterior, o si se conociere a quien ejerce la patria potestad o tutela sobre el infante, en el auto admisorio, el Juez señalará fecha para la audiencia, la que se deberá desahogar dentro de los diez días siguientes al mismo.

De conocer a quien ejerce la patria potestad o tutela sobre el infante, se deberá obtener su consentimiento de manera personal tal como lo establecen los artículos 398, fracciones I y II y 399 del Código Civil para el Distrito Federal, y 924 del código procedimental antes señalado. En caso de que no se conocieran los padres o tutores del infante, se deberá obtener el consentimiento del Ministerio Público del lugar del domicilio del adoptado de conformidad con el artículo 398, fracción III, del código civil antes citado.

---

<sup>48</sup> Artículo 893 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

De conformidad con el artículo 924 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, rendidas las constancias que se exigen en el artículo 923 y obtenido el consentimiento de las personas que deban darlo, el Juez de lo Familiar resolverá dentro del tercer día, lo que proceda sobre la adopción.

En caso de que la sentencia sea favorable, el Juez de lo Familiar que apruebe la adopción remitirá copia de las diligencias respectivas al Registro Civil del Distrito Federal, para que levante el acta de nacimiento respectiva con fundamento en el artículo 405 de la legislación civil.

#### ***1.4 La obligación del Estado de procurar que el desarrollo de la niñez se dé en un ambiente familiar***

Tal como se establece en el Preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño, la familia, es un grupo fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, en particular el de los niños. De acuerdo a lo ahí asentado, se debe buscar la protección y asistencia de esta institución. En el mismo sentido, la convención reconoce que la niñez, “para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”.

El artículo 3º de la Ley para la Protección de los Derechos de Niños, Niñas y adolescentes en su inciso d), estipula que es un principio rector de la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes el vivir en familia, como espacio primordial de desarrollo.

Como se puede observar, es una obligación positiva del Estado el fomentar que la niñez se desarrolle en un sano ambiente familiar, pues de ese modo se tutela de mejor manera el interés superior de la infancia. Sin embargo, existen circunstancias como la pobreza o la violencia familiar que obligan a que el Estado tenga que resguardar a los niños y niñas bajo el cuidado institucionalizado, ya sea de manera temporal o permanente.

Tal como lo establece el artículo 25 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, cuando una niña, un niño, un o una adolescente se vean privados de su familia, tendrán derecho a recibir la protección del Estado, quien se encargará de procurarles una familia sustituta y mientras se encuentren bajo la tutela de éste, se les brinden los cuidados especiales que requieran por su situación de desamparo familiar. Continúa señalando el artículo que el Estado buscará la protección de la niñez desamparada mediante: a) la adopción, preferentemente la plena; b) la participación de familias sustitutas y c) a falta de las anteriores, se recurrirá a las instituciones de asistencia pública o privada o se crearán centros asistenciales para este fin.

De lo anterior se puede derivar que el Estado está obligado a buscar mecanismos para que la niñez se desarrolle en un entorno familiar, lo cual se fomenta mediante el apoyo a la figura de la adopción, y que como último recurso se debe apoyar el que los infantes se desarrollen en instituciones de asistencia pública o privada.

Corinna Csáky, presidenta de *Save the Children Fund*, señala un estudio en el que se comparó el desarrollo de las capacidades de los niños criados institucionalmente y los que no. Analizó a 208 infantes, de una edad media de 22 meses, observando su desarrollo

físico, cognitivo, emocional y de comportamiento.<sup>49</sup> Los resultados de los niños resguardados bajo el cuidado institucional fueron los siguientes:

- Por cada periodo de 2.6 meses que el niño o la niña pasan en cuidado institucionalizado, pierden un mes de crecimiento normal.

- Presentan un coeficiente intelectual y una actividad cerebral menor a los niños de su misma edad, particularmente en aquellos casos en que el infante ingresó a una institución de cuidado a edad temprana.

- Tienen una mayor predisposición a tener alteraciones sociales y del comportamiento, como pueden ser disturbios y retrasos en el desarrollo social y emocional, problemas por comportamiento agresivo, falta de atención, hiperactividad, e incluso un síndrome en que el niño pareciera tener autismo.

De acuerdo con *Save the Children Fund*, se ha demostrado que el contacto humano y la estimulación física son esenciales en el desarrollo de procesos neurológicos, pues esta falta de estimulación provocan que el niño o la niña crezcan con discapacidades motoras y del lenguaje, y que en un futuro carezcan de habilidades básicas para desempeñarse saludablemente en sociedad.<sup>50</sup>

Por lo anterior, cobra suma importancia la necesidad de que los infantes que se encuentren bajo el cuidado institucionalizado cuenten con una familia adecuada lo antes posible. Si se llevase un adecuado proceso con mayor celeridad, sería en total beneficio de la niñez, pues entre menos tiempo pasen los infantes bajo cuidado institucionalizado, más saludable será su desarrollo.

---

<sup>49</sup> Corinna Csáky, *Keeping Children Out of Harmful Institutions*, Save the Children Fund, Londres, Reino Unido, 2009, p. 6.

<sup>50</sup> *idem*.

La celeridad en el proceso de adopción, es un requisito esencial para que se salvaguarde el interés de la niñez. Así lo ha establecido la Asamblea Legislativa del Distrito Federal en las recientes modificaciones que se han hecho al proceso de adopción. La exposición de motivos de las reformas al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal de 28 de mayo de 1998 señala:

Las modificaciones al Código de Procedimientos Civiles para Distrito Federal que se someten a su consideración, tienen el propósito de hacerla: congruentes con las de la legislación sustantiva y buscan simplificar y reducir en lo posible, los procedimientos y términos con el objeto de facilitar y hacer accesibles los trámites necesarios para la adopción, además de que se lograría desaparecer de la sociedad los temores de que los trámites de adopción, son muy prolongados en perjuicio de la voluntad de algunas personas para adoptar, hecho éste que se traduce en una disminución de muchos expósitos y abandonados para incorporarse a una familia.<sup>51</sup>

A pesar de esta necesidad de celeridad en el proceso, la realidad mexicana es muy diferente. Por poner un ejemplo, en nuestro país, la pérdida de la patria potestad toma en promedio 9.7 meses,<sup>52</sup> lo que significaría que durante ese tiempo el infante se encontraría bajo cuidado institucionalizado, sin contar con una familia. Una vez pasado ese período, comenzaría el proceso de adopción, en donde lo tendrían que conocer documentalmente los posibles adoptantes, posteriormente se les presentaría físicamente, y si todo resultara bien comenzarían las visitas, para posteriormente iniciar el correspondiente juicio de adopción.

---

<sup>51</sup> Véase: Exposición de Motivos del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal de las reformas publicadas en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 28 de mayo de 1998.

<sup>52</sup> Diagnostico de la adopción en México, DIF, 2009, p. 16.



Del estudio de *Save the Children Fund* se puede observar que el interés superior de la niñez se resguarda de mejor manera entre más pronto cuenten los infantes con una familia funcional, pues es ahí donde tendrán un desarrollo más saludable.<sup>53</sup>

En conclusión se puede observar la obligación que tiene el estado mexicano de salvaguardar el interés superior de la infancia, por la suma importancia que esto conlleva, ya que al tomar en cuenta este principio se garantizan los derechos humanos de la niñez. Se pudo observar como en algún momento de la historia el fin de la adopción era sólo sucesorio, pero que a lo largo de las décadas el proceso se fue inclinando a favor de los adoptados, ello en reconocimiento de la necesidad de una protección reforzada por su condición de infantes.

En lo que al proceso actual de adopción se refiere, en el caso del Distrito Federal se puede constatar que el mismo gira en torno a la necesidades del infante, esto es, de conformidad con su interés superior. Lo anterior se puede afirmar, pues a los candidatos a adoptantes se les realizan una serie de estudios psicosociales y psicopedagógicos que junto con determinados requisitos formales, permitan determinar su viabilidad como futuros padres o madres. En todo momento del proceso a quién se toma en cuenta es al infante.

De lo antes señalado se observa que si bien el cuidado institucionalizado es preferible al abandono o desamparo de la niñez, en todo momento el Estado se encontrará obligado a procurar que quienes se encuentran bajo su resguardo encuentren una familia funcional por medio de la adopción. Lo anterior por las ventajas que conlleva en la niñez el desarrollarse dentro de un adecuado ambiente familiar.

---

<sup>53</sup> Véase: Corinna Csáky, *Keeping Children Out of Harmful Institutions*, The Save the Children Fund, London, UK, 2009.

Por todo lo anterior, si en el proceso de adopción se busca en todo momento proteger el interés superior de la infancia por medio de ciertos procesos y requisitos, y es obligación del Estado el procurar que la niñez se desarrolle en un adecuado ambiente familiar, cuando el legislador reconoce que las parejas del mismo sexo sean candidatos a adoptantes, lo que en realidad está haciendo es aumentar el universo de futuros padres o madres. Si estos se consideraran viables por medio del procedimiento establecido, repercutiría directamente en que un mayor número de niños o niñas en condiciones de desamparo o abandono puedan contar con una familia completamente funcional, con lo que se cumpliría con el fin de la norma, y se estaría velando por el interés superior de la infancia.

## CAPÍTULO II

### **Análisis de los argumentos de la Procuraduría General de la República**

#### ***2.1 Homofobia disimulada de protección a la niñez***

En este capítulo se analizarán los argumentos de la Procuraduría General de la República, plasmados en la demanda de acción de inconstitucionalidad interpuesta en contra de las reformas al Código Civil del Distrito Federal por las que se autorizaron los matrimonios –y por añadidura, la adopción- de parejas del mismo sexo. En síntesis, la Procuraduría General de la República señaló que: a) la reforma viola el artículo 16 constitucional al carecer de motivación legislativa, toda vez que no se realizaron estudios sobre el posible impacto que tendría en los infantes el ser adoptados por parejas del mismo sexo, y b) que la reforma vulnera el principio constitucional del interés superior del niño, ya que los infantes podrían sufrir una afectación en su desarrollo integral al ser adoptados por una pareja que no entra en el concepto de “familia ideal” tutelada por el artículo 4º constitucional, lo que también significaría un acto de discriminación hacia esos infantes.<sup>54</sup>

A continuación se desarrollarán los argumentos de la Procuraduría General de la República.

---

<sup>54</sup> Síntesis tomada del Voto Particular formulado por el Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea dentro de la acción de inconstitucionalidad 2/2010.

### ***2.1.1 Violación al artículo 16 constitucional<sup>55</sup>***

De acuerdo con la procuraduría, la reforma al artículo 146, en relación con el 391 del Código Civil para el Distrito Federal, que permite que los cónyuges y concubinos accedan a la adopción, no cumple con la garantía de una adecuada motivación tal como lo establece el artículo 16 constitucional. Esta postura la argumentó en que del procedimiento legislativo del que derivó el decreto impugnado se advierte que la Asamblea Legislativa del Distrito Federal omitió sustentar con una razonabilidad objetiva la posibilidad de que los matrimonios y concubinos conformados por miembros del mismo sexo puedan adoptar. El actor continuó señalando que el Pleno de la Asamblea Legislativa al emitir el acto impugnado no tomó en cuenta el interés superior de la niñez, y que sólo se centró en la adopción como un derecho del adoptante.

De acuerdo con el accionante, cuando se emiten leyes que puedan tener impactos en la infancia, se deben ponderar todos los efectos de las mismas, como en el presente caso pudiera ser el impacto psico-social que generaría en la niñez el ser adoptados por parejas del mismo sexo. La procuraduría argumenta que en el presente caso sólo se contemplaron los derechos del adoptante, pero en ningún momento se consideraron los posibles efectos negativos que esto tendría en la infancia, lo cual es una grave violación al procedimiento, pues la preservación del interés superior de la infancia es una cuestión de orden público, tal como lo establecen los artículos 4º de la Constitución Federal y 8.1, 16, 20.1 y 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

La dependencia continuó señalando que no debe confundirse el derecho de convivencia que tienen los padres o madres sobre los hijos, con el derecho que tienen la

---

<sup>55</sup> Engrose del Ministro ponente Sergio A. Valls Hernández dentro de la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, Secretaría Proyectista Laura García Velasco, pp. 116-118.

niñez de convivir con sus adoptantes, pues el de los infantes deberá prevalecer siempre en todos los casos. Por otro lado, consideró que la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, no tomó en cuenta el impacto jurídico que las reformas impugnadas generarían en otras figuras jurídicas como la guarda y custodia, la patria potestad y los alimentos.

### ***2.1.2 Violación a los artículos 1º y 4º constitucionales<sup>56</sup>***

De acuerdo con la procuraduría la posibilidad de que las parejas del mismo sexo accedan a la adopción es contraria al espíritu del artículo 4º constitucional en lo que a interés superior de la infancia se refiere. La dependencia señaló que de conformidad con los diversos instrumentos internacionales signados por México, entre los que se encuentra la Convención sobre los Derechos del Niño, y de acuerdo con diversos criterios judiciales referentes al interés superior de la niñez, se desprende que uno de los principales derechos de la infancia es el de desarrollarse en familia. Continuó exponiendo que no se trata de cualquier tipo de familia, sino del concepto de familia que prevé cada uno de los Estados signatarios.

El procurador enfatizó la necesidad de atender al tipo de familia a que se refiere el artículo 4º constitucional. De acuerdo con su argumentación la esencia de ésta se desprende de la exposición de motivos y de los dictámenes emitidos dentro del procedimiento de reforma constitucional al artículo 4º de 1974, en donde el Constituyente Permanente definió un tipo de familia ideal, la conformada por padre, madre e hijos. Por lo tanto, si las reformas al artículo 146 del Código Civil inciden en el cardinal 391, y con ello se abre la posibilidad de que las parejas del mismo sexo accedan a la adopción, se propiciará que los

---

<sup>56</sup> *ibidem*, pp. 118-121.

infantes no se encuentren en el ambiente más adecuado para su sano desarrollo. Continúa señalando que los niños y las niñas adoptados por parejas del mismo sexo estarían recibiendo un trato desigual y discriminatorio respecto de otros infantes adoptados por matrimonios conformados por hombre y mujer, lo cual a su juicio es claramente violatorio del artículo 1º constitucional.

La actora señaló que los infantes deben acceder a este tipo ideal de familias, en virtud de que la niñez tiene derecho a las mejores condiciones de vida, para así garantizar su interés superior. Si se toma en cuenta que el Constituyente Permanente consideró que la familia ideal se conforma por padre, madre e hijos, entonces las normas combatidas se alejan del espíritu de las leyes, al no dotar a la niñez de las mejores familias posibles.

De acuerdo con la accionante, en el proceso de adopción, el interés que debe prevalecer es el del adoptado, no así el del adoptante, en virtud de que lo se trata de proteger es el interés superior de la niñez, esto lo apoya en la contradicción de tesis 60/2008-PS resuelta por la Primera Sala de la Suprema Corte de la Nación.

La procuraduría en esencia señaló que el permitir que las parejas del mismo sexo adopten, constituye una violación a los derechos del niño consagrados en la Constitución Federal, así como en diversos tratados internacionales y leyes. Alega que a ciertos infantes se les estaría privando del derecho de estar en igualdad de circunstancias respecto de otros niños adoptados por uniones heterosexuales. Asimismo, consideró que al no dotar a esos niños de una familia “ideal” constituida por padre y madre, se les están dejando de proporcionar las mejores condiciones posibles, lo que de acuerdo a su dicho es contrario al interés superior de la niñez.

La procuraduría sostiene que el permitirle a los infantes el ser adoptados por personas del mismo sexo va contra los derechos de la niñez por el “probable impacto que se generaría en los infantes adoptados,” sin fundamentar mayormente o probar empíricamente su postura.

Dentro de su demanda, la procuraduría, afirma la existencia del probable daño que se causará a los infantes, pero no ofrece datos que así lo sostengan, de alguna manera dentro de su “psiquis” el ser gay o lesbiana en si mismo no generará un ambiente adecuado para el sano desarrollo del infante. El procurador, pareciera señalar que está bien ser gay o lesbiana, siempre que se oculte o manifieste en privado. Su intolerancia es puesta de manifiesto al sostener que es problemático el que se llame matrimonio a la unión de dos hombres o dos mujeres. El procurador afirma que nuestro Constituyente Permanente planeó el modelo de “familia ideal” como la unión del hombre y la mujer, con base en un pasaje descontextualizado<sup>57</sup> de la reforma constitucional que consagró la protección de la familia.<sup>58</sup>

La posición de la procuraduría es poco transparente pues sus argumentos parecen descansar en presupuestos propios de la homofobia ya que no ofrece sustento sólido para

---

<sup>57</sup> Pasaje utilizado por la procuraduría: “En los países en vías de desarrollo como México, subsisten en algunos sectores sociales las familias extensas; en tanto que en los más beneficiados la entidad familiar, cada vez en mayor medida, se compone por el padre, la madre y pocos hijos. Este modelo es el ideal de nuestra sociedad futura. La reforma propuesta, instituye la protección legal a organización y desarrollo de la familia. De esta forma, se consolida esta célula básica del cuerpo social, se fomenta su desenvolvimiento y el de la comunidad nacional, ya que la familia es agente primordial del cambio”. DICTAMEN de 12 de Noviembre de 1974. Emitido por las Comisiones Unidas Segunda de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos.

<sup>58</sup> Esa reforma en realidad trata sobre el cambio demográfico que creó una disminución en el número de los componentes de la familia, por el que se pasó de una familia tradicional, que contaba con una basta parentela, a la familia nuclear característica de las sociedades actuales. Lo que la reforma constitucional de 31 de diciembre de 1974 busca, en realidad es crear las condiciones sociales, culturales, económicas y políticas que fomenten la integridad familiar y el adecuado desarrollo de la misma. Cabe resaltar la mala fe del procurador, pues sólo cita lo que pareciera convenirle, omitiendo pasajes que denotan un espíritu progresivo del constituyente, como el siguiente: “La época de transformaciones en que vivimos reclama normas generadoras de nuevas estructuras mentales.” DICTAMEN de 12 de Noviembre de 1974. Emitido por las Comisiones Unidas Segunda de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos.

los mismos. Para analizar esto debidamente, resulta oportuna la explicación que ofrece Timothy E. Lin<sup>59</sup> sobre la homofobia y las “justificaciones” que oficialmente se otorgan para impedir que las parejas del mismo sexo adopten.<sup>60</sup>

## ***2.2 Narrativa popular e hipersexuación de los gays y las lesbianas***

De acuerdo con el profesor Lin, una de las razones por las que en una importante parte de la sociedad actual se ha perpetuado la homofobia o el miedo o rechazo a la homosexualidad, es que a las lesbianas y a los gays se les ha situado ante los demás como seres absolutamente sexuados. En el imaginario colectivo, se les concibe como individuos que dedican su vida al sexo, incapaces de desarrollarse funcionalmente en los demás ámbitos de su vida.

A lo largo de su ensayo, el autor analiza cómo por medio de la narrativa popular, se ha creado la idea de que las personas que prefieren a las de su mismo sexo, tienen una especie de adicción por lo sexual.<sup>61</sup> Ya que por virtud de medios de comunicación como el cine, la televisión o el teatro, se ha exaltado el comportamiento “amanerado” del colectivo.

Los medios hacen parecer, que el “homosexual”<sup>62</sup> es un hombre o mujer “degenerad@” que buscan disfrazarse con atuendos “del sexo que no les corresponde”, o se les difunde como enfermos y transmisores de enfermedades como el VIH o SIDA, o como

---

<sup>59</sup> Véase: Lin, Timothy E., *Social norms and judicial decision making. Examining the role of narratives in same sex adoption cases*, Columbia Law Review, Vol. 99, No. 3 (Apr., 1999), pp. 739-794.

<sup>60</sup> Se observará como las “justificaciones” que señala el autor, son las que “fundamentan” el actuar de la PGR.

<sup>61</sup> Timothy E. Lin, *op cit*, p. 793.

<sup>62</sup> Evito referirme a esta palabra, porque “homosexual,” refuerza la hipersexuación que señala el autor, sugiero la utilización de un sustantivo diferente, pues éste pareciera describir a un hombre sexual, lo cual incide en el estereotipo de que los gays y las lesbianas son personas que sólo se dedican al sexo.



abusadores de infantes, o “cazadores sexuales” que no pueden tener una sólo pareja estable.<sup>63</sup>

En pocas palabras, la narrativa popular presenta a las personas homosexuales como enfermos mentales, trastornados, perversos, enfocándose solo en el aspecto sexual. Se suprimen otros aspectos de su vida, se olvidan que son personas con sentimientos, que llevan un orden en sus vida, pagan impuestos, tienen afecto hacia a los demás, son queridos y respetados, con trabajos estables, exitosos, humanos, y diferentes en ciertos comportamientos como todos los demás.

De acuerdo al profesor Lin, esta hipersexuación genera cuatro “estereotipos” o “concepciones erróneas,” por las cuales se les niega a las parejas del mismo sexo el ser candidatos a adoptantes:<sup>64</sup>

a) Las lesbianas y los gays son más promiscuos que los heterosexuales o no forman relaciones sentimentales de largo plazo que provean estabilidad a la niñez;

b) Los gays y las lesbianas son más propensos a abusar sexualmente de los infantes;

c) Los infantes criados por gays o lesbianas son más propensos a la homosexualidad que los niños criados por heterosexuales; y

d) Los niños y las niñas criados por lesbianas o gays sufrirán daños por la homofobia ajena.

La homofobia es un miedo irracional que se basa en prejuicios. Como personas, todos somos únicos, pensamos diferente, actuamos diferente, tenemos distinto color de piel, de ojos, preferencias, edades, sexos, capacidades, condiciones sociales y opiniones. El ser

---

<sup>63</sup> Timothy E. Lin, *op cit*, p. 793.

<sup>64</sup> Las cuales no cuentan con soporte documental alguno por parte de la procuraduría.

diferentes, es bueno y nos ha permitido tener distintos puntos de vista y retroalimentarnos socialmente. Recordemos que libertad, proviene del latín *libertas, atis* y significa “facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar.”<sup>65</sup> Y que es un principio general del derecho que los ciudadanos podemos realizar todo lo no esté expresamente prohibido.

En relación con lo anterior, desde un punto de vista garantista no se debiera imponer cierta moralidad por medio del derecho y sólo se debieran prohibir las conductas que lesionen bienes jurídicos tutelados, que los dañen. Luigi Ferrajoli, entiende que la justificación de que algo esté prohibido, se da cuando se lesiona a una persona de carne y hueso, no cuando se lesiona una idea, un principio, una creencia o una moralidad.<sup>66</sup> El no permitirles a las parejas del mismo sexo contraer matrimonio, con los efectos que esto implica, es prohibirles el acceso al mismo. Si los tratos desiguales no están justificados, entonces son discriminatorios. Nuestros más altos tribunales han reconocido esto, inclusive el Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano,<sup>67</sup> quien fue ponente de la sentencia de la que derivó el siguiente criterio:

**Garantía de no discriminación. Su protección constitucional.** De los artículos 1o., párrafo tercero, y 4o., párrafo primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se advierte que la no discriminación es una verdadera garantía individual, consistente en el derecho subjetivo público del gobernado de ser tratado en la misma forma que todos los demás y el correlativo deber jurídico de la autoridad de garantizar un trato idéntico a todas las personas ubicadas en las mismas circunstancias. Ahora bien, conforme a tales preceptos, en la Nación Mexicana está prohibido todo tipo de discriminación que atente contra la dignidad humana, anule o

---

<sup>65</sup> *Las garantías de libertad*, 2ª ed., Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2010, p. 13

<sup>66</sup> Ferrajoli Luigi, *Derecho y razón, Teoría del Garantismo Penal*, Trotta, Madrid, 2006, Pp. 459-536.

<sup>67</sup> Ministro de la Suprema Corte de Justicia con una clara postura en contra del matrimonio y adopción por parte de personas del mismo sexo.

menoscabe los derechos y libertades del varón y la mujer, porque ambos deben ser protegidos por la ley sin distinción alguna, independientemente de sus preferencias y, por ello, deben gozar de los mismos derechos y de la igualdad de oportunidades para ejercer las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural, civil o en cualquier otra.<sup>68</sup> (Énfasis añadido)

De acuerdo con el ministro Aguirre Anguiano, “no discriminación” es una verdadera garantía individual, consistente en el derecho subjetivo público del gobernado de ser tratado en la misma forma que todos los demás y el correlativo deber jurídico de la autoridad de garantizar un trato idéntico a todas las personas ubicadas en las mismas circunstancias, prescindiendo de sus preferencias.

Haciendo relación al tema de estudio, el negarles a las parejas del mismo sexo casarse y a priori ser candidatos para adoptantes, es una conducta discriminatoria, pues se les está juzgando no por lo que hacen, sino por lo que son, por características subjetivas. Para que el estado pueda hacer distinciones entre las personas apoyado en una “categoría sospechosa” como en este caso lo serian el sexo y las preferencias sexuales, deben existir razones muy poderosas que justifiquen ese trato diferenciado, como lo pudiera ser evidencia científica que fundamentara su dicho.

El principio de no discriminación se construye en tres pasos. En primer lugar, se parte de que el derecho a la igualdad ordena tratar de forma igual, situaciones similares. En segundo término, el principio de no discriminación exige asumir que resulta inevitable que el Estado realice algunas distinciones en ciertos casos, pues es necesario tratar de forma diferente a las personas. Esto implica, que no está vedado hacer distinciones, lo que está

---

<sup>68</sup> Registro No. 171756. Localización: Novena Época, Instancia: Segunda Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVI, Agosto de 2007, Página: 639, Tesis: 2a. CXVI/2007, Tesis Aislada, Materia(s): Constitucional.

prohibido es hacer distinciones arbitrarias. Finalmente, el tercer paso, se refiere al método que se tiene que seguir para establecer qué distinciones son inconstitucionales.<sup>69</sup>

Estas conductas discriminatorias, no tienen necesariamente que ser expresas, ya que como ha sido reconocido por nuestro más alto tribunal, se pueden generar tratos desiguales por exclusión tácita, como se aprecia en la tesis que al rubro señala:

**Igualdad. Debe estudiarse en el juicio de amparo el cumplimiento a dicha garantía si se advierte que la norma genera un trato desigual por exclusión tácita.** En aquellos casos donde un régimen jurídico tácitamente excluye de su ámbito de aplicación a un determinado grupo, no debe desestimarse el planteamiento de violación a la garantía de igualdad bajo la consideración de que el tema involucra un problema de omisión legislativa. El mismo debe analizarse a la luz del test de igualdad. De otro modo, se haría nugatoria la defensa jurisdiccional del principio de igualdad ante la ley, vulnerando los principios que orientan la tutela judicial efectiva, de conformidad con el artículo 17 de la norma fundamental.<sup>70</sup> (Énfasis añadido)

Contrario a lo señalado por el procurador, el impedirle a las parejas del mismo sexo contraer matrimonio y ser candidatos para adopción, ya sea expresa o tácitamente es inconstitucional. Para que un trato desigual esté justificado se exige razonabilidad en la diferenciación, es decir, un fundamento objetivo y razonable que permita darles uno desigual, tal como se fundamenta en la tesis:

**Principio general de igualdad, su contenido y alcance.** El principio de igualdad tiene un carácter complejo en tanto subyace a toda la estructura constitucional y se encuentra positivizado en múltiples preceptos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que constituyen sus aplicaciones concretas, tales como los artículos 1o., primer y

---

<sup>69</sup>Voto Particular que formuló el Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, pp. X-XI.

<sup>70</sup> Registro No. 163334, Localización: Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXXII, Diciembre de 2010, Página: 167, Tesis: 1a. CX/2010, Tesis Aislada, Materia(s): Constitucional.

tercer párrafos, 2o., apartado B, 4o., 13, 14, 17, 31, fracción IV, y 123, apartado A, fracción VII. Esto es, los preceptos constitucionales referidos constituyen normas particulares de igualdad que imponen obligaciones o deberes específicos a los poderes públicos en relación con el principio indicado; sin embargo, tales poderes, en particular el legislador, están vinculados al principio general de igualdad, establecido, entre otros, en el artículo 16 constitucional, en tanto que éste prohíbe actuar con exceso de poder o arbitrariamente. Ahora bien, este principio, como límite a la actividad del legislador, no postula la paridad entre todos los individuos, ni implica necesariamente una igualdad material o económica real, sino que exige razonabilidad en la diferencia de trato, como criterio básico para la producción normativa. Así, del referido principio derivan dos normas que vinculan específicamente al legislador ordinario: por un lado, un mandamiento de trato igual en supuestos de hecho equivalentes, salvo que exista un fundamento objetivo y razonable que permita darles uno desigual y, por el otro, un mandato de tratamiento desigual, que obliga al legislador a establecer diferencias entre supuestos de hecho distintos cuando la propia Constitución las imponga. De esta forma, para que las diferencias normativas puedan considerarse apegadas al principio de igualdad es indispensable que exista una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con estándares y juicios de valor generalmente aceptados, cuya pertinencia debe apreciarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo concurrir una relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.<sup>71</sup>

Respecto de lo señalado por la Procuraduría General de la República en el sentido de que la Asamblea Legislativa del Distrito Federal no tomó en “cuenta el probable impacto que las reformas ocasionarían en los menores adoptados”,<sup>72</sup> es la procuraduría quien debió de haber probado el supuesto daño que se le ocasionaría a la niñez.

---

<sup>71</sup> Registro No. 169439, Localización: Novena Época, Instancia: Segunda Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVII, Junio de 2008 Página: 448, Tesis: 2a. LXXXII/2008, Tesis Aislada, Materia(s): Constitucional.

<sup>72</sup> Escrito inicial de demanda de la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010 interpuesto por la Procuraduría General de la República, p. 44

Es principio general del derecho que quien afirma prueba, lo que se refuerza cuando se trata de “categorías sospechosas”. Tal como lo afirmó el Ministro Zaldívar, si la procuraduría pretendía otorgar un trato diferenciado a las parejas del mismo sexo, debió probar científicamente las razones objetivas de su postura. Por tanto, la procuraduría contaba con la carga de la prueba, para demostrar el “probable daño que se le ocasionaría” a los infantes y con ello justificar el trato diferenciado que pretende se les otorgue a las parejas del mismo sexo, para evitar que se considere una distinción arbitraria. El procurador, como accionante debe probar su dicho, y no sólo acusar, y esperar que la contraparte se defienda y pruebe su posible aptitud.

Para que las diferencias normativas puedan considerarse apegadas al principio de igualdad es indispensable que exista una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con estándares y juicios de valor generalmente aceptados. En el caso en particular, es claro que el trato desigual que el procurador pretendió otorgar a las parejas del mismo sexo es discriminatorio, ya que se basa en la “probable peligrosidad” que éstas parejas representan para la niñez.

Cuando a la lesbiana o gay se les identifica como seres sexuados, pareciere que todo en su entorno emana sexualidad, que dedican su vida al sexo. Cuando al gay o lesbiana se les percibe como “homosexuales,” o seres totalmente sexualizados, esto influye negativamente en la sociedad, provocando miedo, y generando rechazo en temas como la adopción, sin embargo, cuando se analizan los hechos y datos arrojados por las asociaciones americanas de Psiquiatría o de Psicología se puede afirmar que no se causa ningún daño a los infantes.

### ***2.2.1 El principio de interés superior de la niñez como “justificación” de la discriminación***

Como se mencionó con anterioridad, el concepto de interés superior de la niñez, ha sido utilizado para ocultar la discriminación, ya que muchas de las veces hay una falta de neutralidad en la aplicación de estos estándares. Por ejemplo, el profesor Lin señala que, en Estados Unidos, los niños blancos y saludables regularmente son adoptados por las “familias ideales,” blancas, heterosexuales y de altos ingresos, y que los infantes “indeseables,” con capacidades diferentes, más grandes, o pertenecientes a minorías, son relegados a las familias “indeseables,” que incluyen minorías y gente de bajos recursos.<sup>73</sup>

Es decir, con fundamento en el interés superior del infante, y estableciendo tipos “ideales” de familia, abiertamente se selecciona y discrimina a los candidatos. Este proceder es muy parecido a lo que el procurador sostiene, pues éste se refiere durante la totalidad de su escrito a que el infante debe ser entregado a las “familias ideales” comprendidas por la unión de un hombre y una mujer.

A continuación se analizará cada uno de los “estereotipos” o concepciones erróneas que encontró el Profesor Lin por las cuales se les niega a las parejas del mismo sexo el ser candidatos a adopción,<sup>74</sup> las cuales parecieren estar detrás de la negativa del procurador, éstas son las siguientes:

---

<sup>73</sup> Timothy E. Lin, *op. cit.*, p. 771.

<sup>74</sup> Prejuicios y estereotipos que no se encuentran soportados documentalmente.

**a) Las lesbianas y los gays son más promiscuos que los heterosexuales o no forman relaciones sentimentales de largo plazo que provean estabilidad a la niñez**

De acuerdo con este prejuicio, los “homosexuales” son más promiscuos, y mantienen un estilo de vida hedonista y encuentros sexuales sin protección, son obsesivos sexuales, sin embargo, de acuerdo con datos de la Barra de Abogados de Estados Unidos, en la realidad, el 50% de las parejas gay mantiene relaciones duraderas y estables, mientras que en el caso de lesbianas, la cifra aumenta a 70%. Además existe un fuerte interés dentro de las parejas del mismo sexo en formalizar sus uniones cuando el Estado se los permite, idealmente a través del matrimonio.<sup>75</sup>

**b) Los gays y las lesbianas son más propensos a abusar sexualmente de los infantes**

Como se mencionó con anterioridad, algunas personas consideran a los gays y lesbianas como predadores que están tras infantes. Sin embargo, la evidencia señala lo contrario, por ejemplo en el estudio comparativo del perfil de los internos por el delito de violación, se encontró que el 97.75 % de los violadores son heterosexuales.<sup>76</sup> Es claro que el peligro de que los gays o lesbianas violen a los niños es sólo un prejuicio, ya que en realidad son los hombres heterosexuales quienes más cometen este crimen, y son las niñas principalmente el sujeto pasivo del delito.<sup>77</sup>

---

<sup>75</sup> Timothy, E. Lin, *op. cit.* p. 773-774.

<sup>76</sup> Ruiz Ortega, Antonio Hazael, *Estudio comparativo del perfil de los internos por el delito de violación en el Sistema Penitenciario de la Ciudad de México*, p. 11.

<sup>77</sup> Timothy E. Lin. *op cit.* pp. 774-775.



**c) Los niños criados por gays o lesbianas son más propensos a la homosexualidad que los niños criados por heterosexuales.**

El autor considera que debido a la narrativa existente, se cree que los gays y lesbianas reclutan niños para “convertirlos en homosexuales,” sin embargo, se demuestra la debilidad de este argumento cuando se observa que la mayoría de las personas que hoy son homosexuales, provinieron de familias heterosexuales por lo menos hacia el exterior.<sup>78</sup>

Inclusive los estudios demuestran que no hay tasas mayores de homosexualidad en los hijos criados por familias de padres gays o madres lesbianas. La orientación sexual se forma a muy corta edad y no tiene relación con la orientación sexual de los padres o madres.<sup>79</sup>

Respecto de este punto, la Asociación Americana de Psicología ha señalado que:

En todos los estudios, la gran mayoría de los hijos tanto de madres lesbianas como de padres gay se describen a sí mismos como heterosexuales. Tomada en conjunto, la información no sugiere tasas elevadas de homosexualidad entre hijos de padres gays o madres lesbianas.<sup>80</sup>

Por otro lado, el autor menciona que las parejas del mismo sexo, no desean que sus hijos sean gays o lesbianas, para evitarles el sufrimiento y discriminación que ellos han sufrido, pues saben que con ciertos grupos, en la sociedad actual, ser homosexual puede llegar a ser difícil.<sup>81</sup> Por otro lado es necesario recordar que el ser gay o lesbiana es tan sólo una forma de comportamiento sexual.

---

<sup>78</sup> *ibidem*, pp. 775-776.

<sup>79</sup> *ibidem*, pp. 777.

<sup>80</sup> American Psychological Association, *Lesbian and gay parenting*, Washington, 2005, p. 10. Traducción libre del inglés.

<sup>81</sup> Timothy E. Lin. *op cit.* pp. 778.

**d) Los niños criados por lesbianas o gays sufrirán daños por la homofobia ajena**

De acuerdo con el Profesor Lin, uno de los “argumentos” que con mayor frecuencia se utilizan para evitar que los homosexuales adopten, es el de la “homofobia ajena”, en donde se señala que debido a la sociedad homofóbica en la que vivimos, los hijos de padres o madres homosexuales sufrirán las burlas y maltratos por parte de sus compañeros de escuela, lo que les causará graves afectaciones.<sup>82</sup>

Sin embargo, para refutar esto, sirve acudir a la historia, y recordar que hace no mucho tiempo, en los Estados Unidos existía una política de segregación racial llamada *separate but equal*, en la que se impedía que personas de raza blanca se mezclaran con las de color, latinos, asiáticos, etcétera. Sin embargo, los infantes solicitaron acceder a las escuelas de blancos, y en su momento tuvieron que entrar con el ejército, y ser objeto de las más crueles y severas burlas por parte de los padres de familia y de sus propios compañeros, pero gracias a estos primeros héroes, en este momento nadie en los Estados Unidos podría cuestionar seriamente, el compartir un salón de clases con personas latinas, de raza negra, asiáticos, judíos, católicos, musulmanes, etcétera.<sup>83</sup>

Respecto de este prejuicio la evidencia señala:

---

<sup>82</sup> *idem*.

<sup>83</sup> Véase: BROWN v. BOARD OF EDUCATION, 347 U.S. 483 (1954)347 U.S. 483 BROWN ET AL. v. BOARD OF EDUCATION OF TOPEKA ET AL. APPEAL FROM THE UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE DISTRICT OF KANSAS. \*No. 1. Argued December 9, 1952. Reargued December 8, 1953. Decided May 17, 1954.

La evidencia empírica indica que la burla [que padecen los hijos de homosexuales] no tiene efectos importantes en el menor, y que no se distingue de la burla y el acoso ‘motivados en la apariencia física, la raza, la religión, el estatus económico o cualquier otro número de otros factores.’<sup>84</sup>

Por su parte, la APA ha mencionado que:

Los resultados de investigaciones a la fecha sugieren que los hijos de madres lesbianas o padres gays tienen relaciones positivas con sus pares y que sus relaciones con adultos de ambos sexos también son satisfactorias. El retrato de los hijos de madres lesbianas que se desprende [de las investigaciones] es, en general, de participación en la vida social con sus pares, sus padres, sus abuelos, con los amigos de las madres –tanto hombres como mujeres–; homosexuales como heterosexuales. Temores acerca de que hijos de lesbianas o gays sean abusados sexualmente por sus padres, condenados al ostracismo por sus pares, o aislados en comunidades lésbicas o gays de un solo sexo no se sustentan en los resultados de las investigaciones existentes.<sup>85</sup>

Se puede observar como a los individuos gays o lesbianas se les impide acceder a ser candidatos para adoptantes, por supuestamente buscar proteger el interés superior del infante, a pesar de que la evidencia señale que no se les afecta.

Cuando se compara lo anterior con lo señalado por el procurador, las similitudes son sorprendentes, por ejemplo cuando señala que “se puede propiciar que los menores adoptados por matrimonios de personas del mismo sexo, no encuentren el ambiente más propicio y adecuado para su desarrollo”.<sup>86</sup> En su argumento la procuraduría presume la existencia de un daño que no prueba.

Por otro lado, la accionante, señala que “la emisión de leyes relativas al interés superior de la niñez, por la trascendencia que puede tener para el infante de que se trate,

---

<sup>84</sup> Timothy E. Lin, *op. cit.*, p. 780. Traducción libre del inglés.

<sup>85</sup> American Psychological Association, *op. cit.*, p. 12.

<sup>86</sup> Escrito de demanda de la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, p. 85.

debe ponderar todos los elementos existentes, como lo es el estudio de impacto psicosocial que generaría en los menores el hecho de ser adoptados por personas del mismo sexo”.<sup>87</sup> Pareciera que la procuraduría tiene miedo de que los infantes se conviertan en gays o en lesbianas, o que por la homofobia ajena, se les impida tener un adecuado desarrollo, lo cual como se demostró con antelación es infundado.

La Procuraduría General de la República, considera a priori que los niños y niñas criados en familias homosexuales sufrirán daños. Sin justificarlo, la autoridad, señaló que una familia con padres o madres gays o lesbianas, no es el ambiente más propicio y adecuado para su sano desarrollo. Por ejemplo, la procuraduría señala:

Lo anterior cobra mayor relevancia si atendemos a la posibilidad –no explorada, razonada no considerada siquiera por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal en la emisión de las normas que aquí se combaten – de que mediante modificaciones legales antes enunciadas, se pueda propiciar que los menores adoptados por matrimonios del mismo sexo, no encuentren el ambiente más propicio y adecuado para su desarrollo.<sup>88</sup>

En conclusión, se puede observar que la hipersexuación del gay o la lesbiana, ha sido generado por la narrativa preponderante, que sirvió a la creación de estigmas o estereotipos que han permanecido en el imaginario colectivo, pero que contrastándolos con las pruebas existentes, no resisten la mínima confrontación con la razón y la evidencia empírica, pues sólo son prejuicios. Las acusaciones del procurador, no encuentran sustento alguno.

Me pregunto aquí si las afirmaciones de la Procuraduría General de la República, que señalan que “la mejor condición de familia así estimada por el

---

<sup>87</sup>*ibidem*, p. 47.

<sup>88</sup>*ibidem*, p. 85.

Constituyente Permanente es la conformada por padres de distinto sexo”,<sup>89</sup> debieran acarrearle responsabilidad a la autoridad. Sobre todo por que como se demostró a lo largo de la presente, se basaron sólo en prejuicios, que se conservan en el imaginario colectivo por la hipersexuación que se ha difundido de los gays y las lesbianas.

Ya sea por una homofobia disfrazada o porque realmente se cree que se les hará daño a los infantes, en el presente caso nos encontramos ante distinciones que se pretenden realizar por cuestiones como la preferencia sexual de ciertos individuos, por lo que es necesario determinar si nos encontramos ante una categoría sospechosa o si la diferencia de trato es arbitraria. Como se mencionó, cuando el gobernante realiza estas distinciones, deben existir razones muy poderosas para ello, es decir, la autoridad debe justificar su actuar en evidencia científica contundente que permita demostrar las afirmaciones de su dicho.

Sin embargo, en la presente acción, la procuraduría se dedicó a señalar que las parejas homosexuales representaban una probable peligrosidad para los infantes, sin ofrecer la mínima prueba de su dicho, lo cual, desde mi punto de vista, se considera un acto discriminatorio de conformidad con el artículo 9 de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación. Pues cuando la autoridad busca limitar derechos y no expandirlos, a mi juicio debiera ser muy cuidadosa. En el presente caso, el procurador utilizó recursos públicos para combatir la posibilidad de que las parejas del mismo sexo adoptaren, sin fundamentar su postura, lo que constituye un acto de discriminación vedado por el artículo 1º de nuestra Carta Magna.

---

<sup>89</sup> *ibidem*, p. 97.

Ante el actuar del procurador, debiera buscarse cierta responsabilidad administrativa, o cuando menos el reconocimiento de que su proceder fue discriminatorio.<sup>90</sup> Lo que la Asamblea Legislativa del Distrito Federal autorizó, es que las parejas del mismo sexo puedan ser candidatas a adoptantes, y que no se les juzgue a priori por ser gays o lesbianas. No se afirmó que todas las parejas del mismo sexo serán padres o madres adecuados, así como no lo son todas las heterosexuales, sino que se les debe dar un trato igualitario en el proceso de adopción.

---

<sup>90</sup> Por no ser objeto de la presente, no se ahondará más en el tema, pero se señala que la CONAPRED cuenta con facultades para investigar el presente caso, y emitir una resolución en que se reconozca que la Procuraduría General de la República en su actuar discriminó.

## CAPÍTULO III

### Posición mayoritaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Antes de comenzar el análisis del presente capítulo, me gustaría mencionar, que en lo que a adopción se refiere, considero que la sentencia de la Corte es sustancial y concreta, pues analiza minuciosamente temas como el derecho a la no discriminación y el interés superior de la infancia, sin embargo, la misma podría mejorar, si se abandonara la costumbre de transcribir los argumentos de la contraparte.

#### *3.1 Libertad de configuración normativa y protección de la familia*

Uno de los argumentos esgrimidos por nuestro máximo tribunal relacionado con la protección de la familia, fue que el legislador local u ordinario tiene libertad de configuración normativa, esto es, que dentro de su ámbito de competencia, está facultado para determinar cómo se integrará la familia.<sup>91</sup>

A pesar de lo anterior, desde mi punto de vista, la Suprema Corte de Justicia implícitamente no autorizó a las legislaturas de otros estados a definir a su libre albedrío lo que debe entenderse por familia y cómo se debe conformar ésta. La Corte señaló que en nuestro sistema no puede darse cabida a un concepto de “familia ideal”,<sup>92</sup> contrario a lo señalado por el procurador, se dijo que el concepto de familia es “social y dinámico”, y que el estado debe protegerla sin importar la manera en que

---

<sup>91</sup> Engrose del Ministro Sergio A. Valls Hernández de la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, p. 128.

<sup>92</sup> *idem*.

se integre. Esto es, la protección constitucional de la familia no se restringe a un determinado modelo o estructura familiar.<sup>93</sup>

De una interpretación sistemática se puede afirmar que el Estado debe proteger a cualquier tipo de familia, no sólo a la “ideal”. El Estado debe salvaguardar no sólo a las familias heterosexuales, sino que, reconociendo la realidad social, debe evolucionar y proteger a los diversos tipos de familia existentes, como pueden ser la nuclear, monoparental, extensa u homoparental, sin importar que provengan del matrimonio o no.<sup>94</sup>

La obligación de los legisladores, es buscar la protección y desarrollo de toda estructura familiar, ya que esto incide en la protección de los derechos de la niñez, como lo es el desarrollarse dentro de un adecuado núcleo familiar, ya sea con un padre y una madre, dos padres, dos madres o uno sólo de ellos.<sup>95</sup>

No es factible, el discriminar a ciertos tipos de familias por la única condición de no encontrarse dentro de los conceptos tradicionales.<sup>96</sup>

### ***3.2 Interés superior de la niñez y su relación con la protección de la familia y el procedimiento de adopción***

Como lo señaló el procurador, la protección al interés superior de la infancia se encuentra consagrada en el artículo 4º de nuestra Carta Magna, y “es un principio que exige del Estado, en todos sus niveles de gobierno y ámbitos competenciales,

---

<sup>93</sup> *ibidem*, p. 129.

<sup>94</sup> *idem*.

<sup>95</sup> *idem*.

<sup>96</sup> Por familia “tradicional” se deberá entender la conformada por padre, madre e hijos.



que siempre se procure su pleno respeto y, por ende, constituye una directriz para la labor legislativa”.<sup>97</sup> Asimismo, es cierto que el derecho del adoptado debe prevalecer sobre el del adoptante, pero esto no puede traducirse en que la orientación sexual de una persona le reste valor a la misma, o que pudiera llegar a considerarse una característica nociva para el infante.<sup>98</sup>

Tal como se cita a pie de página, quien considere que el desarrollarse en una familia homoparental es un factor anómalo en el desarrollo de la niñez, está obligado a probar su dicho. Lo que no ha sido demostrado con seriedad en ninguna parte del mundo. Los detractores de que las parejas del mismo sexo adopten, se basan en algún dato particular o anecdótico, elevándolo a una característica de todo un grupo social.<sup>99</sup>

Quienes están en contra, basan sus afirmaciones en “generalizaciones inconsistentes”, llamadas estereotipos,<sup>100</sup> lo que es la base de ciertos prejuicios y la intolerancia.<sup>101</sup>

Si la Corte realizara esta diferenciación<sup>102</sup> basada sólo en la orientación sexual, estaría realizando actos prohibidos por el numeral primero constitucional, esto es, atentaría contra la dignidad humana, discriminando sólo por características

---

<sup>97</sup> Ministro Sergio A. Valls, *op. cit.*, p. 130.

<sup>98</sup> *ibidem*, p. 131.

<sup>99</sup> *idem*.

<sup>100</sup> Stereotyping is part of human nature. It is the way we categorize individuals, often unconsciously, into particular groups or types, in part to simplify the world around us. It is the process of ascribing to an individual general attributes, characteristics, or roles by reason only of his apparent membership in a particular group. Stereotyping produces generalizations or preconceptions concerning attributes, characteristics or roles of members of a particular social group, which renders unnecessary consideration of any particular individual members' abilities, needs, wishes and circumstances. Cook, Rebecca y Cusack Simone, *Gender stereotyping, Transnational legal perspectives*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2010, p. 1.

<sup>101</sup> Ministro Sergio A. Valls, *op. cit.*, p. 131.

<sup>102</sup> Consistente en que sólo permitiera que las parejas heterosexuales fueran candidatos a adoptantes.

subjetivas. El impedirle a las parejas del mismo sexo formar una familia, “implicaría caer en un razonamiento prohibido constitucionalmente”.<sup>103</sup>

El diferenciar tan sólo por la orientación sexual,<sup>104</sup> no sería diferente de excluir a alguien por su raza, origen étnico, religioso o económico. Así como no es necesario conocer los “efectos” que pudiera tener en un niño o niña el ser adoptado por padres indígenas, mormones, evangélicos, millonarios, o de menores recursos, está vedado analizar los “efectos” que produciría en un niño el ser adoptado por una pareja del mismo sexo. Es inconstitucional, el considerar a cierto tipo de familia como amenazante o disfuncional para la niñez.<sup>105</sup>

De acuerdo con nuestro máximo Tribunal, la salvaguarda del interés del niño, se obtiene delimitando el universo de los posibles adoptantes, sobre la base de que ofrezcan las condiciones necesarias para el cuidado y desarrollo de los infantes. El procedimiento para adoptar, realiza determinadas pruebas psicosociales y psicopedagógicas a los candidatos, las cuales sirven para determinar la viabilidad de los futuros adoptantes, y es eso y no los prejuicios lo que se debe tomar en cuenta para salvaguardar el interés superior de la niñez.<sup>106</sup>

Es importante señalar, que si bien se debe analizar suficientemente a los candidatos a adoptantes, esto no debe llegar a extremos ridículos en los que se busque la perfección de los postulantes, ya que se volvería inoperante el sistema de adopción e inclusive discriminatorio. Y aun cuando fuera posible manejar ese altísimo estándar, el mismo no permitiría excluir, por imperativo constitucional, a

---

<sup>103</sup> Ministro Sergio A. Valls, *op. cit.*, p. 132.

<sup>104</sup> Y con esto impedirle *a priori* a las parejas del mismo sexo ser candidatos a adoptantes.

<sup>105</sup> Ministro Sergio A. Valls, *op. cit.*, pp. 132-133.

<sup>106</sup> *ibidem*, p. 133.

toda una categoría de personas definidas por una sola característica, como por su orientación sexual.<sup>107</sup>

Contrario a lo expresado por el procurador, en el derecho comparado, el interés superior de la niñez, ha sido utilizado para declarar inconstitucionales a los regímenes que le impedían adoptar a las parejas del mismo sexo. La ausencia de reconocimiento de estas unidades de cuidado y educación de los niños y niñas, desprotegía los derechos de éstos.<sup>108</sup> Por poner un ejemplo, si un hijo tuviera un solo padre biológico, pero el cuidado de éste, se diera por el padre biológico y su pareja homosexual, y por determinadas circunstancias el padre biológico falleciera, el niño quedaría desprotegido si se le impediera al individuo homosexual adoptarlo, tan sólo por su orientación sexual. El interés superior de la infancia, exige asegurar las condiciones para que los niños se conviertan en adultos en escenarios familiares que les garanticen cuidado, sustento y educación.<sup>109</sup>

Conforme al fallo de la Corte, debe entenderse que esta vedado el impedirle a priori a una pareja de personas del mismo sexo el ser candidatos a adopción. El interés superior de la niñez, se garantiza mediante un adecuado proceso de selección de los candidatos, que tenga reglas claras, sea ágil y transparente.

La institución de la adopción, no sólo es una opción para quienes desean tener un hijo o hija y no pueden o no quieren biológicamente, sino que es el medio idóneo para satisfacer el derecho de todo niño y niña de tener una familia que le procure

---

<sup>107</sup> *idem.*

<sup>108</sup> *ibidem*, p. 134.

<sup>109</sup> *idem.*

asistencia, cuidado y amor, con todo lo que ello implica: educación, vivienda, vestido, alimentos, etcétera.<sup>110</sup>

De acuerdo con la Suprema Corte, la raza, la orientación sexual, el origen étnico, religioso o económico, no afectan la capacidad de una persona para ofrecer al infante el cuidado y amor debidos.<sup>111</sup> Sin embargo, el reconocer que las parejas del mismo sexo puedan adoptar, no implica que efectivamente todas serán padres o madres adecuados, lo que aplica también para las parejas heterosexuales, no es una “autorización automática e indiscriminada para adoptar”, ya que se debe seguir el procedimiento correspondiente, que garantice el interés superior del o la adoptad@.<sup>112</sup>

La manera en que se salvaguarda este interés es mediante un procedimiento que garantice que el adoptado se desarrollará en un ambiente adecuado, en donde por su parte, el juzgador deberá valorar los supuestos normativos, allegándose de los elementos necesarios para que se satisfaga el interés de la niñez.<sup>113</sup>

Más que impedir que determinados grupos de personas accedan a la adopción, los esfuerzos del Estado, debieran estar encaminados para tener procesos más eficaces, y evitar que los miles de niños desamparados continúen bajo el cuidado institucional, cuando pudieran hacerlo dentro de una familia adecuada.<sup>114</sup>

El argumento del procurador de que se discriminará a los infantes por ofrecerles una familia homosexual, en lugar de una heterosexual, es insostenible, por

---

<sup>110</sup> *ibidem*, p. 135.

<sup>111</sup> *ibidem*, p. 136.

<sup>112</sup> *idem*.

<sup>113</sup> *idem*.

<sup>114</sup> *ibidem*, p. 137.

la gran diversidad de familias existentes, incluyendo a las homoparentales, y afirmar esto, sería sostener que todos aquellos niñas y niños que crecen en familias “distintas” se encuentran en condiciones de desventaja, lo cual no es cierto.<sup>115</sup>

En un Estado democrático de derecho, el legislador debe evitar cualquier forma de discriminación e intolerancia, y no, como lo hizo la Procuraduría General de la República, utilizar recursos públicos para discriminar a un grupo de personas, pues estos son aportados por todos los contribuyentes, y su uso se debiera regir bajo estrictos parámetros para evitar su indebida utilización.

En el derecho comparado, se ha observado que el reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo, como puede ser el matrimonio y la adopción, genera una mayor aceptación y respeto por parte de la comunidad, fortalece la pluralidad social, y la integración de las personas homosexuales en todos los ámbitos.

El acto, por el que el procurador, pretende excluir o negar a las parejas del mismo sexo debiera ser castigado legalmente con rigor, pues constituye discriminación, violencia y segregación homofóbica.<sup>116</sup>

### ***3.3 El dinamismo en el derecho***

Respecto de este punto, nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación, señaló que es necesario recordar que las sociedades son dinámicas, por poner algunos ejemplos, las parejas interraciales eran mal vistas, los hijos de madre soltera o padres

---

<sup>115</sup>*idem.*

<sup>116</sup>*ibidem*, p. 138.

divorciados, o inclusive que los blancos convivieran en las escuelas con otras minorías, sin embargo, hoy en día no hay quien sostenga con seriedad estos prejuicios.<sup>117</sup>

La Corte, como tribunal constitucional debe establecer criterios para no discriminar por lo que aceptar los argumentos del procurador, referentes a que las parejas homosexuales no pueden ser candidatos a adoptantes,<sup>118</sup> implicaría “constitucionalizar” la discriminación.<sup>119</sup>

El no reconocer las realidades sociales de las nuevas estructuras familiares, no hace más que desproteger a ciertos individuos, a *contrario sensu*, el reconocerlas implica proteger los derechos y obligaciones de sus integrantes.

En México, las familias homoparentales constituyen una realidad, y la protección de sus miembros, en especial de los infantes, debiera ser una prioridad, ya que el no reconocerles derechos los puede afectar gravemente. Para ejemplificar este punto sirve acudir a la cita 11 de la sentencia que aquí se estudia:

Por mencionar algunos ejemplos de lo anterior, los niños procreados o adoptados por matrimonios heterosexuales legalmente reconocidos tienen una parentalidad jurídica completa, con goce de todos los derechos; mientras que los niños de familias homoparentales sólo tendrán un padre o una madre legal. Si éste (a) llegara a faltar, la pareja no puede asumir los mismos derechos y obligaciones para con los hijos. (...) Las familias homoparentales no son una mera posibilidad, constituyen una realidad social desde hace años.<sup>120</sup>

---

<sup>117</sup> *idem.*

<sup>118</sup> Por la sola razón de preferir a las personas de su mismo sexo.

<sup>119</sup> Ministro Sergio A. Valls, *op. cit.*, p. 139.

<sup>120</sup> *idem.*

Qué le pasaría a un hijo que se encontrara bajo el cuidado de su padre biológico y su pareja homosexual, en caso de que su progenitor llegare a faltar por incapacidad o muerte. Lo más probable es que fuera entregado a sus demás familiares o inclusive puesto bajo el cuidado institucionalizado, cuando el infante toda su vida ha percibido como su padre o madre a la pareja de quien falleció.<sup>121</sup>

Si la Suprema Corte no le reconociera efectos a estas familias, dejaría en inseguridad jurídica a sus miembros, lo que sí violentaría el interés superior de la niñez y pondría en juego su sano desarrollo.

### ***3.4 Inversión de la carga de la prueba***

Nuestro más alto tribunal señaló que la “argumentación” de la Procuraduría General de la República, es en sí misma discriminatoria y se apoya en prejuicios, ya que no acompaña documentos o análisis científicos que apoyen sus manifestaciones.<sup>122</sup> Inclusive se menciona que la evidencia científica existente es contraria a lo sostenido por el accionante.<sup>123</sup>

Es decir, el procurador “no realizó la mínima investigación que él mismo solicita” pues toda la evidencia seria señala exactamente lo contrario a lo afirmado por él. El accionante se limita a acusar el probable daño que se ocasionaría en los infantes, sin embargo, no ofrece ninguna prueba de su dicho.

---

<sup>121</sup> *ibidem*, p. 140.

<sup>122</sup> *idem*.

<sup>123</sup> Ya que la misma señala que no se le genera ningún daño a los infantes por el hecho de ser adoptados por parejas del mismo sexo.

Esto es, en violación de la presunción de inocencia, y de manera discriminatoria, señala que la orientación sexual de las personas implica cierta peligrosidad o daño a los infantes, incluso antes de que se “ocasionen” el mismo.<sup>124</sup>

La procuraduría exige que las parejas del mismo sexo prueben su aptitud para ser buenos padres o madres. Su dicho, parte de la premisa de que la familia heterosexual es el ambiente más adecuado para el desarrollo del infante, olvidando que es necesario analizar caso por caso.

En muchos de los casos estas familias “ideales” se conforman por padres drogadictos, abusadores o miembros alcohólicos, por lo que la aptitud para ser buenos padres o madres debiera analizarse para cada adoptante, y no discriminar a priori por la orientación sexual.

A dicho de la Corte, la procuraduría no ofreció elementos para sostener una duda razonable sobre la “presunta afectación” que se generaría en los infantes. Tal como lo mencionó el ministro Arturo Zaldívar, al encontrarse frente a una categoría sospechosa, el juez constitucional debe exigir pruebas científicas y argumentos suficientes que justifiquen el otorgarle un trato diferenciado a un determinado grupo de personas.

Las reformas a los artículos 146 y 391 del Código Civil para el Distrito Federal, contrario a lo señalado por el procurador, protegen el interés superior de la niñez, pues si se aumenta el universo de posibles candidatos, necesariamente crecerá el número de posibles adoptantes, lo que incrementará

---

<sup>124</sup> Ministro Sergio A. Valls, *op. cit.*, p. 141.



las posibilidades de que las niñas y los niños se desarrollen en un adecuado ambiente familiar. Lo anterior no implica que todas las parejas del mismo sexo vayan a ser padres o madres adecuados, así como no lo son todas las parejas heterosexuales.

## CONCLUSIONES

Las conclusiones a las que lleva la investigación y análisis hasta aquí expuestos son las siguientes:

a) La Procuraduría General de la República fundó sus pretensiones en estereotipos que han devenido en prejuicios contra los gays y las lesbianas.

Para que el Estado pueda hacer distinciones entre un grupo de personas apoyado en una “categoría sospechosa”, como en el presente caso es la orientación sexual, deben existir razones fundadas que justifiquen ese trato diferenciado. Y en esta acción de inconstitucionalidad, se demostró que la evidencia empírica refuta al procurador, pues se ha observado que los padres o madres homosexuales tienen la capacidad de ser tan adecuados como las parejas heterosexuales, pues lo que determina la viabilidad de un adoptante no es su orientación sexual.

Se observó como escudados en el interés superior de la infancia, muchos grupos buscan impedir el reconocimiento de las uniones entre gays y lesbianas, y sus efectos. Hacen parecer que está bien ser homosexual, siempre que esto se esconda ante la sociedad.

Tal como lo establece nuestro sistema normativo vigente, es un derecho de la niñez el desarrollarse en una adecuada familia, en donde se le procure respeto, ayuda, amor, responsabilidades, obligaciones y cariño, y por consiguiente una obligación positiva del Estado el procurar encontrarle un núcleo familiar funcional al infante que no lo tenga.

b) De acuerdo con nuestro máximo Tribunal, la manera en que se salvaguarda el interés superior de la niñez, no es excluyendo a priori a un determinado grupo, sino mediante un adecuado procedimiento de adopción.

El impedirle a los padres o madres homosexuales ser candidatos a adopción, en realidad desprotege el interés superior del infante, pues limita el universo de selección de posibles adoptantes e imposibilita que muchos infantes cuenten con una familia adecuada.

La protección más que ser sustantiva, es procedimental, mediante una selección razonable de padres o madres adecuados, en un proceso ágil. Tal como se señaló con anterioridad, si es derecho de la niñez el crecer en un ambiente familiar, y en el proceso de adopción el interés preponderante es el de la infancia, el Estado se encuentra obligado a fomentar mecanismos como la adopción, no a restringir a priori a quienes pudieran ser buenos padres o madres.

Lo que la Asamblea Legislativa aprobó no fue un permiso indiscriminado para que las parejas del mismo sexo adopten, tan sólo reconoció la posibilidad de que sean evaluados como cualquier otro candidato, para que sean las pruebas psicosociales y psicopedagógicas las que determinen la posibilidad de ser un buen adoptante. Es claro que no todas las parejas del mismo sexo resultarán candidatos adecuados, al igual que no lo serán todos los heterosexuales que apliquen.

Si se permite que más personas apliquen como candidatos a adoptantes, mayores serán las posibilidades de encontrar a buenos o padres o madres para quienes tanto lo necesitan.

c) Desde mi punto de vista, considero que existen elementos serios y razonables para imputar algún tipo de responsabilidad al ex Procurador General de la República Arturo Chávez Chávez, puesto que la Suprema Corte afirmó expresamente, que los “argumentos” del accionante son sólo prejuicios, que no cuentan con ningún sustento y que son en si mismos discriminatorios. Inclusive el actuar de la procuraduría, más que salvaguardar el interés superior de la infancia, lo está afectando, pues al buscar sacar a priori a toda una categoría de individuos por sus características subjetivas, está reduciendo directamente el número de candidatos y con ello afectando el derecho que tienen los infantes a contar con una familia adecuada.

En un estado democrático moderno no es factible que se utilicen recursos públicos para presentar demandas homofóbicas, puesto que dentro del universo de los gobernados existe todo tipo de individuos. Lo lógico y esperable, sería que la procuraduría utilizara sus facultades para impugnar cuando a cierto grupo se le impide el acceso a determinadas instituciones, no cuando se les amplía el reconocimiento de libertades a grupos vulnerables.

El actuar de la procuraduría debiera generar algún tipo de responsabilidad, ya sea administrativa, o un reconocimiento de que el organismo discriminó a un grupo de personas. Esto debido a que el proceder del procurador no ayudó en nada al interés superior de la niñez, y sí buscó dar un trato diferenciado a todo un grupo, por la sola razón de preferir a los de su mismo sexo. El Estado más que tratar de limitar derechos, debe buscar ampliar libertades, estando obligado además a tener mucho cuidado al utilizar su poder a

través de sus instituciones, pues su uso sólo es legítimo cuando se apoya en el espíritu de las leyes.

## BIBLIOGRAFÍA

- Calvo Caravaca, Alfonso Luís y Blanco-Morales Limones, Pilar (coords), *Globalización y derecho*, Madrid, Colex, 2000.
- Ferrajoli Luigi, *Derecho y razón, Teoría del Garantismo Penal*, Trotta, Madrid, 2006.
- Martínez Torres Calvo, Claudia Mónica, *La adopción internacional, una figura jurídica para proteger los derechos fundamentales del niño: instrumentos jurídicos internos e internacionales que regulan en México*, UNAM, Campus Acatlán, tesis profesional, México, 2003.
- Mirabent, Vinyet, *Adopción y vínculo familiar*, Ediciones Paidó, Barcelona, 2005.
- Nuria González Martín, *Adopción internacional. La práctica mediadora y los acuerdos bilaterales (referencias hispano-mexicanas)*, IJ- UNAM, México, 2006.
- Nuria [...], *Estudios sobre adopción Internacional*, UNAM, México, 2001.
- Salina Beristáin Laura y Gallo Campos Karla I., *Protocolo teórico-metodológico para la verificación del grado de protección legislativa de los derechos de la infancia en México, Fundamentos jurídicos y argumentos doctrinales*, UNIFEM, UAM, México, 2006.
- SCJN, *Las garantías de libertad*, 2ª ed., Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2010.

## HEMEROGRAFÍA

- American Psychological Association, *Lesbian and gay parenting*, APA, Washington, 2005.
- Corinna Csáky, *Keeping Children Out of Harmful Institutions*, Save the Children Fund, Londres, Reino Unido, 2009.
- Lin, Timothy E., *Social norms and judicial decision making. Examining the role of narratives in same sex adoption cases*, Columbia Law Review, Vol. 99, No. 3 (Apr., 1999).
- Rouast, André, *Evolución moderna de la Adopción en Francia*, [citado 28-05-12], disponible en internet. Acervo de la Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Ruiz Ortega, Antonio Hazael, *Estudio comparativo del perfil de los internos por el delito de violación en el Sistema Penitenciario de la Ciudad de México*.