



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

**FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL**

**PROPUESTA DE ADICIÓN AL ARTÍCULO 390 DEL
CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL COMO
PROTECCIÓN AL MENOR EN LA ADOPCIÓN**

T E S I S

**QUE PARA OPTAR AL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

P R E S E N T A:

DULCE MARÍA BALBUENA CARRILLO

ASESORA: DRA. MARÍA LEOBA CASTAÑEDA RIVAS



CIUDAD UNIVERSITARIA

2010



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

PADRES:

Los amo, porque gracias a ustedes, terminé mis estudios profesionales, guiándome por el buen camino, para ser una hija y profesionista digna.

A MI ESPOSO:

Apoyo y compañero incondicional
en todo momento,
especialmente, en esta etapa de mi
vida, en la que finalmente, logramos lo
propuesto.

PARA MI HERMANO:

Por todo tu apoyo solidario y fraternal.

PARA LA UNAM:

Formadora de hombres y mujeres profesionistas capaces.

¡Gracias!

A TI, FACULTAD DE DERECHO:

Es un honor pertenecer a ésta H. Casa de Estudios, hoy por hoy, la mejor de América latina.

A LA DRA. MARÍA LEOBA CASTAÑEDA RIVAS:

Brillante exponente del Derecho Familiar,
sus enseñanzas en las aulas, son un legado invaluable,
que ahora forman parte de mi desarrollo profesional,
gracias por su tiempo y dedicación porque la Universidad, se conforma
con personas valiosas como Usted.

A TODOS MIS MAESTROS:

Quienes con paciencia y sabiduría transmitieron sus
conocimientos en mi persona.

**PROPUESTA DE ADICIÓN AL ARTÍCULO 390 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL
DISTRITO FEDERAL COMO PROTECCIÓN AL MENOR EN LA ADOPCIÓN**

PRÓLOGO.....I
INTRODUCCIÓNIII

**CAPÍTULO PRIMERO
ANTECEDENTES DE LA ADOPCIÓN**

A. En Roma..... 1
B. Francia.....8
C. España..... 14
D. México.27
E. Concepto de adopción.....33
F. La familia mexicana y su aceptación a las relaciones homosexuales.37

**CAPÍTULO SEGUNDO
IMPORTANCIA DE LA FAMILIA EN EL DESARROLLO DEL MENOR**

A. Estructura y conformación de la familia actual..... 41
B. La familia en la sociedad, sus derechos, relaciones y consecuencias.50
C. Desarrollo de la personalidad del niño.....56
D. Identidad sexual del menor..... 61
E. Derecho al normal desarrollo psico-sexual del niño.67
F. Patrones de la conducta homosexual.....76
G. Trastorno psicológico o una manera distinta de vivir el sexo.....81

**CAPÍTULO TERCERO
PATRIA POTESTAD Y ADOPCIÓN**

A. Concepto de patria potestad..... 88
B. Características de la patria potestad.91

1. Derechos y deberes de la patria potestad.	96
2. Causas de extinción, pérdida y suspensión de la patria potestad.	101
3. Adopción.....	105
4. Requisitos y procedimientos para adoptar.....	109
C. Lo que establece la Suprema Corte de Justicia de la Nación al respecto. ..	111

CAPÍTULO CUARTO

PROPUESTA DE ADICIÓN AL ARTÍCULO 390 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL COMO PROTECCIÓN AL MENOR EN LA ADOPCIÓN

A. Situación real de acceso a la paternidad, maternidad o adopción de las personas homosexuales.....	116
B. Artículo 1º constitucional.....	123
C. Lo que establece el artículo 2º del Código Civil para el Distrito Federal.....	124
D. Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal.	126
E. Regulación vigente a nivel mundial.	130
F. La adopción de menores por homosexuales.	134
G. Propuesta de adición al artículo 390 del Código Civil para el Distrito Federal como solución a la problemática planteada.	141
CONCLUSIONES	145
BIBLIOGRAFÍA	150

PRÓLOGO

Sin lugar a dudas, los temas de derecho familiar, siempre causan polémica, sobre todo, porque la familia, es la base fundamental de la sociedad y más aún, porque dentro de ésta encuentran campo fértil todas las controversias derivadas de la convivencia familiar y ejercicio de la autoridad paternal y maternal. Por ello, al hablar de temas como homosexualismo y lesbianismo, son tópicos, que en la actualidad, han cobrado relevancia, sobre todo, que en el Distrito Federal, está por aprobarse el matrimonio entre homosexuales, más sin embargo, nosotras como conservadoras de las buenas costumbres de la moral y el derecho, estamos en contraposición con dichos actos.

Lo anterior, no es con el propósito de discriminar a las personas con preferencias sexuales diferentes, porque todo individuo tiene derecho a manifestar su sexualidad, pero, cuando se pretende hacer uso de un derecho, que ponga en peligro el derecho o los derechos de terceros, es, cuando debe intervenir el derecho en general y en específico, el derecho familiar para resolver conforme a los principios, constitucionales de derecho y del derecho internacional, los conflictos que de la familia o por la conformación de ésta, se deriven.

En esta época de expansión y apertura, la familia sigue siendo por mucho el pilar de valores de la sociedad, ya que dentro de ella se forjan los hombres y mujeres del mañana, asimismo, los menores, necesitan un ambiente sano y estimulante, que los provea de todo lo necesario para crecer y desarrollarse de

forma normal, en todos los aspectos; pero cuando esos menores, por circunstancias de la vida no cuentan con una familia, es el Estado el encargado de satisfacer esas necesidades y buscarles un hogar, una familia a los que puedan adaptarse, y es este, quien a través de ciertos requisitos, decide quiénes están capacitados para encargarse de esos niños, buscando en todo momento su bienestar. Por ello, no debemos correr riesgos en dar en adopción a menores a los homosexuales, siendo que existen miles de parejas heterosexuales para adoptar.

INTRODUCCIÓN

Desde siempre, existen personas que desean adoptar a menores para integrarlos a un hogar. Normalmente son parejas heterosexuales, pero de un tiempo a la fecha, diversos grupos de homosexuales y lesbianas, aduciendo tener derecho a ello, pretenden que se les otorguen menores en adopción, por ello, el tema en estudio, lo denominé, PROPUESTA DE ADICIÓN AL ARTÍCULO 390 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, COMO PROTECCIÓN AL MENOR EN LA ADOPCIÓN.

Este trabajo no pretende juzgar sobre la bondad o la maldad de las relaciones homosexuales, ni de obstruir, el ejercicio de los derechos que les corresponden como seres humanos; sin embargo, es claro que algunos de los derechos que pretenden, y más aún, el de adoptar a menores, está en contraposición con los derechos de los propios infantes, quienes llevan el estigma de ser hijos no deseados, por lo que fueron abandonados o que sus padres biológicos hayan fallecido, o de múltiples circunstancias, para que les sea aunado, sin pedirlo, el hecho de que su padre y madre sean una pareja del mismo sexo, con toda la problemática sexual, social e ideológica que ello implica.

La investigación quedó dividida en cuatro capítulos, donde condenso la parte medular de la tesis. El primero, habla de los antecedentes de la adopción, en Roma, Francia, España y México, precisando el concepto de adopción, así como la aceptación de la familia mexicana a las relaciones homosexuales. El capítulo

segundo, precisa la importancia de la familia en el desarrollo del menor, desde cómo está conformada el papel que la familia tiene en la sociedad mexicana y cómo, influye en el desarrollo de la personalidad del menor, en su identidad sexual, pero sobre todo, el derecho que el infante tiene a desarrollarse psicológica y sexualmente.

En el capítulo tercero, señalamos la importancia de la patria potestad y adopción, señalando su concepto, caracteres, derechos y deberes, así como las causas de extinción, pérdida y suspensión de la patria potestad, los requisitos para adoptar y lo que establece al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Finalmente, en el capítulo cuarto, planteo la propuesta de adición al artículo 390 del Código Civil para el Distrito Federal, con el propósito de proteger al menor e interés superior, cuando es adoptado, en el entendido que, la sociedad mexicana, no está preparada para aceptar las relaciones homosexuales, ni que homosexuales ni lesbianas, adopten a menores, por ello, en el presente trabajo establecemos los fundamentos filosóficos, sociológicos, psicológicos y jurídicos que ayuden a ver con claridad dicho problema, planteando como solución la adición al artículo 390 del Código Civil para el Distrito Federal del año 2000, para que este sea un obstáculo a las parejas homosexuales que pretendan adoptar, a pesar de que las reformas sobre esta materia promulgadas el 28 de diciembre del 2009 entren en vigor a partir de marzo del año en curso.

CAPÍTULO PRIMERO

ANTECEDENTES DE LA ADOPCIÓN

En la antigüedad, la causa principal para la existencia de la adopción, era eminentemente religiosa. La creencia dominante en los albores de la humanidad de la persistencia de la vida después de la muerte, exigía dejar sobre la tierra herederos que rindieran culto a los muertos, el rito religioso, sin el cual, el alma moría irremisiblemente, o vagaba entre los vivos como alma en pena y se convertía en espíritu vengativo propiciador de males, mientras no se le rendían las ceremonias y ofrendas que le devolvieran la paz. Como la religión en aquellas remotas épocas era de carácter puramente familiar, los únicos que podían rendir el culto debido a los muertos eran sus descendientes que quedaban en la tierra. De aquí, la necesidad de procrear hijos propios, y cuando ello era negado por la naturaleza, o los hijos habían muerto antes que el padre, se creaba la relación paterno filial a través de la adopción.

Por lo expuesto, será conveniente citar algunos antecedentes de la adopción en Roma, Francia, España y México, para así precisar su concepto y de igual forma, señalar la aceptación de la familia mexicana respecto a las relaciones homosexuales.

A. En Roma.

De acuerdo con Jacques Ellul: “Desde el primitivo Derecho Romano hasta la época de Justiniano, se regularon dos formas de adopción: la *adoptio* y la

arrogatio, ésta anterior a la *adoptio* y con los caracteres y finalidades propias de una organización social definitivamente arcaica”.¹

Así, en el Derecho Romano, la adopción era una de las fuentes de la patria potestad, entendiéndose por ella, aquella institución de derecho civil cuya finalidad es establecer determinadas relaciones de carácter *agnático* semejantes a las existentes entre el *paterfamilias* y el *filiusfamilias*.

De esta manera se introduce en la familia y queda bajo la autoridad de su jefe, una persona que en la mayor parte de los casos no tiene ningún tipo de parentesco *cognático* con él.

La adopción, fue frecuente en las familias romanas, como ya sabemos, la familia se fundaba en el parentesco *agnático* creado por línea masculina; por tanto, era necesario establecerlo a fin de que la familia no desapareciese. Por otro lado, debido a que la patria potestad se establecía principalmente como consecuencia de las *iustae nuptiae*, era necesaria la adopción para la continuidad de la familia cuando no había hijos.

Como ya dijimos, existían dos clases de adopción, la *arrogatio* o adrogación es la forma más antigua de adoptar; data prácticamente de los orígenes de Roma. Por medio de ella se permitía que un *paterfamilias* adquiriera el derecho de ejercer la patria potestad sobre otro *paterfamilias*.

¹ ELLUL, Jacques. Historia de las Instituciones en la Antigüedad. 20ª ed., Ed. Aguilar, Madrid, España, 1998. p. 408.

Lo anterior, era trascendental y de suma importancia puesto que acarrearía la desaparición de una familia con todas las consecuencias que esto implica era necesario someterlo a varias consideraciones, tanto desde el punto de vista religioso como del social y político.

Desde la perspectiva religiosa, se debía notificar la decisión de la futura adrogación a los pontífices, para que éstos la aprobasen ya que la consecuencia inmediata que les afectaría, sería la desaparición de un culto familiar determinado.

Por otro lado, era necesario informar del caso a los comicios por curias a efecto de que en ellos se votase a favor o en contra de la adrogación, para lo cual el magistrado que presidía el *comicio* dirigía tres rogaciones al futuro *adrogado* a fin de que recapitase sobre el hecho; si éste insistía, se procedía a votar. Si la votación era afirmativa, el *adrogado* renunciaba solemnemente a su culto privado, acto que se conoce con el nombre de *detestatio sacrorum* y aceptaba el perteneciente a su nuevo *pater*.

Según Wolfgang Kunkel fue: “A partir del siglo III, en la época del emperador Diocleciano, se suprimieron todas estas solemnidades y fue suficiente con una autorización del emperador para poder llevar a cabo la adrogación”.²

Una vez cumplidos los requisitos del caso, el adrogado quedaba bajo la autoridad paterna del adrogante, al igual que las personas estuvieron sometidas a

² KUNKEL, Wolfgang. Historia del Derecho Romano. 6ª ed., Ed. Ariel, Barcelona, España 2002. p. 164.

dicha autoridad, el adrogante, disponía desde ese momento de los bienes del adrogado.

En los primeros siglos de Roma estuvo absolutamente prohibida la adrogación *sui iuris* impúber, ya que se consideró que éste no tenía la suficiente madurez para realizar un acto de esta naturaleza y lógicamente era algo que el tutor no podía decidir por él.

Asimismo, Wolfgang Kunkel dice que: “A partir del emperador Antonino el Píadoso sí fue posible el llevar a cabo este tipo de adrogaciones pero con características especiales; esto es, si al momento de llegar a la pubertad el adrogado decidía que el acto de la adrogación celebrada no era conveniente a sus intereses, podía dirigirse al magistrado para cancelarla y recobrar su calidad de *sui iuris*. Lógicamente, recuperaba la administración y disponibilidad de sus bienes”.³

Como podemos ver, la adopción en Roma, era difícil que se otorgara a un *sui iuris*, mucho menos a un homosexual, a pesar de que los homosexuales, eran preferidos por varios ciudadanos romanos como sus parejas sexuales; es más, en atención a que la adopción, era una imitación de la naturaleza para aquellos que les fue negado procrear, era injusto que un menor fuera adoptado por un homosexual.

A través de la *arrogatio* se incorporaba a una familia a un sujeto *sui iuris*, el que entraba al nuevo grupo con todos los *alieni iuris* sujetos a su potestad. Era

³ Ibidem. p. 165.

pues la arrogación, una forma de incorporar todo un grupo familiar a otro. Los fines de la arrogación eran preponderantemente políticos en razón de la mayor importancia que adquiriría la familia al crecer como unidad religiosa, económica y militar. La importancia de la arrogación requería de procedimientos complicados, solemnes y sacramentales para su establecimiento.

La *adoptio* o adopción, era el procedimiento mediante el cual, el *paterfamilias* adquiría la patria potestad sobre el *filiusfamilias* de otro *pater*, el cual tenía que dar su consentimiento para que este acto se llevara a cabo.

Era un acto de menor repercusión de la *arrogatio*, motivo por el cual no intervenían los pontífices ni los comicios por curias, aunque no dejaba de entrañar riesgos para el adoptado, sobre todo en materia sucesoria.

Para Michel Villey: “La adopción se llevaba a cabo mediante tres ventas ficticias de la persona que se daba en adopción, ya que debemos tener presente que el *paterfamilias* que vendía tres veces a su hijo perdía la patria potestad sobre él, regla establecida desde la Ley de la XII Tablas”.⁴

Realizadas estas ventas, el adoptante reclamaba ante el pretor el derecho de ejercer la patria potestad sobre aquella persona que iba a adoptar.

Este procedimiento que implicaba un simulacro de emancipación, el *paterfamilias* que cedía la patria potestad figuraba como demandado.

⁴ VILLEY, Michel. El Derecho Romano. 4ª ed., Ed. Depalma, Buenos Aires, República de Argentina, 1995. p. 59.

Justiniano simplificó este procedimiento ficticio de venta y fue suficiente con una simple manifestación de voluntad de los dos *paterfamilias*, expresada ante un magistrado.

De lo expuesto se infiere, que la adopción, entrañaba riesgos para el adoptado, puesto que desde el momento en que desaparecía la relación *agnática* con su familia, perdía todos los derechos a la sucesión cuando el *paterfamilias* muriese; y si tenemos en cuenta que el padre adoptivo lo podía emancipar, perdía también los derechos sucesorios que se habían establecido como consecuencia de la adopción.

“Fue, hasta la época de Justiniano cuando se reformó la ley y se presentan dos situaciones diferentes para que el adoptado no quede desprotegido: por un lado, en aquellos casos en que el adoptante es extraño a la familia, el adoptado adquiere derechos a la sucesión de su anterior familia, en caso de que existiese una emancipación”.⁵

Como podemos ver, ya en esta época se protegía el patrimonio del adoptado, así como su seguridad, e inclusive, el adoptado, tenía que serlo de una familia bien habida y conformada donde reinara el bienestar económico, moral y emocional.

Para el caso, en que el adoptante fuere un ascendiente, los peligros disminuían, pues aunque existía una emancipación, subsistía el lazo que se

⁵ MONTES, Ángel Cristóbal. Curso de Derecho Romano. 18ª ed., Ed. Universidad Central de Venezuela, Caracas Venezuela, 1999. p. 631.

tomaba en cuenta en el momento de abrirse la sucesión. “En un principio no era necesario el consentimiento del adoptado para llevar a cabo la adopción, pero también con Justiniano cambió esta situación, y si bien no era necesario su consentimiento expreso, cuando menos era menester que estuviese de acuerdo. La legislación Justiniana señala que el adoptante debía tener cuando menos 18 años más que el adoptado”.⁶

De lo expuesto, se infiere que mediante la *adoptio* se incorporaba a la nueva familia a un sujeto *alieni juris*. Significaba salir de la patria potestad primitiva para entrar dentro de la esfera del nuevo *pater*.

Este acto, se realizaba frente al magistrado, con la expresión del consentimiento del adoptante, del adoptado y de quien lo tenía bajo su patria potestad. El adoptado se desligaba totalmente de su familia de origen y pasaba a ser parte de la nueva familia a cuyos dioses debía rendir culto.

De acuerdo a la hipótesis citada, el adoptado no podía regresar a su familia de origen y únicamente podría reincorporarse a ella si dejaba en su lugar en la familia del adoptante a un hijo propio, pero en este caso se desligaba totalmente de este hijo. Bajo el imperio de Justiniano surgieron dos tipos diferentes de adopción: la adopción plena con las características ya señaladas del derecho antiguo y la adopción menos plena que no desvinculaba al adoptado de su familia de origen ni hacía cambiar la patria potestad. Los efectos de esta segunda forma de adopción eran únicamente patrimoniales, consistentes en el derecho a heredar

⁶ Ibidem. p. 632.

que adquiriría el adoptado con respecto al *paterfamilias* adoptante. Con otras palabras, podemos decir, que la adopción de infantes por homosexuales, en Roma no se permitió y por ser aquella un acto de piedad era mal vista por la sociedad romana de esa época.

B. Francia.

En Francia fue hasta el periodo posrevolucionario, en el que se señala una influencia de las instituciones del Derecho Romano, cuando aparece un interés especial en la adopción.

Respecto a los antecedentes de la adopción en Francia, Julien Bonnecase precisa que con “la reaparición del instituto de adopción por primera vez en 1792, en que Rougier de Levengerie solicita a la Asamblea Nacional se dicte una ley al respecto si bien se atribuye por la generalidad de los autores franceses a la fascinación que los recuerdos de la antigüedad romana ejercían en la época de la revolución, quizá no se hubiere plasmado en el Código de no mediar su enfática defensa por Napoleón Bonaparte, entonces Primer Cónsul, de quien se dice, pensaba verosímilmente en asegurarse una descendencia por medio de la adopción”.⁷

Con lo anterior se pretendía, que el padre adoptante obtuviera en el corazón del hijo adoptado la preferencia sobre el padre natural, porque si la adopción no debe hacer nacer entre adoptante y adoptado las afecciones y los

⁷ BONNECASE, Julien. Tratado Elemental de Derecho Civil. Vol. 1. 1ª ed., Biblioteca Clásicos del Derecho, Ed. Harla, México, D.F., 2001. p. 261.

sentimientos de padre e hijo, el establecer una imitación perfecta de la naturaleza, sería inútil establecerla.

El 4 de junio de 1793, se presentaron a la asamblea los lineamientos más generales de aquel proyecto, cuya autoridad se atribuye a Cambaceres, como miembro informante de la comisión de legislación de la asamblea; la adopción se organiza sobre las siguientes bases según el autor antes citado:

- “a) Sólo comprende a los menores (o menor impúberes);
- b) Es revocable, llegando a la mayoría de edad del adoptado y dentro del año siguiente a ésta;
- c) Extingue los vínculos de parentesco con la familia de origen o consanguínea del adoptado salvo la subsistencia de la obligación alimentaria del adoptado con sus padres, pero;
- d) El vínculo que crea la adopción se limita al adoptante (o adoptantes en caso de tratarse de cónyuges), sin extenderse a los consanguíneos en línea recta o colateral de aquél;
- e) Por la revocación de la adopción, el adoptado vuelve a su familia de origen, como si la adopción no hubiere tenido lugar”.⁸

El Código Napoleón, reglamentó tres formas de adopción: la ordinaria, la remuneratoria y la testamentaria. La primera, era la común. La remuneratoria, es la destinada a premiar actos de arrojo o de valor, como en casos de salvamento durante naufragios, incendios, combates, etcétera; el artículo 2345 la establecía

⁸ Ibidem. pp. 361 y 362.

para quien hubiera salvado la vida del adoptante. Aquí la adopción fue autorizada como una forma de remunerar al adoptado que salva la vida del adoptante. La testamentaria, era la adopción permitida al tutor que después de cinco años de conferida la tutela, y creyendo aproximada su muerte antes de que su pupilo fuera mayor edad, podía adoptarlo.

Los requisitos para adoptar, en el Código Napoleón, eran: En relación al adoptante, éste debería haber cumplido cincuenta años, tener quince años más que el adoptado y no tener descendientes legítimos en el momento de la adopción. El adoptado, debía prestar su consentimiento por lo que era indispensable ser mayor de edad y así se abandona la idea de adopción de menores. Antes de los veinticinco años era menester contar con la autorización de sus padres y después de esta edad solicitar su consejo. Como contrato solemne que era debía celebrarse ante Juez de paz.

De lo anterior se infiere, que a pesar de no prohibirse la adopción a los homosexuales, tampoco era permitida, y aunque no constara en la ley, se tenía como un requisito sobreentendido de no procedencia en atención a que la adopción, a pesar de ser un acto de piedad e imitación de la naturaleza, se pretendía que fuera lo más benéfica para el menor. En términos generales, era una forma de proteger al infante o adoptado, de posibles abusos por su adoptante o la familia de éste.

Con relación a los efectos encontramos los siguientes: El adoptado agrega al suyo el nombre del adoptante. Hay obligación recíproca entre adoptante y

adoptado en la prestación de alimentos. Se confieren al adoptado, condiciones de hijo legítimo, con derecho a heredar aun cuando nacieran después hijos legítimos. Se establecen impedimentos matrimoniales entre adoptante y adoptado y sus descendientes.

Las disposiciones del Código Napoleón hicieron que la institución no se arraigara en las costumbres, y se observó un número reducido de adopciones en Europa. No tuvo mucha trascendencia. La imposibilidad de adoptar menores de edad, hizo que fuera una institución poco aceptable, al no cumplir finalidades en beneficio de los menores.

En Francia, se mejoró la ley con la reforma del 19 de junio de 1923, completada por la ley del 23 junio de 1925. A partir de entonces fue posible en ese país la adopción de menores y se suprimieron las formas de adopción remuneratoria y testamentaria.

Con la reforma de 1957 a la Ordenanza 58-1306 del 23 de diciembre, se redujo a treinta años de edad la mínima del adoptante casado, suprimiendo este requisito cuando la mujer estuviere imposibilitada para engendrar, disponiendo también que la supervivencia de hijos posteriores al acogimiento no impedía la adopción del acogido. La reforma sustancial y armónica de la institución se ha llevado a efecto por la ley del 11 de junio de 1966, con los decretos del 2 de diciembre de ese mismo año y 2 de enero de 1967 al dar nueva redacción al título VII del libro I del Code, bajo la rúbrica de la filiación adoptiva. La reforma que ha

reducido a dos clases la adopción: la simple (equivalente a la anterior sin ruptura de lazos familiares) y la plena que se funda con la ruptura de lazos familiares.

Planiol comenta que la legitimación adoptiva, tuvo tres objetivos principales: “Resolver los conflictos que se plantean entre el adoptante y la familia de sangre del adoptado; garantizar los derechos de esta familia del adoptado; y ampliar el número de personas que pueden ser adoptadas”.⁹

De las adopciones citadas, se infiera que podían adoptar los mayores de treinta y cinco años, pero si la adopción era conjunta, (los dos cónyuges), bastaba que uno de ellos tuviera treinta años. Lo anterior, en atención a que el adoptante tuviera por lo menos quince años más que el adoptado, bastando diez, si se trataba de adoptar el hijo del otro cónyuge; y se requiere no tener descendientes, salvo dispensa del Presidente de la República.

“La adopción siempre la confiere el Juez de gran instancia y el auto se inscribe en el Registro Civil; la plena exige previo acogimiento con fines de adopción que no puede autorizarse sino hasta después de tres meses de la exposición del niño con objeto de tratar de establecer su filiación, este acogimiento evita e impide la restitución del acogido a su familia de sangre y adquiere los equivalentes a los hijos legítimos (salvo la reserva de ascendientes) frente al adoptante; añade su apellido al del adoptante y, con autorización del Juez puede

⁹ PLANIOL, Marcel. Derecho Civil. 1ª ed., Vol. 8, Biblioteca Clásicos del Derecho, Ed. Harla, México, D.F., 2003. p. 240.

sustituir aquél por éste; nace recíproco derecho de alimentos, pero subsiste el mismo en la familia de sangre”.¹⁰

Respecto a la adopción plena, ésta ya equiparaba al adoptado en todos los efectos con la filiación legítima, con ruptura en su caso, de los vínculos con la familia de sangre (salvo los impedimentos matrimoniales).

Este resurgimiento de la adopción, no solamente fue notorio en Francia, sino en toda Europa. Puig Peña, lo resume en la siguiente forma: “La Ley Francesa del 29 de julio de 1939 equipara al hijo adoptivo con el legítimo; la del 8 de agosto de 1941 permite la adopción a los matrimonios sin hijos; la del 23 de abril de 1949 desarrolla ampliamente los efectos de la adopción; y, finalmente la ordenanza del 23 de diciembre de 1958 y la ley del 1º de marzo del mismo año actualizan idóneamente el régimen jurídico especial del instituto. En Bélgica, Holanda y Luxemburgo, por respectivas leyes de 1958, 1956 y 1969 se da nueva regulación al mismo; en Alemania, por ley de 1950; en Inglaterra, de 1958; en Irlanda, donde la adopción era desconocida, por ley de 1952. En Europa del Este, la adopción se rige por los nuevos código de familias promulgados después de la última guerra; Bulgaria (1949), Checoslovaquia (1949), Hungría (1952), Polonia (1950), Rumania (1954) y la U.R.S.S. después de su supresión en 1918 fue restablecida la adopción en 1929 y posteriormente modificada en 1943”.¹¹

¹⁰ Ibidem. p. 241.

¹¹ PUIG PEÑA, Federico. Elementos de Derecho Civil. 3ª ed., Ed. Bosch, Madrid, España, 1995. p. 389.

De lo anterior se infiere, que si el hijo adoptado se equiparaba al consanguíneo, es de notarse que jamás, se permitiría dar en adopción a homosexuales, porque se asemejaba dejar al cuidado de éstos al hijo propio y obviamente, se quiere lo mejor para los hijos.

De acuerdo con lo dicho, algunas legislaciones han regulado otras figuras jurídicas orientadas a la protección del menor que además fuere abandonado, o hijo de padres desconocidos.

“En Francia se introdujo en 1939 la legitimación adoptiva desarrollada por las leyes de 1941 y 1949 que dieron nueva redacción a los artículos 368 y 370 del código; se establecía para ambos cónyuges sin descendencia legítima y a favor de los menores de cinco años abandonados, huérfanos o de padres desconocidos. La reforma de 1966 se ha subsumido dentro de la adopción plena, suprimiendo la denominación y el requisito de que los adoptantes estuvieren casados entre sí”.¹²

Finalmente, podemos concluir que a pesar que en Francia, se le dio un trato sin igual a los hijos habidos fuera de matrimonio, discriminándolos por su origen, respecto a la adopción, se trato de proteger al adoptado para que éste se le equiparara al hijo consanguíneo gozando de los mismos derechos que aquel.

C. España.

La primera referencia aparece en el Breviario de Alarico. “Donde, se regula la *perfilatio* que, tras un periodo de silencio, aparece en muchos documentos

¹² Ibidem. p. 242.

posteriores a la invasión Musulmana; destacándose la diferencia entre la institución tal como aparece en los textos (con los efectos de la adopción romana), y en los documentos (con fines fraudulentos: eludir las consecuencias del principio germánico de comunidad familiar y, acaso, los gravámenes fiscales, por ello no se vivía bajo el Derecho Visigodo que autorizaba al padre a disponer de una parte de la herencia, y sí en la Edad Media cuando los hijos participaban en la propiedad del padre)".¹³

Como podemos ver, en la legislación española en sus inicios, la adopción se daba en atención a la influencia de algunos otros países por fines fraudulentos, donde nada tenía que ver el acto de piedad o el bienestar del menor como ocurrió en Roma y Francia. Posteriormente, cuando se van codificando las leyes, el adoptado, (perfilado) cambia su concepción de la siguiente manera.

“El perfilado quedaba en la situación de hijo pero sin ingresar en la familia (no atribuye patria potestad) pues sólo producía los efectos patrimoniales especificados en el contrato: donación *inter vivos* o *mortis causa*, pacto de *incommunicatio* (comunidad universal institución recíproca de heredero), etcétera. Estaba permitida a los hombres y a las mujeres, a los religiosos y a los legos, y a varias personas conjuntamente; no la impedía la existencia de hijos; y era acto privado sin intervención del poder público”.¹⁴

¹³ LACRUZ BERDEJO, José Luis. Derecho de Familia. 5ª ed., Ed. Bosch, Madrid, España, 1997. p. 391.

¹⁴ *Ibidem*. p. 392.

En el Derecho Español encontramos muchas referencias a la institución que estudiamos. Hay una completa reglamentación de la adopción y de la arrogación en las Partidas, Fuero Juzgo, Fuero Real, Nueva y Novísima Recopilación.

La *perfilatio* aparece posteriormente en el Fuero Real sumamente romanizada, dando lugar a una institución híbrida. Se permite a todo hombre o mujer sin descendientes legítimos respecto de quien, por la edad, pudiere ser hijo; pero no se adquiere patria potestad ni parentesco. Los efectos son marcadamente patrimoniales, en especial la adquisición por la *perfilatio* y no viceversa del derecho a una cuarta parte de la herencia del perfilante.

El autor citado, define lo siguiente: “*Adoptio* en latín, dice la ley I, Título 16, Parte 4, tanto quiere decir en romance como porfijamiento, y éste es una manera que establecieron las leyes, por la cual pueden los omes ser hijos de otros, maguer no lo sean naturalmente”.¹⁵

En las partidas es donde aparece una completa reglamentación de la adopción y de la arrogación, estableciendo diferencias entre ambas instituciones, señalando quiénes pueden adoptar y quiénes pueden ser adoptados, así como los requisitos y solemnidades que se requieren.

¹⁵ Ibidem. p. 392.

José Luis Larrabe afirma que: “Con relación a la adopción especial o adopción propiamente, la ley 7, Título 7, Parte 4, decía que es el porfijamiento de ome que ha padre carnal en su poder del padre”.¹⁶

De la cita, se infiere que sólo podía ser adoptado, el hijo que estuviera bajo la patria potestad, y para la adopción bastaba el consentimiento del padre, para que el hijo no contradiga. En cambio, en la arrogación era indispensable el consentimiento expreso del que va a ser arrogado (ley 4, Título 16, Parte 4). “Puede darse en adopción por el padre; el hijo que estuviere en la infancia, esto es que no hubiera cumplido la edad de siete años, pues diciendo la ley que no puede ser prohijado el infante que no tiene padre, supone que puede serlo el que lo tiene (ley 4 d; Título 16, Parte 4). No pueden ser adoptados de este modo los hijos ilegítimos, porque no están bajo la patria potestad y no hay por consiguiente quien pueda darlos en adopción; pero bien podrán ser prohijados por arrogación.”¹⁷

De la cita se desprende, que la adopción no puede hacerse privadamente entre los interesados, pues es indispensable la autoridad del Juez, no precisamente de un Juez determinado sino de cualquiera que sea competente por razón de las personas, por ser un acto de jurisdicción voluntaria; ley 7, Título 7, Parte 4.

Con otras palabras, deberán presentarse ante el Juez el que ha de adoptar, el que ha de ser adoptado y su padre legítimo manifestando el padre que quiere dar en adopción a su hijo, el adoptante que lo recibe, y el hijo que consiste en ello,

¹⁶ LARRABE, José Luis. Derecho de Familia. 8ª ed., Ed. Bosch, Madrid, España, 2000. p. 602.

¹⁷ Ibidem. p. 603.

bien que bastará que éste calle y no lo contradiga: el Juez examinará si en el adoptante concurren las circunstancias o calidades que se necesitan para poder adoptar, y si la adopción podrá ser útil al que quiere ser adoptado, en cuyo caso accede a que tenga efecto la adopción: el padre entonces toma en la mano al hijo y lo entrega al adoptante, quien lo recibe por su hijo adoptivo; y el escribano extiende en debida forma escritura pública por orden del Juez para que conste el acto; Ley 7, Título 7, Parte 4; Ley 1 y 4, Título 16, Parte 4; Ley 91, Título 18, Parte 3.

Es necesario no confundir la adopción hecha por alguno de los ascendientes con la hecha por un extraño, esto es, por cualquier otro que no sea ascendiente del adoptado. Si el adoptante es ascendiente, por ejemplo, abuelo o bisabuelo paterno o materno, adquiere sobre el adoptado la patria potestad; y de aquí es que esta adopción de los ascendientes se denomina por los doctores adopción plena y perfecta. Si el adoptante es un extraño, que tal se considera cualquiera de las abuelas, de los tíos y demás parientes, no se le transfiere la patria potestad la cual queda entonces en manos del padre natural; y por eso esta adopción de los extraños se dice imperfecta o semiplena.

La adopción en especie puede disolverse por sola la voluntad del adoptante, quien puede desheredar al adoptado con razón o sin ella, sin que por sólo el título de adopción tenga derecho a reclamar cosa alguna. Sobre esta situación, el jurista español, Jacques Ellul, opina: "Bien puede el porfijador (dice la Ley 8, Título 16, Parte 4 hablando de esta adopción) sacar de su poder al porfijado

cuando quisiere con razón o sin razón; él no heredará ninguna cosa de los bienes de aquel que él profijó”.¹⁸

De acuerdo a los términos citados, podía adoptar cualquier hombre libre que se hallare fuera de la patria potestad, con tal que tuviere diez y ocho años más que el adoptado y fuera capaz de tener hijos naturalmente, esto es, que no fuera impotente por naturaleza, aunque lo fuere por enfermedad, fuerza o daño que hubiere padecido. Ninguna mujer podía adoptar sino sólo en caso de haber perdido algún hijo en la guerra, sirviendo al rey o a la patria, y aún entonces no puede hacerlo sin real licencia. Tampoco podían adoptar los ordenados *in sacris*, ni los que hubieran hecho voto solemne de castidad. El adoptante debía gozar de buena reputación y así lo requería la Ley 4, Título 16, Parte 4.

Respecto al adoptado se deducía que cuando hubiere sido adoptado por una persona no podía serlo por otra ni aún después de la muerte del primer adoptante, porque ni naturalmente ni ficticiamente puede uno tener muchos padres y muchas madres de una misma clase. Pero puede ser uno adoptado por dos personas enlazadas entre sí con el vínculo del matrimonio.

Con relación a su naturaleza jurídica se decía que la adopción se ha inventado para consuelo de los que no tienen hijos, o porque los han perdido, o porque la naturaleza se los ha negado. De aquí es que los Romanos no querían acceder la adopción a los que no habían cumplido sesenta años ni a los que ya tenían hijos naturales, de legítimo matrimonio.

¹⁸ ELLUL, Jacques. Op. cit. p. 205.

El Fuero Real, siguiendo las huellas del Derecho Romano, la niega expresamente (en la Ley 1, Título 22, Libro 4) a los que tengan hijos, nietos o descendientes legítimos; y el Código Alfonsino (en la Ley 4, Título 16, Parte 4) dispone:

“Que no se otorgue licencia que se pida para adoptar sin que primero se examine si el adoptante tiene hijos que le sucedan. La ley debe fomentar los matrimonios, y ha de evitar por consiguiente la facilidad de darse hijos ficticios por acto civil”.¹⁹

En cuanto a los efectos, se señalaban los siguientes:

“1. El adoptado suele tomar el apellido del adoptante agregando al suyo; 2. El adoptante queda sujeto y otras no, a la patria potestad del adoptante (según se trate de adopción o arrogación), pero siempre conserva sus derechos y obligaciones con respecto a su familia natural, pues la ficción no debe llevarse al extremo de destruir la realidad, ni por formar vínculos civiles pueden romperse los que han formado la naturaleza; 3. La adopción produce los impedimentos dirimentes del matrimonio; 4. El adoptante y el adoptado contraen mediante la adopción obligación recíproca de darse alimentos; 5. El adoptado es heredero abintestado del adoptante, que no tiene descendientes ni ascendientes legítimos o naturales”.²⁰

¹⁹ Enciclopedia Jurídica Omeba. T. I. 10ª ed., Ed. Dris-Kill, Buenos Aires, República de Argentina, 2000. p. 1041.

²⁰ Ibidem. p. 1042.

Con relación a la arrogación, la Ley 7, Título 7, Parte 4 decía: “profijamiento de ome que es por si é non há padre carnal, e si lo há, es salido de su poder é cae nuevamente en poder de aquel que le porfija.”²¹ Es el caso de recibir como hijo propio al ajeno que no está bajo patria potestad.

Puede ser arrogado cualquiera que se halla fuera de la patria potestad, ora tenga o no padre, ora sea hijo de padres desconocidos o ignorados, ora legítimos o ilegítimo, ora está o no esté en tutela o curaduría. Más ¿puede el hijo natural ser arrogado por su padre o madre? Entre los romanos podía serlo antiguamente y aun era muy frecuente esta arrogación de los hijos naturales por sus padres, sin que sirviese de obstáculo la consideración de que siendo la adopción o arrogación una imagen de la paternidad real, parece que no puede acomodarse el caso en que el adoptante es padre carnal del adoptado, pues en este principio veía una ficción y nada más; pero Justino y después Justiniano prohibieron la arrogación de hijos naturales por sus padres ordenando que aquéllos no pudieren en lo sucesivo adquirir por adopción los derechos de hijos legítimos.

El Fuero Real en el Ley 7, del Título 22, con relación al tema que nos ocupa, establece: “Que el que quiera recibir por su hijo al natural habido en mujer no legítima, debe acudir con el mismo ante el rey u hombres buenos, diciendo que aquél es su hijo, nombrando la mujer en quien le hubo, y expresando que lo recibe

²¹ ELLUL, Jacques. Op. cit. p. 207.

por hijo; pero este acto más bien parece un acto de reconocimiento de hijo natural, que no un acto de adopción o arrogación”.²²

El Código de las Partidas no parece que se manifiesta contrario a la arrogación de hijos naturales por sus padres, antes bien por el hecho de decir en el preámbulo de la Ley 1, del Título 16, Parte 4 que los hombres pueden ser hijos de otros por prohijamiento, aunque no lo sean por naturaleza, supone que los que lo son por naturaleza pueden ser también pro prohijamiento. Como quiera que sea, mientras no haya ley que prohíba la arrogación de los hijos naturales por sus padres, no parece razón bastante fuerte para no admitirla en los casos que ocurran. Al respecto, el autor citado, nos señala que:

“Puede arrogar el que puede adoptar. Como era un contrato requería el consentimiento expreso de ambos; como el menor de siete años careció de capacidad, de ahí que no pudiera ser arrogado sino un mayor de esa edad (Ley 4, d; Título 16, Parte 4) al considerarse por la ley que el mayor de siete años tenía una cierta capacidad para entender y consentir. Debía intervenir el rey dada la especial importancia (Ley 4, Título 16, Parte 4)”.²³

Precisamente, como se desprende de la cita, ante el rey, debían expresar los adoptantes, su voluntad y aquél, debía examinar las cualidades y circunstancias y si lo estimaba conveniente para el arrogado, concedía su licencia.

²² ESPIN CÁNOBAS, Diego, et. al. El Nuevo Derecho de Familia Español. 2ª ed., Ed. Reus, Madrid, España, 1982. p. 195.

²³ Ibidem. p. 196.

En términos generales, de la adopción citada, se desprenden algunos efectos como son: “1. El arrogado pasa a la patria potestad del arrogador como si fuere hijo legítimo, no sólo con su persona sino con todos sus bienes. 2. El arrogado sería heredero forzoso del arrogador. 3. El arrogador no podía sacar de su poder al arrogado sino por causa justa a probarse ante Juez, ni podía desheredarlo sin causa justa.”²⁴

También en España se legisló sobre la adopción de expósitos. Razón por la cual, Clemente de Diego nos comenta que:

“El prohijamiento de niños expósitos ha venido a ser una muy frecuente en nuestra época máxime desde que fue regulada con gran claridad y acierto por la ley de Beneficencia del 22 de enero de 1852, y el reglamento del 14 de mayo del mismo año”.²⁵

De acuerdo a la ley en comento, podrían ser adoptados los niños expósitos con entera libertad sin los impedimentos a que estaba sujeta la adopción ordinaria, por toda persona honrada con tal que pudiera esperarse que les diese la debida educación y enseñanza, como así mismo oficio o destino conveniente. Se entiende, que verificada la adopción, no se concedía al adoptante la patria potestad sobre el adoptado, por más que se obligue al que le prestó tal beneficio. El adoptado, deberá tratarle como si fuere su padre y le está prohibido formar

²⁴ Idem.

²⁵ DE DIEGO, Clemente. Derecho Civil Español. 2ª ed., Ed. Temis, Barcelona, España, 2000. p. 365.

contra él acusación, o ejercer actos de los cuales pueda resultarle daño a su vida o detrimento en sus bienes.

El Código Civil Español, estableció un formulismo muy rigurosos y el régimen fue modificado por la ley del 24 de abril de 1958, en donde se hizo una ampliación considerable de los efectos de la institución, fundamentalmente a través de la distinción entre adopción plena y adopción menos plena, reservada aquélla a los niños abandonados y expósitos tratando de que el adoptado quedase con respecto al adoptante en situación muy similar a la del hijo legítimo respecto al padre, si bien el legislador no consideró prudente una equiparación absoluta entre el adoptado plenamente y los hijos legítimos, y, así, no se vedó la investigación y amonestación, cuando razones graves así lo aconsejaron, de la realidad de la situación adoptiva.

La Ley Española de 4 de julio de 1970, derogó el régimen establecido por la ley de 1958. Posteriormente se reformó el Código Civil por la ley 11, 1981. El Código Civil Español, contiene tres secciones en materia de adopción. La primera de disposiciones generales; la segunda sobre la adopción plena; y la tercera sobre la adopción simple.

Antes de entrar al estudio de la adopción en México, estimo conveniente hacer una síntesis de lo hasta aquí visto.

Debemos observar que originalmente la adopción fue a favor de la familia del adoptante, para la conservación de ésta y de la estirpe. Evolucionó hasta

considerarse actualmente como una institución de protección a los menores o incapaces y de interés social.

El autor Chávez Asencio comenta que:

“La edad del adoptante ha variado. Se ha ido reduciendo; se inicia con la edad de 60, y se reduce a 40, 35, 30 y 25 años, que es la edad fijada en nuestra legislación. También ha variado la diferencia de edades entre adoptante y adoptado. De 18 años bajó a 17 y a 15 años en algunas legislaciones”.²⁶

Originalmente sólo podían adoptar los casados que no hubieren tenido hijos y estuvieren en edad de procrear. Los solteros sólo podían adoptar con un permiso especial. Se conserva mucho tiempo el requisito de no haber tenido hijos y no estar obligado a celibato. Se permitió durante mucho tiempo sólo la posibilidad de adoptar menores. Posteriormente en Europa la adopción sólo fue posible de mayores de edad, por ser necesario el consentimiento del adoptado. En nuestra legislación se pueden adoptar menores de edad y mayores incapaces.

Con relación a los fines, éstos también han variado. En la antigüedad eran religiosos y políticos, sin faltar los motivos guerreros. Posteriormente también se tomaron en cuenta motivos aristocráticos, para la conservación y transmisión de títulos nobiliarios, como sucedió en el Código Prusiano de 1794. Después se consideró como consuelo de matrimonio sin hijos para integrar una familia, sin faltar los fines filantrópicos de protección al débil y desamparado. Actualmente se

²⁶ CHÁVEZ ASECIO, Manuel. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales. 9ª ed., Ed. Porrúa, México, D.F., 2000. p. 176.

concibe en protección de los menores y de interés de quienes no tienen hijos, o quieren tener otros en su familia. Es decir, deben conjugarse dos intereses: el del o los adoptantes y el beneficio del adoptado.

Con relación a las clases de adopción, podemos clasificarlas en adopción simple y adopción plena que comprende lo que se denomina legitimación adoptiva. En la primera, la relación jurídica es exclusivamente entre adoptante y adoptado; en algunas legislaciones el adoptante ejerce la patria potestad; se conservan los efectos del parentesco consanguíneo. En la adopción plena, el adoptado ingresa en la familia del adoptante desligándose de su familia consanguínea. Originalmente procedía sólo en relación a los menores abandonados, expósitos, en relación a los cuales no se sabía quiénes eran los padres. Evoluciona, y sin dejar de comprender esas situaciones, pueden darse también casos en los que, conociéndose los progenitores, éstos hubieren perdido la patria potestad, o bien que no tuvieren posibilidad de sostener y educar al menor.

Como instituciones similares podemos señalar el alum nato, el perfilato y los expósitos a que hace referencia de Ley de Beneficencia Española del 22 de enero de 1852. En esos casos sólo se cuida al menor y de su patrimonio, mas no había la transmisión de la patria potestad, ni ingreso del menor a la familia de quien lo cuida.

Se señalan también como figuras afines la legitimación y el reconocimiento de hijos naturales. Sin embargo, entiendo que se trata de instituciones diferentes. La legitimación hace referencia al matrimonio de los padres que tiene como consecuencia legitimar a los hijos extramatrimoniales. El reconocimiento acepta la vinculación biológica existente entre ascendiente y descendiente, no habiendo razón alguna para generar adopción para vincular jurídicamente al progenitor con su hijo.

D. México.

El autor Chávez Asencio afirma, “que la adopción en nuestro país, estuvo reconocida. En la Ley Orgánica del Registro del Estado Civil, el 27 de enero de 1857, en el artículo 12 se enumeran los actos del Estado Civil, y se expresa que son: I. El nacimiento; II. El matrimonio; III. La adopción y arrogación; IV. El sacerdocio y la profesión de algún voto religioso, temporal o perpetuo; V. La muerte. Posteriormente, la Ley Orgánica del Registro Civil, del 28 de julio de 1859, en su artículo primero disponía el establecimiento en toda la República de funcionarios, llamados Jueces del Estado Civil, que tendrían a su cargo la averiguación y modo de hacer constar el estado civil de todos lo mexicanos y extranjeros residentes en el territorio nacional por cuanto concierne a su nacimiento, adopción, arrogación, reconocimiento, matrimonio y fallecimiento. Se hace referencia también, en forma negativa, de la adopción en el decreto No. 4967 del 10 de agosto de 1857 que promulga la Ley de Sucesiones por testamento y *ab intestado*. En el artículo 18 se expresaba: Quedan abolidas las leyes que

concedían los derechos llamados cuarta Falcidia y cuarta Trebeliánica, y las que concedían a los hijos adoptivos y arrogados el derecho de heredar”.²⁷

Como podemos ver, la adopción era conocida y practicada en el México independiente del siglo XIX, y que deben haberse aplicado para esta institución, al no haber otras referencias, las leyes vigentes españolas, como son Las Siete Partidas, el Fuero Real, los Ordenamientos de Alcalá, Ordenamiento Real, las Leyes del Foro, la Nueva y la Novísima Recopilación y, en especial para México, la Recopilación de Indios.

El jurista Ignacio Galindo Garfías comenta. “En los Códigos Civiles para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870 y 1884 no se contiene disposición alguna sobre la adopción. En el primero, en relación al parentesco, sus líneas y grados, el artículo 190 decía claramente que la ley no reconoce más parentescos que los de consanguinidad y afinidad. Se puede observar que en los relativo a las disposiciones sobre los actos del estado civil, no se hace mención alguna a posible acto de adopción”.²⁸

El Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1884, reprodujo lo mismo en el artículo 181 al establecer que la ley no reconoce más parentesco que los de consanguinidad y afinidad.

²⁷ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel. Op. cit. p. 210.

²⁸ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso. 10ª ed., Ed. Porrúa, México, D.F., 2000. p. 675.

La Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917 tiene un capítulo para la adopción, que define como el acto legal por el cual una persona mayor de edad acepta a un menor como hijo, adquiriendo respecto de él todos los derechos que un padre tiene y contrayendo todas las responsabilidades que el mismo reporta, respecto de la persona de un hijo natural. Es de destacarse que se consideraba la relación nacida de la adopción semejante a la habida con un hijo natural, y como tal fue calificado, por el artículo 186, todo hijo nacido fuera de matrimonio. Esto contradice a la doctrina general que acepta que la adopción genera una filiación legítima.

En la exposición de motivos se reconoce la novedad de esta reglamentación, y al hacer mención a la patria potestad el autor antes citado señala que el establecimiento, que es: “Novedad entre nosotros, no hace más que reconocer la libertad de efectos y consagrar la libertad de contratación que, para este fin, no sólo tiene un objeto lícito, sino con frecuencia muy notable”.²⁹

De acuerdo a esta ley, podía adoptar libremente, toda persona mayor de edad a un menor. No se hacía referencia a la edad del adoptante, ni a la edad del adoptado. También podían adoptar hombre y mujer que estuvieren casados. La mujer sólo podía adoptar cuando el marido lo permitía, pero éste podría lograr la adopción sin el consentimiento de la mujer, aun cuando carecía del derecho de llevar al hijo adoptivo a vivir en el domicilio conyugal.

²⁹ Ibidem. p. 376.

Dicha ley, estableció que el menor adoptado tendría los mismos derechos y obligaciones para con la persona o personas que lo adoptaban, como si se tratara de un hijo natural. El padre o padres de un hijo adoptivo tendrían respecto a la persona del menor los mismos derechos y obligaciones que respecto de la persona de los hijos naturales. El artículo 231 limitaba los derechos y obligaciones, única y exclusivamente a la persona que la hace y aquella respecto de quien se hace, a menos que al hacer la adopción el adoptante exprese que el adoptado es hijo suyo, pues entonces se considerará como natural reconocido.

Congruente con la exposición de motivos ya mencionada, el artículo 232 señalaba que la adopción voluntaria podría dejarse sin efectos, siempre que así lo solicitara el que la hizo y consintieran en ella todas las personas en que se efectuase. Es decir, si de un acto jurídico o contrato se tratara, las mismas partes que lo celebraron, lo podían terminar.

De lo expresado se deduce que se trataba de una adopción simple, pues se limitaba la relación jurídica al adoptante y adoptado.

El Código Civil para el Distrito y Territorios Federales de 1928 tuvo en ésta materia diversas reformas y adiciones. La primera, en 1938 que reforma el artículo 390; la segunda, el 17 de enero de 1970 que reforma varios artículos; la tercera por el Decreto del Ejecutivo publicado en el Diario Oficial del 28 de mayo de 1998, en el que se hace una revisión de la institución.

A manera de resumen podemos decir que en la actualidad, el Código Civil para el Distrito Federal del año 2000, ya no tiene más que adopción plena, la simple ha sido derogada. Aquélla se equipara a una filiación consanguínea, es una de las reformas trascendentes que la adopción la puedan realizar quienes sean cónyuges o concubinos. En ambos casos, deben estar concientes en considerar al adoptado como su hijo y que tengan cuando menos 25 años de edad para realizar este acto jurídico. A pesar de las múltiples reformas, el Código Civil vigente, es omiso en cuanto al derecho de adoptar de los homosexuales a menores de edad; es decir, de su articulado se desprende así como está redactado, que tal acto sí puede ser posible, si se cumplen con los requisitos que el ordenamiento civil precisa; luego entonces, aquí, tendríamos que hacer valer el interés superior del menor, lo cual, explicaremos a lo largo del presente trabajo.

Relacionado con la adopción, existe la figura del acogimiento, el cual, favorece a quien haya acogido a un menor y éste tenga la posibilidad en igualdad de circunstancias de tener preferencia para la adopción de aquél y por supuesto, la ley determina que deberá darse nombre y apellido al adoptado, excepto que hubiera alguna razón, por lo que no fuera conveniente.

Se impone al Juez, la obligación de escuchar a los menores, atendiendo a su edad y grado de madurez. Ya no se podrán dictar sentencias, sin haber oído a los menores, porque no debemos olvidar que ellos tienen siempre una verdad, que el Juez Familiar debe considerar en todos los supuestos, en que ellos estén involucrados.

Los efectos de la adopción respecto al hijo adoptado, son, que éste, se equipara al consanguíneo, de acuerdo a los nuevos artículos que trae la reforma. Extingue la filiación preexistente en el adoptado y sus progenitores y el parentesco con la familia de éstos, salvo en cuanto a los impedimentos de matrimonio. La adopción es irrevocable. No se puede casar el adoptante con su hija o hijo adoptivo, ni con su descendencia y verdaderamente se protege a los que intervienen en este tipo de actos jurídicos. Igualmente, si se trata de personas que estén vinculadas consanguíneamente con el menor o incapaz que se va a adoptar, los derechos y obligaciones que se derivan en este sentido, se limitan al adoptante y adoptado, porque ya existen los anteriores.

El Código Civil para el Distrito Federal del año 2000, reglamenta la adopción en disposiciones generales. Regula sus efectos y la adopción internacional, ordena que la adopción sea para siempre; biológica; verdadera; auténtica; única; irrevocable o como lo estableció el primer Código Familiar para la República Mexicana en el año de 1983, en el Estado de Hidalgo, biológica y que fue secundado en el de Zacatecas, en 1986. En el viejo Código Civil para el Distrito Federal, el hombre o mujer que adoptara a un niño o una niña, cuando llegaran a la edad de 16 o 14 años respectivamente, se podían casar con sus hijos adoptivos, o más grave todavía, con la descendencia de esos hijos. Sólo se establecía un acto jurídico entre adoptante y adoptado y que no podía considerarse como hijo o hija, a la persona adoptada, en virtud de que por ingratitud de este último, no del adoptante, la adopción era revocable.

E. Concepto de adopción.

La adopción, como sabemos, es un acto jurídico en el que confluyen varias voluntades: la del adoptante, (en nuestro derecho cuando el menor de edad es mayor de catorce años) la de los representantes legales del adoptado y de la voluntad de la autoridad que decreta la adopción. La adopción, es por ello, un acto jurídico plurilateral de carácter mixto pues en él intervienen tanto particulares como representantes del Estado.

“Algunas legislaciones le atribuyen a la adopción una naturaleza contractual (Francia en el Código Napoleón), debido en buena parte a la época de surgimiento de tal Código en que imperaban las ideas del individualismo jurídico, producto de la Revolución Francesa. Si por contrato entendemos el convenio que crea o transmite consecuencias jurídicas (artículo 1793 del Código Civil para el Distrito Federal), en el cual las partes pueden poner las cláusulas que crean convenientes (artículo 1839 del Código Civil para el Distrito Federal) de acuerdo con el principio de autonomía de la voluntad, base de los contratos, la adopción no tiene naturaleza contractual, pues en ella no impera el principio de la autonomía de la voluntad”.³⁰

De lo anterior se infiere, que la adopción no es un contrato, sino más bien un acto jurídico de derecho familiar.

³⁰ AGUILAR GUTIÉRREZ, Antonio. Panorama de la Legislación Civil de México. 3ª ed., Ed. Imprenta Universitaria, México, D.F., 2002. p. 67.

“Otros autores han querido ver en la adopción un acto de poder estatal en razón de que es la autoridad competente (en nuestro derecho el juez de lo familiar) el que aprueba y decreta la adopción a su arbitrio”.³¹

De acuerdo a lo expresado podemos argumentar que, si bien es cierto que es la autoridad la que dirá la última palabra en el acto de adopción, otorgándola o negándola, la misma no puede surgir jamás por imperio de autoridad; el motor impulsor de la misma es la voluntad del adoptante aceptada por el adoptado y sus representantes legales. El juez vendrá en su caso a sancionar y autorizar la voluntad de los sujetos para que legalmente surja la relación jurídica de filiación civil. La conjunción de estas voluntades, es esencial para la creación de la adopción lo que la convierte en un acto jurídico plurilateral de carácter mixto de efectos particulares y de interés público.

Para el Diccionario de la Lengua Española, “el término adopción es la acción de adoptar, es decir recibir como hijo, con los requisitos y solemnidades que establecen las leyes, al que no lo es naturalmente. Recibir, haciéndose propios, pareceres, métodos, doctrinas, ideologías, modas, etcétera, que han sido creados por otras personas o comunidades. Tomar resoluciones o acuerdos con previo examen o deliberación. Adquirir, recibir una configuración determinada”.³²

Con relación al tema que nos ocupa, Edgard Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Báez, señalan que, “la adopción puede definirse como el acto jurídico

³¹ Ibidem. p. 68.

³² Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. 25ª ed., Ed. Espasa-Calpe, Madrid, España, 2000. p. 33.

de recibir como hijo, con los requisitos y solemnidades que establecen las leyes, al que no lo es naturalmente. La adopción constituye la fuente del parentesco civil, y tercera fuente del parentesco en general. Se trata de una institución cuya finalidad consiste en proteger la persona y bienes del adoptado”.³³

Respecto a la cita, se puede decir que, mediante la adopción se crea una relación de filiación legal entre adoptante y adoptado, de aquí que el adoptante tenga, respecto del adoptado y éste de aquel, los mismos derechos y obligaciones que existen entre padre e hijo.

“Por la adopción una persona mayor de veinticinco años, por propia declaración de voluntad y previa la aprobación judicial, crea un vínculo de filiación, con un menor de edad o un incapacitado”.³⁴

La adopción para los Mazeaud significa, “el acto voluntario y judicial que crea, independientemente de los lazos de sangre, un vínculo de filiación entre dos personas”.³⁵

“En el Derecho francés la adopción es un contrato solemne, sometido a la aprobación judicial”.³⁶

Julién Bonnecase por su parte, considera que la adopción, “es un acto jurídico; una ficción legal”.³⁷

³³ BAQUEIRO ROJAS Edgard y Rosalía Buenrostro Báez. Derecho de Familia y Sucesiones. 2ª ed., Ed. Oxford, México, D.F., 2004. p. 33.

³⁴ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op. cit. p. 673.

³⁵ MAZEAUD, Henry y León. Lecciones de Derecho Civil. Familia. 16ª ed., Ed. Ediciones Jurídicas, Europa-América, México, D.F., 1980. p. 104.

³⁶ PLANIOL, Marcel. Op. cit. p. 303.

³⁷ BONNECASE, Julien. Elementos de Derecho Civil. 6ª ed., Ed. Oxford, Colección de Textos, México, D.F., 2000. p. 145.

De acuerdo a las citas realizadas, y tomando en cuenta los caracteres distintivos de las mismas, podemos decir que la adopción, es un acto jurídico plurilateral, mixto, solemne, constitutivo, extintivo a veces, de efectos privados, de interés público por ser un instrumento de protección de los menores de edad y de los mayores incapacitados.

En esta hipótesis, la adopción, es acto jurídico porque es una manifestación de voluntad lícita que produce las consecuencias jurídicas queridas por sus autores; es plurilateral porque en la adopción intervienen más de dos voluntades; la del adoptante, la de los representantes legales del adoptado y la de la autoridad, cuando menos. En otras ocasiones se requiere la voluntad del propio adoptado, la de las personas que lo han acogido aunque no sean sus representantes legales y en su caso la del Ministerio Público; es mixto, porque intervienen tanto sujetos particulares como representantes del Estado; es solemne porque requiere de las formas procesales señaladas en el código de la materia; es constitutivo porque hace surgir la filiación entre adoptante y adoptado y da lugar también a la patria potestad entre los mismos como derivación del lazo de filiación; es extintivo en ocasiones porque cuando el adoptado está sujeto a la patria potestad de sus ascendientes que consisten en darlo en adopción, se extinguen para ellos la patria potestad; es de efectos privados porque como institución de Derecho Familiar, la adopción extiende sus consecuencias de Derecho Privado a todos los componentes del núcleo familiar del adoptante; y finalmente podemos decir que es de interés público por ser un instrumento de protección a los menores de edad o a los mayores incapacitados, el Estado está interesado en que la

adopción cumpla esta importante y noble función, para lo cual ha creado la instrumentación normativa, sustancial y procesal necesaria.

F. La familia mexicana y su aceptación a las relaciones homosexuales.

Las relaciones homosexuales, siempre han sido criticadas, no solo en la familia mexicana, sino en el mundo entero, por ser contra la naturaleza y quizás, consideradas por muchos, como aberraciones sexuales. De aquí, que, de acuerdo a la tesis planteada, se debe regular de manera específica la prohibición de adoptar a los homosexuales en atención, al interés superior del menor.

La afirmación anterior, implica abordar varios problemas éticos importantes, que aquí, sólo pueden ser tratados someramente como la naturaleza del amor humano, la esencia del matrimonio, el significado unitivo y procreador de la sexualidad, entre otros. Sin embargo, trataré de explicar mi posición y justificarla desde la perspectiva de premisas específicas.

La premisa fundamental, es que el bien humano superior, es la unión entre las personas, que proviene del amor honesto entre ellas. Hay distintas formas de unión que provienen de distintos tipos de amor. Las personas pueden ser amadas como bienes útiles o placenteros, es decir, en tanto que son fuente de placer o utilidad, como cuando se ama a una persona por ser simpática, por ser bella, por ser rica, por ser capaz de hacer algún trabajo útil, éste es un amor que se da en

multitud de relaciones humanas, quizá en la mayoría de ellas, y puede llamársele amor afectivo. Es un amor que no es malo, pero sí incompleto.

La dignidad de la persona humana, idea que es la base de todas las declaraciones y tratados de derechos humanos, consiste en que ella, a diferencia de las cosas, merece ser amada por sí misma, como un bien honesto, independientemente de si producen alguna utilidad, placer o ventaja. Este amor de la persona por sí misma es el amor que puede llamarse honesto o integral. Es el amor al que se refiere la llamada regla de oro que señala amar al prójimo como a uno mismo, es decir, no como medio útil o placentero, sino como un bien igual a mi mismo. El amor honesto es el único amor plenamente conforme con la dignidad humana, el amor que toda persona quiere para sí, y del que deriva la mejor forma de convivencia humana, que es la familia.

La familia, como lo señala el Dr. Julián Güitrón, "no es simplemente la convivencia de varias personas con vínculos comunes de sangre o parentesco. Es más que eso; es la forma de convivencia en la que se vive, se conserva y se transmite ese amor integral u honesto de las personas por sí mismas. Eso es lo distintivo de la familia y lo que la separa de cualquier otra forma de convivencia o asociación, y lo que le da su valor y función social insustituible."³⁸

El amor honesto no es un producto espontáneo. Es un hábito que cada persona va formando, como todo lo humano, con esfuerzo continuo, con éxitos y fracasos, pero que se mantiene en la voluntad de la persona en tanto que ella

³⁸ GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. ¿Qué es el Derecho Familiar? Segundo Volumen, 1ª ed., Ed. Promociones Jurídicas y Culturales, México, D.F. 1992. p. 39.

quiera seguir teniéndolo. Nadie se lo puede quitar, y nadie se lo puede dar si la persona no lo quiere. Como exige esfuerzo, no es un hábito que toda persona tenga, pero como radica en la voluntad, es un hábito que cualquiera puede adquirir queriéndolo. La familia es el lugar donde se forma ese hábito que difícilmente se puede lograr en otro ámbito social que no tenga el amor honesto como regla superior de vida.

Con otras palabras, podemos decir que, ni la sociedad mexicana ni el derecho, ven con agrado las uniones homosexuales como para formar una familia, mucho menos, que adopten a menores, los cuales, probablemente al ver las conductas de sus adoptantes, las imiten, porque, cómo se le explicaría a un menor que su padre o madre, se besan con personas de su mismo sexo. Esto es importante, para que el derecho en general y los estudiosos del derecho familiar, propongan ante las autoridades correspondientes; que los homosexuales o toda aquella persona que tenga conductas obvias de su homosexualidad y aun, a todos aquellos que simulan su preferencia sexual, al tener conocimiento la autoridad de tal inclinación, se les revoque tal acto. Lo anterior, servirá para proteger el interés superior del menor.

CAPÍTULO SEGUNDO

IMPORTANCIA DE LA FAMILIA EN EL DESARROLLO DEL MENOR

Todo ser humano tiene su origen natural y cultural en la familia, como forma normal de vida que influye definitivamente en el resto de su existencia. La falta de padre, madre o de hermanos, produce importantes variaciones en la personalidad.

El carácter que una persona adquiera va a influir en el trato que en un futuro le dé a su propia familia, además el desarrollo personal, educativo y laboral que presente, estará determinado por el tipo de familia de origen que haya tenido y lo que hubiera observado en la misma, es decir, si se trata de una familia organizada o desorganizada; integrada o desintegrada, pudiendo combinar estas causas, como: si se integra por los dos padres, si ellos se tratan con respeto y se ayudan mutuamente, si ambos funcionan en la familia y en la sociedad; si falta alguno de los padres, por fallecimiento, por separación voluntaria o necesaria; o por abandono, si se trata de madre soltera o de si es la madre quien se separa del hogar; o bien, que estando juntos los dos padres uno de ellos o los dos sean violentos, se falten al respeto, se humillen; o agredan física, moral y/o sexualmente a sus hijos y entre ellos mismos de forma reiterada, o simplemente no funcione la relación, por lo que estar juntos ya implique una agresión; o tal vez se trate de familias que además de agresivas, sean desorganizadas o no cuenten con los elementos básicos de educación, por lo que a los padres les resulte imposible transmitir a sus hijo valores necesarios para su vida futura en una

relación familiar, pues hay que ver que los hijos aprenden de sus padres sus modos de tratarse y es muy posible que de adultos los imiten.

A. Estructura y conformación de la familia actual.

La noción jurídica de familia, y su integración amplia o restringida, dependerá de la realidad legal de cada Estado. A la fecha, desde el punto de vista legal, en la mayoría de los países latinos occidentales no existe un modelo único de familia. Por el contrario, teniendo en cuenta la heterogeneidad de relaciones jurídico familiares reconocidas por los respectivos ordenamientos nacionales, resulta que cada persona o grupo de personas tiene la posibilidad de elegir o de seleccionar el tipo de familia a la cual quiere someter sus relaciones intrafamiliares.

“El imperativo sistema tradicional de un único paradigma familiar, representado por la familia fundada en el matrimonio, ha sufrido duros embates que, en muchos países, terminaron haciéndolo sucumbir frente al propósito de cada individuo o de grupos colectivos de elaborar sus propias y específicas relaciones familiares conyugales o convivenciales. Así, en determinados países, las estructuras normativas, atendiendo a la multiplicidad de formas admitidas culturalmente en el particular entorno social, reconocieron semejantes vínculos tan peculiarmente perfilados”.³⁹

³⁹ ÁLVAREZ, Ana Josefina. Análisis y Propuesta como Parte del Programa sobre Asuntos de la Mujer, el Niño y la Familia. 3ª ed., Ed. Comisión Nacional de Derechos Humanos, México; D.F., 2003. p. 182.

De acuerdo a lo citado, primero se equiparó jurídicamente la familia natural respecto de la legítima, estableciéndose la igualación legal de los hijos y descendientes extramatrimoniales respecto de los matrimoniales, calificando por primera vez, no a los padres ni a los hijos sino al interés superior del menor y de la familia.

Desafortunadamente, en nuestro país, se llega a la juridización de relaciones convivenciales fácticas, estables, que se presentan como el producto de convenios privados relativamente formales o informales o de arbitrios u opciones que la ley reconoce u homologa. En la actualidad, al tiempo que eclosionan unas interesantes y respetables convivencias no carnales de ayuda mutua, se halla en proceso de franco desarrollo el reconocimiento, como entidad familiar, de las uniones entre personas del mismo sexo y de las familias monoparentales integradas con descendientes logrados a través de mecanismos de fecundación asistida. Hasta aquí, quizás estemos de acuerdo, no así con que a los homosexuales se les permita la adopción de menores por ser éstas, contrarias a la moral y a las buenas costumbres.

La familia posmoderna en el mundo se presenta bajo diversos moldes:

- “Como la casi extinguida familia patriarcal integrada por una pareja de esposos que convive con toda su descendencia (hijos, nietos, etcétera; y sus respectivos cónyuges). Los vínculos de la pareja con la parentela son bastante estrechos. Todavía tiene una vigencia limitada

especialmente en zonas rurales. En las ciudades, aunque cada vez con menos frecuencia, se observa también un modelo de familia amplia, pero sin coresidencia, integrada con la familia nuclear y el resto de parientes, manteniendo vigorosas relaciones familiares afectivas, sociales y de solidaridad jurídica entre todos sus miembros”⁴⁰.

Como podemos ver, esta es un ejemplo de familia tradicional que gracias al cambio de roles sociales, se ha venido transformando, dejando a un lado la convivencia familiar e ignorando los estrechos lazos de convivencia tan necesarios hoy en día.

- “Como una pareja casada que vive con sus hijos comunes (familia nuclear matrimonial) denotando marcada aminoración de vínculos respecto del linaje y de los parientes colaterales y por afinidad. Este fenómeno aparece junto a la urbanización y se acentúa con los alejamientos que generan las emigraciones o traslados por razones laborales o de otra índole.
- Como un matrimonio que convive con sus hijos comunes y los hijos extraconyugales o de anteriores nupcias de cada consorte. En estas hipótesis, las cargas matrimoniales incluyen a los hijastros que conviven en esa familia nuclear ensamblada”.⁴¹

⁴⁰ CHINOY, Eloy. La Sociedad. Una Introducción a la Sociología. 2ª ed., Trad. de Francisco López Camara, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 1990. p. 141.

⁴¹ Idem.

De lo expuesto, se deduce que el desarrollo urbano y la necesidad de trabajar de los cónyuges, propicia la disvinculación familiar con sus familias de origen, a tal grado, que la convivencia se da sólo entre padres e hijos.

- “Como una pareja de casados sin hijos en donde el afecto, el amor, la solidaridad, la ayuda mutua y el compañerismo entre sus miembros, cualquiera que sean sus edades, es suficiente fundamento de perduración. La falta de descendencia puede originarse en una imposibilidad o en una deliberada exclusión de la prole por los esposos; pero ello no es óbice para que exista familia, porque la familia no es sólo un núcleo generador de vida sino también apoyo y sustento -material y espiritual- de cada uno de sus componentes. Y no sólo de los nuevos seres en ella engendrados, sino también de sus propios elementos creadores, la propia pareja que mantiene todo su sentido interpersonal y social aun cuando en ella no se produzca el fenómeno generador de vida. Agreguemos que muchos piensan que lo esencial del matrimonio y de la familia es constituir una comunidad de vida entre los consortes y que la generación de hijos no es una función o presupuesto necesario.”⁴²

Ante la negación de procrear ya sea de uno o de ambos cónyuges, ésta la figura jurídica de la adopción, la cual debe cumplir con los requisitos que establece el Código Civil para el Distrito Federal en sus artículos 390 al 401 y 410-A al 410-

⁴² Ibidem. p. 142.

F. Aquí, precisamente por la omisión específica de los artículos señalados se debe, precisar la prohibición de adoptar a los homosexuales, máxime, cuando se trate de menores de 15 años, por representar tal acto un peligro para los menores.

- “Como una unión heterosexual no casada con o sin hijos comunes (familia nuclear extramatrimonial o convivencias estables) situación a la que se sienten atraídas preferencialmente ciertas parejas por diversos motivos que van, desde el rechazo a asumir responsabilidades hasta la necesidad de afirmar una actitud seria y madura frente a la unión. Teniendo en cuenta la fragilidad del matrimonio, que puede disolverse por el desistimiento unilateral de uno de sus miembros, estiman que la formalización de la unión es intrascendente y constituye uno de los resabios de hipocresía heredada de concepciones sociales perimidas”.⁴³

Este orden de principios, defiende y practica una convivencia sin papeles, a la que consideran como la genuina y auténtica unión, que sólo está cimentada en la constante y renovada voluntad de convivir, prescindiendo de vanas sacralidades o formas que, por otro lado, sólo complicarían y tornarían onerosa la disolución de la unión cuando ha desaparecido la *affectio convivencial*, la voluntad de seguir unidos. Tales realidades fácticas son reconocidas como entidades jurídico-familiares en muchas legislaciones; mientras que en otras se le desconocen efectos jurídicos específicos (o análogos a los matrimoniales). No hay duda alguna

⁴³ ÁLVAREZ, Ana Josefina. Op. cit. p. 185.

de que en estos últimos países, semejantes convivencias no constituyen un núcleo familiar; sólo si de dichas parejas nacieren hijos habría familia pero, entonces, no sería la unión estable la que originaría la familia sino que el grupo familiar se forma en torno a la relación de filiación.

- “Como una pareja homosexual, con hijos biológicos no comunes o con hijos comunes adoptados o nacidos merced a métodos de fecundación asistida, con material heterólogo u homólogo, según las particulares normas de algunos ordenamientos muy recientes que admiten la adopción por tales parejas o que consienten semejantes procedimientos de fecundación asistida. Estas uniones pueden perseguir múltiples propósitos, tales como educar a los hijos que ya tuviesen o que adoptaren que llegaren a generar; satisfacer sus peculiares requerimientos sexuales; conformar un núcleo de consumo, de afecto, de compañerismo que les permita superar la soledad y brindarse apoyo material y moral frente a las adversidades de la vida, etcétera.”⁴⁴

De acuerdo a esta cita, estamos en presencia de un peligro latente que el derecho debe resolver conforme a las normas preventivas que éste tenga para regular la vida en sociedad. Esto en atención al interés superior del menor que quizás, la homosexualidad se presente en la persona después de casarse e inclusive después de haber concebido y procreado un hijo. Científicamente se ha

⁴⁴ Ibidem. p. 185.

comprobado, que el homosexual nace, no se hace. Para el caso que señalamos, corresponderá al otro cónyuge, denunciar la homosexualidad de su pareja, al menor o a la familia del padre o de la madre.

- “Otro novedoso modelo de familia, introducido hace poco tiempo en el mundo latino por la legislación catalana, son las llamadas convivencias de ayuda mutua destinadas especialmente a las personas de edad que intentan poner remedio a sus dificultades. Se trata de situaciones de convivencias no carnales de personas que, sin constituir una familia nuclear, comparten una misma residencia, unidos por vínculos de parentesco sin límite de grado en la línea colateral, o de simple amistad o compañerismo, y que contribuyen solidariamente a los requerimientos patrimoniales y tareas domésticas del grupo, con voluntad de ayuda mutua y de permanencia”.⁴⁵

Lo importante de los modernos paradigmas jurídicos de familia, es que se precisen cómo cumplir en éstos las principales funciones que tradicionalmente se le asignan a la entidad, que son: a) función geneonómica (procreación y desarrollo de la descendencia); b) función protectora, formativa y socializadora de los hijos; c) función asistencial.

“La verdad objetiva es que, contemporáneamente, a nivel mundial, se va instalando una nueva concepción de sociedad en la que, con el propósito de enaltecer prioritariamente la autonomía individual y el desarrollo de la

⁴⁵ Idem.

personalidad, se remueve al matrimonio como fundamento exclusivo de la familia. Las bases que dan origen a una familia se amplían y el matrimonio queda como un medio más y no como el único instrumento legal que la cimienta y satisface sus funciones. Algunos ordenamientos jurídicos, en pos de la libertad, ofrecen un verdadero menú legal de familias permitiendo que cada individuo pueda elegir el modelo que más se ajuste a sus particulares creencias religiosas, convicciones éticas o sociales, principios ideológicos, intereses económicos, formas de sentir, características u orientaciones sexuales”.⁴⁶

Estos modelos de familia y las prácticas de ingeniería genética, son verdaderas concesiones legales a la libertad y a la vida privada, tomadas como valores absolutos pues resulta dudosa la compatibilidad de semejantes entidades jurídico familiares con otros respetables intereses sociales, reconocidos por el derecho, que son tan o más dignos de observancia. De allí su discutible legitimidad esencial. La reciente incorporación de tales modelos familiares en varios ordenamientos, propios de las sociedades permisivas o tolerantes, (que defienden la idea de que el legislador debe adecuar el derecho a las libres prácticas de los individuos), implica desconocer, menospreciar o, quizás, interpretar, con soltura u osadía, la vigencia universal de determinados principios fundamentales.

La libertad sexual y de fecundación o procreación son otras tantas manifestaciones de la libertad propia del hombre, no se debe olvidar que el infinito o exagerado respeto a las prerrogativas del individuo, a su dignidad y al libre

⁴⁶ CHINOY, Eloy. Op. cit. p. 208.

desarrollo de su personalidad, hace correr el riesgo de que un legislador ensoberbecido llegue a consagrar la deificación del individuo por el derecho.

Creemos que la libertad e igualdad ante la ley y el rechazo a toda discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, o cualquier otra condición o circunstancia personal, social o cultural, como la orientación sexual, no implica desconocer el superior derecho del Estado a organizar la familia y la sociedad de acuerdo a aquellos principios universales y a las particulares concepciones que sobre dichos institutos se tengan en un país determinado. La cuestión podría desencadenar un choque entre principios de orden público; o sea, una colisión entre el respeto a los derechos de la persona humana y el respeto a intereses colectivos superiores. No todos los principios constitucionales tienen la misma jerarquía; pero como tampoco hay una jerarquía convenida, en el fondo, resolver la cuestión, es un problema axiológico que requiere establecer la prioridad de unos principios sobre otros. Pensamos que, en esta hipótesis de conflicto, la solución debe encaminarse por la vía del acatamiento al bienestar general y a la moral pública. Ambas son nociones preeminentes ya que, en la mayoría de las Constituciones Nacionales, y en muchas Declaraciones y Convenciones Internacionales, se cuentan dentro de las pocas restricciones que es factible imponer a la libertad de las personas. Esta es una pauta teórica porque, en la práctica, toda precisión sobre el bienestar general, o los intereses colectivos superiores y sobre la moralidad pública es relativa y variable según las épocas y los lugares.

B. La familia en la sociedad, sus derechos, relaciones y consecuencias.

La familia moderna ha perdido la extensión y la estabilidad que tuvo en el Derecho romano y en la Edad Media y si bien hay que reconocer que desde el punto de vista económico, ha dejado de ser la familia un grupo productivo de bienes inmediatamente útiles en la economía de una nación (pues en este respecto su capacidad de producción ha sido sustituida por la gran producción industrial), sigue siendo todavía, en nuestro país, el núcleo principal de formación del hombre, por lo menos en su constitución moral.

Las causas que han originado el proceso de disgregación del grupo familiar son las siguientes:

- ❖ “La dispersión de los miembros de una familia por necesidades de trabajo o por razones de convivencia personal.
- ❖ La inseguridad económica que sufren los individuos de escasos recursos por la gran producción industrial.
- ❖ La falta de viviendas suficientes.
- ❖ El control de la natalidad; pero sólo en cuanto tienda a eludir las responsabilidades inherentes a la paternidad y a la maternidad atendiendo a fines egoístas, contrarios a la naturaleza y a los fines mismos de la familia. Por lo contrario la decisión responsable del padre y de la madre sobre el número y espaciamiento del nacimiento de los hijos, tiene en este segundo caso una motivación completamente

distinta que se supone en la hipótesis mencionada anteriormente, en primer lugar porque en tal supuesto, el control de la natalidad tiende por el contrario a fortalecer a fortalecer al grupo familiar y a la prole en el sentido de ajustar el cumplimiento de esas responsabilidades que deben afrontar los progenitores frente al cumplimiento de los deberes de cuidado, educación y de adecuada formación de los hijos, de acuerdo con las efectivas posibilidades y aptitudes de los padres para formar una familia debidamente instituida. No se trata pues aquí de eludir la responsabilidad paterna sino de alcanzar su mejor cumplimiento en el seno de la familia.

- ❖ La insuficiencia de los recursos que puede obtener el jefe de familia en las clases obreras y media para el sustento del grupo familiar, obliga a la esposa y a los hijos e hijas mayores de edad temprana, a buscar el auxilio económico para el sustento del grupo familiar.
- ❖ La disgregación del grupo familiar se agudiza desde el punto de vista moral, porque se han perdido de vista los principios rectores de la solidaridad doméstica que son el afecto y el espíritu de colaboración que informa a toda asociación de hombres para la realización de un fin común, aún en las sociedades civiles o mercantiles. Hoy en día, cada miembro del grupo familiar persigue sus propios fines egoístas, sin mayor interés en la realización de una finalidad más alta, que es la conservación del agregado social primario que es la familia.”⁴⁷

⁴⁷ GODOY, Jhon. La Evolución de la Familia y del Matrimonio en Europa. 4ª ed., Ed. Herder, Madrid, España; 1999. p. 388.

Ante este problema de descomposición del grupo familiar, el Estado no ha permanecido indiferente y puesto que es de interés social que se cumplan las funciones básicas de educación y formación de hombres dentro de la familia, ha acudido a través de disposiciones de diversa índole, particularmente en lo que toca al régimen de seguridad social y asistencia, a suplir estas funciones.

Cabe mencionar que, no todo lo que es legal o lícito es legítimo. Sólo será legítimo lo que se compadece con los principios fundamentales de orden público, los cuales abrevan en las fuentes del derecho natural, de la moral y de las buenas costumbres locales.

Es indudable que el derecho legislado no es omnipotente para dibujar a su antojo nuevos modelos de familia prescindiendo de los superiores principios esenciales que hacen a la organización de la sociedad y que están fuera y por encima de la ley y en el propio orden jurídico establecido en la Constitución. Nos referimos al orden público que se convierte así en el principio informador del sistema jurídico; y el primer orden público es la Constitución.

“El derecho natural cumple una función informativa y circunferente de las leyes positivas, en tanto suministra el contenido, la sustancia de la norma, su orientación fundamental; y en cuanto enuncia los principios que el legislador no puede violar sin quitar automáticamente legitimidad a la norma sancionada. La legitimidad de los nuevos modelos de familia dependerá, asimismo, de que tales paradigmas no agredan a la moral pública y las buenas costumbres.”⁴⁸

⁴⁸ ÁLVAREZ, Ana Josefina. Op. cit. p. 190.

No obstante la diferenciación entre derecho y moral, es indiscutible que la cuestión ética interviene decisivamente en las instituciones del derecho familiar. Así como no se deben confundir las buenas costumbres con los prejuicios sociales, también es incorrecto identificar ligeramente a la moral pública con la moral media o mayoritaria existente en un pueblo, en un momento dado. Rechazamos esta equiparación porque, en la realidad actual, la moral media del ciudadano suele ser resultado de la influencia de una minoría que a través de los medios de comunicación masiva han ido formando los criterios que se internalizan en la conciencia y que le hacen admitir como si fueran propios, los que esa minoría le ha inducido a aceptar por falta de la madurez suficiente para realizar su crítica.

“Los individuos responsables deben preocuparse por difundir y defender lo sanos principios de la moral pública contra la propaganda liberadora de ciertos colectivos que actúan embozados bajo el difuso rótulo de reivindicación de la libertad y dignidad del hombre, que impacta y allana una mayor captación de adherentes, en particular en la población de países que han vivido, largos años, bajo gobiernos de fuerza. Puesto que la caracterización de la moral pública y las buenas costumbres varía, según las épocas, y de uno a otro país de acuerdo a su idiosincrasia, las noveles formas de familia tendrán recepción en algunos ordenamientos nacionales y serán rechazadas o ignoradas en otros.”⁴⁹

Por lo anterior, los nuevos paradigmas familiares deben comenzar teniendo un auténtico y maduro acogimiento social para poder, luego, incorporarse a la

⁴⁹ CHINOY, Eloy. Op. cit. p. 191.

normativa legal. Cuando en un país se advierten reservas morales generalizadas frente a definidas uniones fácticas, o a todas ellas, el legislador deberá abstenerse de juridizarlas. Además, siempre que ciertos “modelos de familia” carezcan de interés o de finalidad social, los poderes públicos no deberían intervenir ni para limitar el ejercicio de un derecho, ni para condicionarlo a unos requisitos ajenos a la finalidad indicada. De ahí el peligro de calcar modelos extranjeros e injertarlos en naciones que tienen distintas ideas de la vida, de la moral, de la familia y de la sociedad.

“Actualmente ni la procreación ni la educación y formación de la descendencia son indispensables para que, jurídicamente, exista una familia. Hoy, el elemento fundante común a toda especie familiar es la existencia de cargas de familia. Para la ley, estamos en presencia de una familia siempre que exista el deber de asumir cargas familiares, aunque los miembros de ese grupo familiar (sea unión conyugal, sea convivencia fáctica estable, carnal o asexuada de ayuda mutua) carezcan de parentesco entre sí o de descendencia común”.⁵⁰

A mi juicio, la familia es un conjunto solidario, moral y económicamente, integrado por dos o más individuos que viven ligados por cargas de familia recíprocas, emergentes de los vínculos del matrimonio, de las diversas especies de convivencia estable juridizada, de la filiación, del parentesco o de la tutela, curatela o guarda, siempre y cuando se apeguen a la moral y a las buenas

⁵⁰ MERINO HERNÁNDEZ, José Luis. El Fenómeno de la Pareja no Casada. 2ª ed., Tomo II, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Madrid, España; 2000. p. 419.

costumbres; pero, para los efectos de adopción de menores los homosexuales, no podrán hacer uso de éste derecho.

“Desde el punto de vista del Derecho, la familia no está en crisis. Lo que está en crisis es el matrimonio como exclusivo soporte legal para constituir familia. La afirmación se demuestra constatando que, mientras el matrimonio se disuelve, subsiste la familia porque, incluso entre divorciados perduran las mutuas cargas familiares como los alimentos de toda necesidad”.⁵¹

“Aunque algunos tipos modernos de familia no estén naturalmente orientados hacia la procreación, lo mismo merecen el amparo jurídico integral que las Constituciones aseguran a la familia; porque todos configuran una fuente solidaria de sostenimiento mutuo y de sobrevivencia material y moral para el familiar en penuria”.⁵²

De lo expuesto, se justifica el reconocimiento y protección jurídica constitucional para estos grupos ya que, al asumir cargas familiares, se transforman en calificados centros de solidaridad grupal y familiar, constituyendo instrumentos aptos para la promoción y el logro del bienestar general, que es una de las bases programáticas consignadas en infinidad de Declaraciones y Pactos Internacionales y en la mayoría de las Constituciones Estatales.

⁵¹ SOUTO PAZ, José Antonio. Derecho Matrimonial. 2ª ed., Ed. Marcial Pons, Madrid, España, 2003. p. 36.

⁵² Ibidem. p. 37.

C. Desarrollo de la personalidad del niño.

La potestad de los padres, sobre los hijos, no es una potestad arbitraria; aquellos no pueden hacer lo que quieran de sus hijos. Es un poder de educación limitado por las exigencias de ésta.

Los padres, tienen derecho a exigir de sus hijos todo lo que sea necesario para su educación. Pueden mandarles en la medida en que su educación lo exija. A medida que el niño crece, que su personalidad se desarrolla, que se hace capaz de dirigirse por sí mismo, la potestad de los padres disminuye.

“A la potestad de educación se añade una potestad de gobierno que permite también a los padres exigir de sus hijos ciertas prestaciones. La familia forma una pequeña sociedad cuyos miembros son los hijos y cuyos gobernantes los padres. Mientras los hijos viven en el hogar paterno, tienen que someterse a las exigencias de la vida común tal como los padres la reglamentan y aportar su colaboración a la vida familiar”.⁵³

De lo expuesto, se infiere que, es legítimo que los padres, pidan a sus hijos determinados servicios familiares y que éstos, lo hagan, por obediencia o deferencia, sin que sea fácil determinar la medida en que interviene la obediencia propiamente dicha. Cuando los hijos son pequeños, esa obediencia se confunde con las exigencias de la educación, porque una de esas exigencias es

⁵³ LECLERQC, Jacques. La Familia. 4ª ed., Ed. Herder, Madrid, España; 1961. p. 336.

acostumbrar a una disciplina y, por tanto, a la obediencia. De la misma forma que el hijo está físicamente ligado a su madre mientras ésta lo lleva en su seno, está moralmente ligado a sus padres mientras no tiene uso de razón.

El contacto de la vida familiar, inicia desde el nacimiento, haciendo que el niño se impregne del ambiente familiar, recibiendo su influencia.

Cuando hablamos del desarrollo de la personalidad del niño, nos referimos a los elementos psicológicos y sentimentales que lo determinan en su crecimiento. Así, "llamamos afectividad al conjunto de estados y reacciones psíquicas en los que se experimenta y expresa la repercusión (la importancia, el valor, la significación) que para las necesidades del individuo tiene lo percibido en el mundo. La afectividad se experimenta subjetivamente como una determinada sensación y valencia de agrado o desagrado; se fundamenta tanto en la disposición biológica como en la modulación producida por la estimulación ambiental; se manifiesta por conductas observables (de rechazo, huida, aproximación, etcétera.) y por el correspondiente correlato fisiológico regulado por el sistema nervioso vegetativo".⁵⁴

Como podemos ver, es sumamente importante que el desarrollo de la personalidad del niño, se realice de manera sana y adecuada a tal grado que, si es adoptado por homosexuales éstos, debido a su preferencia sexual, tarde que

⁵⁴ OTERO, Antonio. Conducta y Patología Sexual. 4ª ed., Ed. Masson, Madrid, España; 1998. p. 279.

temprano caerían en la práctica de conductas nocivas para el menor, haciendo que éste tratara de imitar los actos homosexuales, o peor aun que los adoptantes pretendieran tener a un amante en lugar que el hijo.

“Las vivencias afectivas, como las tendenciales, se originan en un fondo psíquico que no es controlable por el Yo consciente, afectan y sobrecogen al hombre (nuestro Yo puede reprimir, reestructurar, comprender, un sentimiento o una emoción, pero no está en su poder el promoverlos directamente) y tienen una tendencia primaria a determinar la conducta, gobierno y estilo de vida”.⁵⁵

Como podemos ver, durante el desarrollo del menor, la voluntad de éste, extiende su control sobre los diferentes procesos psíquicos, hasta llegar finalmente a la esfera más íntima de la vivencia –las tendencias y los afectos- para determinar, en qué medida han de actuar los impulsos a la acción contenidos en ellos. El Yo consigue así, mediante la voluntaria configuración impulsiva y afectiva, regular sus procesos vivenciales internos adquiriendo libertad y autonomía sobre ellos.

Con todo, este proceso de maduración de la regulación afectiva puede verse alterado por la tendencia que tienen los afectos a constituirse en motivación para el comportamiento, en pulsión autónoma que activa la conducta y la orienta en un sentido determinado. Así, el valor de significado, agradable o desagradable, que sobre lo percibido proporciona la afectividad al individuo, tiende no sólo a

⁵⁵ Ibidem. p. 281.

influir de un modo decisivo sobre la totalidad del hombre y sobre sus actitudes frente a la vida y al mundo, sino también a condicionar en diferentes grados la función volitiva del Yo.

La afectividad del ser humano -como el resto de funciones psicológicas- pasa por tres fases de desarrollo: a) la fase vivencial, b) la individual y c) la personal o trascendente. En cada una de esas fases, las necesidades psicoafectivas, y la forma de expresarlas y satisfacerlas, son muy diferentes.

“a) En la fase vivencial o simbiótica (dos primeros años de vida), la necesidad de afecto del niño, experimentada a nivel sensorial y motriz, es muy grande, y cualquier insatisfacción de sus necesidades de apego puede tener consecuencias emocionales intensas y duraderas. De la resolución de esta fase parecen depender rasgos y tendencias emocionales básicos de la futura personalidad, tales como confianza, humor básico, seguridad, etcétera”.⁵⁶

“b) En la fase individual o egoíca (2-3 a 9-10 años) las necesidades afectivas del niño giran ya alrededor de las vivencias de autoevaluación y de las impresiones sobre su valor (aceptación) y poder (reconocimiento); impresiones recibidas al principio, de las personas significativas; poco a poco asumidas y reelaboradas por las experiencias con sus iguales; y, más tarde, durante la pubertad-, consolidadas por la creciente capacidad de crítica del joven, que alcanza así, grados saludables de autonomía, autosuficiencia e independencia del

⁵⁶ HALES YUFOFSKY, Talbott. Tratado de Psiquiatría. 3ª ed., Ed. Masson, Madrid, España; 2000. p. 252.

Yo, a todos los niveles de la personalidad: emocionales, cognitivos y motivacionales”.⁵⁷

“c) En la fase personal o trascendente del desarrollo, la afectividad, junto con el resto de las funciones psíquicas, tiende a perder egocentrismo y a organizarse exocéntricamente (alrededor de objetivos externos al individuo), de forma que las necesidades afectivas de la persona encuentran su satisfacción en las propias vivencias de interdependencia, solidaridad y responsabilidad. A partir de este momento, la única forma saludable de satisfacer las necesidades afectivas de trascendencia viene dada por el descubrimiento del significado y el sentido del universo y, con él, el de la propia existencia”.⁵⁸

De lo anterior, podemos decir que, si esta experiencia de integración y coherencia del mundo no tiene lugar, o se ve impedida o distorsionada por necesidades no resueltas de apego simbiótico o de autoestima egocéntrica, la persona va a padecer un estado -o un trastorno- de inmadurez afectiva que le condiciona o le incapacita para soportar la vivencia de soledad, y con ello, para una realización afectiva saludable. Ni la compañía, ni las normales muestras de afecto y consideración van a ser suficientes para satisfacer sus necesidades “infantiles” de dependencia, cariño y reconocimiento; a la vez que presenta una gran sensibilidad, fragilidad y tendencia a la perturbación afectiva, ante situaciones reales de soledad o de rechazo o menosprecio.

⁵⁷ Ibidem. p. 753.

⁵⁸ Ibidem. p. 754.

D. Identidad sexual del menor.

“Los niños responderán en forma diversa según la edad y el período en que estén. Desde el nacimiento y hasta aproximadamente los dos años, las conductas relacionadas con el placer sexual son mamar, chupar, llevarse todo a la boca, bailar, abrazarse o la petición de que los mantengan cargados, así como también la búsqueda de objetos de textura suave: peluches, cobijas y almohadas”.⁵⁹

En estas edades, es normal tocarse reiteradamente los genitales al dormir. El varoncito se halará el pene, se reirá con la erección y lo mostrará a quienes estén cerca. La hembra por su parte, se tocará la vagina y la abrirá un poco para detallarse mejor. Los niños pueden sentirse sexualmente estimulados con las mamas de la madre o de otras mujeres y podrían intentar tocarlas, pues es la zona del cuerpo de los adultos que más suelen llamarles la atención. Se considera natural que a esas edades los niños traten de orinar como las niñas, y viceversa, pues en un intento por lograr su identidad sexual.

De lo anterior se infiere, que antes de los cinco años el menor despierta su sexualidad obviamente, tal despertar es acorde a la edad que éste tiene siendo su primer estímulo sexual su propia madre, su cuerpo mismo y en general todo lo que lo rodea. Podemos decir que a partir de esta edad el menor empieza a guiar su identidad y preferencia sexual.

⁵⁹ OTERO, Antonio. Op. cit. p. 216.

Después de los cuatro años: "Necesitan saber un poco más, y por ello tratarán de pescar la desnudez de los mayores en cualquier descuido. Los ojos de las cerraduras le brindarán excelentes oportunidades. Si sus padres se bañan con ellos, es probable que quieran tocarlos. La clásica pregunta se hará presente: Papá ¿por qué tú lo tienes así y mamá de otro modo?; ó, Mamá ¿por qué tú tienes pelos y yo no? Lo importante es responder con propiedad y sin exasperarse. En busca de la identidad. El pene de los padres también puede constituirse en motivo de atención tanto para hembras como para varones. Es importante comprender que en busca de su propia identidad sexual, los niños pueden jugar con muñecas, y las niñas asumir actitudes masculinas. Esto no debe ser motivo de preocupación. Tal conducta suele desaparecer posteriormente".⁶⁰

Después de los cuatro años empieza el menor a satisfacer sus dudas y a querer descubrir más allá de lo que en su propio cuerpo observa, es decir, empieza a investigar por sí mismo su cuerpo y el de los demás. Esto se puede decir que es un despertar innato en el hombre o más bien dicho en niños y niñas en general y que a través de sus propias respuestas tales conductas tienden a desaparecer.

A partir de los seis años: "Comienzan los juegos sexuales más activos, surge el encuentro niña-niño, pautado por el tacto de los genitales, la imitación de posturas coitales e incluso puede haber introducción de objetos por el ano. Es posible observar que para este último juego el niño busque a sus compañeros más

⁶⁰ Ibidem. p. 217.

pequeños y que tenga la tendencia de hacer juegos orogenitales. A los siete años los niños empiezan a jugar con los compañeritos de su mismo sexo. Las niñas se juntan con las niñas y en el colegio remarcan esta división. Los roles sexuales comienzan a diferenciarse claramente, y al año siguiente los padres oirán a sus hijos contar chistes verdes, y los verán reírse, pero en el fondo aún no comprenden el significado real de aquello que dicen. Sin embargo, el placer por el contacto físico se mantendrá”.⁶¹

De lo anterior se infiere que, es una consecuencia propia del ser humano el saber más sobre su sexualidad de manera innata para que éste vaya poco a poco conociendo el funcionamiento y sensibilidad de su organismo en esta etapa, muchos de los niños se vuelven precoces para su edad y esto, es motivado muchas de las veces por la falta de precaución de los padres o personas que los rodean al ejecutar actos sexuales delante de los menores logrando que éstos despierten a temprana hora al sexo.

Después de los nueve años: “Su interés por el sexo probablemente se vea animado por la actitud de secreto que gira alrededor de él. Los compañeritos se reunirán y hablarán del tema en susurros. Probablemente las revistas pornográficas circulen clandestinamente. Se iniciará la masturbación, quizás siguiendo el ejemplo del grupo, y tal vez se establezcan juegos de competencia en cuanto a capacidad sexual”.⁶²

⁶¹ Ibidem. p. 218.

⁶² Ibidem. p. 219.

De los nueve años en adelante la sexualidad en el menor y su afán por conocer más acerca de esto se vuelve una interrogante y a la vez un tabú que, si el menor no está debidamente instruido en estos menesteres crecerá con una idea totalmente equivocada acerca de la sexualidad, razón por la cual, se propone que dicha instrucción se haga en el hogar y obviamente, con la ayuda de los maestros en las distintas instituciones educativas porque muchas de las veces el homosexual no nace, se hace.

Estas, son expresiones sanas, y solo podrían considerarse patológicas, si al persistir, interfieren en manifestaciones características de otras edades. La sexualidad como elemento integral.

No puede circunscribirse la sexualidad al ámbito de los genitales. Consideramos que, el individuo debe luchar siempre por una sexualidad libre, y debe rescatarla en cada etapa de la vida como elemento integral. Los adultos, por su formación represora, no entienden al niño como ser sexual, porque consideran al sexo algo pecaminoso. La socialización reemplaza al placer por el deber. Es lógico que un individuo educado así, se convierta en represor.

En estricto rigor, en cada sujeto su identidad sexual se inicia antes de su nacimiento en la medida que es deseado, buscado, fantaseado e imaginado, como hija o hijo, por sus padres. Y estos deseos y fantasías pueden poseer tal valor e importancia que terminarán constituyendo una suerte de destino. Si en una familia, por ejemplo, primero nació una hija, es altamente probable que el papá, la mamá o ambos deseen que el segundo sea un varón, más aún si ya existen dos mujeres o

dos varones. Hay mujeres que se embarazan muchas veces en pos del varón o de la niña que no llega.

En consecuencia, estos deseos constituyen parte importante de la estructura de la identidad sexual. Si el niño que nace responde a los deseos de cualquiera de sus padres, tendrá más fácilmente un espacio propio, legítimo y adecuado que aquél que contradice estos deseos. De hecho, no faltan mamás que, negando las señales de la anatomía, sobre el cuerpo de un varón, pretenden construir una falsa mujer, o al revés. Con frecuencia se ve a varoncitos vestidos y tratados casi como si fuesen mujeres. Es obvio que, para estos niños, será sumamente conflictivo lograr una identidad sana y consistente.

“La identidad sexual, es un proceso psíquico, social y cultural que se realiza mediante la intervención de una serie de modelos ofrecidos por la familia, la sociedad y la cultura; la identidad implica ser semejante, parecido a otros: cada varón y cada mujer se construyen de conformidad a otras mujeres y varones que se encuentran en el entorno familiar y social. Sólo al ser humano le corresponde este privilegio que hace que su sexualidad sea única e irreconciliable con cualquiera otra”.⁶³

De acuerdo a esta hipótesis, la madre o padre constituyen el primer espejo en el cual se mira todo bebé. No importa si es niña o niño, la relación que el hijo establece con su madre es la primera y la más importante no sólo porque le asegura la supervivencia, sino también porque será, en gran medida, el modelo

⁶³ VERDUZCO ÁLVAREZ-ICAZA, Angélica. “Orientaciones para Desarrollar la Autoestima del Niño” Revista Saludable, Volumen 12, Número 2, México, 2004. p. 14.

determinante de toda otra relación a lo largo de la vida. La mamá, al asumir a su hijo como varón o como mujer, califica el sentido de la virilidad o de la feminidad de acuerdo a sus propias experiencias, fantasías y expectativas. Por ejemplo, si para una mamá no es placentero ser mujer, si vive su propia feminidad como una experiencia no gratificante o como un mal, construirá la feminidad de su hija desde esta posición de frustración. Más inconsciente que conscientemente, dice a su hija que no vale la pena ser mujer, mientras que al hijo le transmite la fantasía del privilegio de la virilidad, de su poder y de su dominio sobre las mujeres tratadas como seres de segunda categoría.

De esta manera, la mamá se constituye en modelo de ser mujer tanto para la hija como para el hijo. A lo largo de los primeros años, la madre y el padre aportan un sinnúmero de mensajes de carácter verbal: expresiones, elementos discursivos, sentencias, criterios, valoraciones, normas, actitudes y múltiples acciones; a esto se añaden sus posiciones afectivas: bondad, ternura, respeto, amargura, desprecio, agresión, tolerancia, benevolencia. Con todo este bagaje van construyendo la estructura sexual de sus hijos e hijas. Al mismo tiempo, los dos construyen imágenes ideales de mujer y de varón con las cuales tanto las niñas como los niños se identifican. Como efecto de esta relación, se producen las imágenes ideales de mujer y de varón que poseen un doble destino: por una parte configuran la virilidad y la feminidad en hijas e hijos y, por otra, serán los modelos de mujer y de varón que, más tarde, determinarán las relaciones amorosas.

A manera de resumen, diremos que es importante y fundamental la identidad sexual del menor ya que esta, viene determinada desde su gestación, y

en muchos casos, se determina por lo que el menor ve. En estas circunstancias, si el infante, es testigo desde su temprana edad de conductas homosexuales, probablemente se incline por adoptarlas, por ello, no es conveniente que los menores sean adoptados por homosexuales porque se estaría en contraposición del interés del niño.

E. Derecho al normal desarrollo psico-sexual del niño.

Hace casi sesenta años, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Declaración Universal de Derechos del Hombre como un instrumento contra la opresión y la discriminación, como un ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben de esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las naciones promuevan el respeto a estos derechos universales.

“El 10 de Diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó en el Palaix de Chaillot en París, Francia la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, que previamente la Comisión del mismo nombre le había sometido, recomendándose a todos los Estados miembros que publicaran el texto de la misma y aseguraran su divulgación y estudio. Por primera vez en la historia, la comunidad internacional adoptaba un documento que se consideraba de valor universal”.⁶⁴

La Declaración Universal abarca toda la gama de Derechos Humanos en 30 artículos. Los dos primeros artículos sientan la base universal de los Derechos

⁶⁴ QUINTANA ROLDAN, Carlos; Norma Sabido Peniche. Derechos Humanos. 2ª ed., Ed. Porrúa, México; D.F., 2001. p. 189.

Humanos, al establecer que: Los seres humanos son iguales porque comparten la misma dignidad humana esencial; los derechos humanos son universales, porque les pertenecen a la humanidad entera. Los dos artículos garantizan que los Derechos Humanos sean patrimonio de todos y no privilegio de un grupo selecto, o privilegio que pueda concederse o negarse.

El Artículo 1 declara que, “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y dotados, como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.” Y por su parte el Artículo 2 reconoce la dignidad universal de una vida libre de discriminación, al consagrar que: “Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.”

Es por ello, que creemos que el reconocimiento de los derechos de la institución de la familia en el marco del desarrollo de los Derechos Humanos no puede ignorar las palabras originales, la finalidad y el espíritu de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. La Declaración reconoce en la institución natural del matrimonio como donación mutua de amor entre hombre y mujer –constitutivo de una unión estable y abierta a la procreación y educación de la prole-, el principal fundamento de la familia. Es por tanto en el tratamiento que los pueblos dan a la familia, en el reconocimiento de su valor fundamental e insustituible o por el contrario, en las formas variadas de descuido o de hostilidad y acoso que dificultan su misión, donde se fragua el futuro de la humanidad.

Con base en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en la Declaración de Ginebra de 1924; el 20 de noviembre de 1959, se proclama la declaración Universal de los Derechos de los Niños, considerando que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento; a fin de que éste pueda tener una infancia feliz y gozar, en su propio bien y en bien de la sociedad, de los derechos y libertades que en ella se enuncian e insta a los padres, a los hombres y mujeres individualmente y a las organizaciones particulares, autoridades locales y gobiernos nacionales a que reconozcan estos derechos y luchen por su observancia con medidas legislativas y de otra índole adoptadas progresivamente en conformidad con los siguientes principios:

“PRINCIPIO 1.-El niño disfrutará de todos los derechos enunciados en esta Declaración. Estos derechos serán reconocidos a todos los niños sin excepción alguna ni distinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión.

PRINCIPIO 2.- El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, en condiciones de libertad y dignidad.

PRINCIPIO 3.- El niño tiene derecho desde su nacimiento a un nombre y a una nacionalidad.

PRINCIPIO 4.-El niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados.

PRINCIPIO 5.- El niño física o mentalmente impedido o que sufra algún impedimento social debe recibir el tratamiento, la educación y el cuidado especiales que requiere su caso particular.

PRINCIPIO 6.- El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres.

PRINCIPIO 7.- El niño tiene derecho a recibir educación que será gratuita y obligatoria por lo menos en las etapas elementales, una educación que favorezca su cultura general. El niño debe disfrutar plenamente de juegos y recreaciones los cuales deberán estar orientados hacia los fines perseguidos por la educación.

PRINCIPIO 8.- El niño debe, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro.

PRINCIPIO 9.- El niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación. No deberá permitirse al niño trabajar antes de una edad mínima adecuada; en ningún casos se le dedicará o permitirá ocupación o

empleo que pueda perjudicar su salud o su educación, o impedir su desarrollo físico, mental o moral.

PRINCIPIO 10.- El niño debe de ser protegido contra las prácticas que puedan fomentar la discriminación racial, religiosa o de cualquier otra índole. Debe ser adecuado en un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos, paz y fraternidad universal, y con plena conciencia de que debe consagrar sus energías y aptitudes al servicio de sus semejantes”.⁶⁵

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo tercero asegura que: “Todo individuo tiene derecho a recibir educación. El Estado - federación, estados, Distrito Federal y municipios-, impartirá educación preescolar, primaria y secundaria. La educación preescolar, primaria y secundaria conforman la educación básica obligatoria.

La educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la Patria y a la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia.”

El artículo cuarto del mismo ordenamiento supremo, establece que: “Toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar.

⁶⁵ Ibidem. p. 274.

Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.

Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.”

En este sentido, el Código Civil Federal protege el normal desarrollo psicosexual del menor en varios artículos relativos al tema en cuestión, pero de manera clara y concisa, los artículos 323-Bis y 323-Ter., señalan:

“Artículo 323-Bis. Los integrantes de la familia tienen derecho a que los demás miembros les respeten su integridad física y psíquica, con objeto de contribuir a su sano desarrollo para su plena incorporación y participación en el núcleo social. Al efecto, contará con la asistencia y protección de las instituciones públicas de acuerdo con las leyes.”

“Artículo 323-Ter. Los integrantes de la familia están obligados a evitar conductas que generen violencia familiar.

Por violencia familiar se entiende el uso de la fuerza física o moral, así como las omisiones graves, que de manera reiterada ejerza un miembro de la familia en contra de otro integrante de la misma, que atente contra su integridad física, psíquica o ambas independientemente de que pueda producir o no lesiones, siempre y cuando el agresor y el agredido habiten en el mismo domicilio y exista una relación de parentesco, matrimonio o concubinato.”

De igual forma, el Código Civil para el Distrito Federal comprende varias disposiciones que tienen como finalidad proteger al menor; a lo largo del título relativo a la familia, no obstante sólo citaremos los que contienen el principio general:

“Artículo 323-Ter. Los integrantes de la familia tienen derecho a desarrollarse en un ambiente de respeto a su integridad física, psicoemocional, económica y sexual y tienen la obligación de evitar conductas que generen violencia familiar.

A tal efecto, contarán con la asistencia y protección de las instituciones públicas, de acuerdo a las leyes para combatir y prevenir conductas de violencia familiar.”

“Artículo 323-Quáter. La violencia familiar es aquel acto u omisión intencional, dirigido a dominar, someter, controlar o agredir física, verbal, psicoemocional, o sexualmente a cualquier integrante de la familia dentro o fuera del domicilio familiar, y que tiene por efecto causar daño, y que puede ser cualquiera de las siguientes clases:

- I. Violencia física: a todo acto intencional en el que se utilice alguna parte del cuerpo, algún objeto, arma o sustancia para sujetar, inmovilizar o causar daño a la integridad física del otro;
- II. Violencia psicoemocional: a todo acto u omisión consistente en prohibiciones, coacciones, condicionamientos, intimidaciones, insultos, amenazas, celotipia, desdén, abandono o actitudes devaluatorias, que provoquen en quien las recibe alteración auto cognitiva y auto valorativa que integran su autoestima o alteraciones en alguna esfera o área de la estructura psíquica de esa persona;
- III. Violencia económica: a los actos que implican control de los ingresos, el apoderamiento de los bienes propiedad de la otra parte, la retención, menoscabo, destrucción o desaparición de objetos, documentos personales, bienes, valores, derechos o recursos económicos de la pareja o de un integrante de la familia. Así como, el incumplimiento de las obligaciones alimentarias por parte de la persona que de conformidad con lo dispuesto en éste Código tiene obligación de cubrirlas, y
- IV. Violencia sexual: a los actos u omisiones y cuyas formas de expresión pueden ser: inducir a la realización de prácticas sexuales no deseadas o que generen dolor, practicar la celotipia para el control, manipulación o dominio de la pareja y que generen un daño.

No se justifica en ningún caso como forma de educación o formación el ejercicio de la violencia hacia las niñas y niños.

Para efectos de éste artículo, se entiende por integrante de la familia a la persona que se encuentre unida a otra por una relación de matrimonio, concubinato, o por un lazo de parentesco consanguíneo, en línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado, colateral o afín hasta el cuarto grado, así como de parentesco civil.”

El Estado a través de la legislación penal federal señala delitos especiales cometido en perjuicio de los niños; así, tenemos corrupción de menores e incapaces, pornografía infantil y prostitución sexual de menores, abuso sexual, estupro, aborto, abandono de personas y violencia familiar.

El Código Penal para el Distrito Federal; en su catálogo de Delitos cometidos contra menores, señala aborto, omisión de auxilio o de cuidado, tráfico de menores, retención y sustracción de menores o incapaces, estupro, corrupción de menores e incapaces, pornografía infantil y violencia familiar.

Con ello, se demuestra que no es indiferente a la sociedad y al gobierno, cómo las niñas y niños cumplen ese tránsito desde su absoluta dependencia hasta alcanzar su plena integración en el mundo adulto. Por lo anterior, consideramos que la sociedad y el derecho, tienen un compromiso con la infancia para dotarles de las condiciones que permitan su desarrollo integral, ello exige evitarles entre otras cosas, situaciones de abuso, de violencia, de carencia de elementos indispensables para su desarrollo y de satisfacción de sus necesidades básicas; por ello, deben establecerse mecanismos de acompañamiento y asistencia

basados en las antiguas instituciones jurídicas de la patria potestad y tutela, y establece la obligación del Estado y de la sociedad, de garantizar en el seno familiar, la cobertura de necesidades y la generación de condiciones idóneas, o al menos suficientes, para que el proceso de desarrollo infancia-adolescencia pueda verse cumplido.

F. Patrones de la conducta homosexual.

La conducta homosexual se refiere a la forma de comportarse, de acuerdo a los estereotipos sociales admitidos. Los hombres se adscriben a patrones de comportamiento masculino; las mujeres a los femeninos.

No es infrecuente que algunos homosexuales tengan conductas que representan una exageración de los estereotipos femeninos. A esto se llama “llevar plumas” o “enseñar pluma”, en referencia a las “boas” de pluma, propias de los años veinte o de las coristas de cabaret. Los gays que “se empluman” suelen llamarse “locas” o “locas con pluma”. De todas formas, conocemos gays muy serios, en su vida pública, que, en el ambiente propio de los gays, se empluman y se comportan de forma exageradamente afectada, incluso refiriéndose a sí mismo en género femenino. De similar forma, algunas lesbianas, aún orgullosas de ser mujeres (identidad femenina) adoptan actitudes hombrunas, de marimacho, exagerando tales características con afectación.

Es difícil ubicar en patrones de conducta a los homosexuales, pues a veces te encuentras con casos particulares muy enmarañados. Por ejemplo: un varón (sexo cromosómico varón, sexo aparente varón) con identidad masculina

marcada, puede tener orientación homosexual y deleitarse por varones, en tanto que, en según qué momentos, su conducta puede ser de “loca con pluma” a pesar de su apariencia hercúlea y su bien poblado bigote.

El énfasis sobre este tema, también ha sido muy marcado hacia la homosexualidad masculina, quizá debido a que en las mujeres ciertas conductas de aprecio como el darse besos, abrazarse y tomarse de la mano, siempre han sido consideradas como normales a pesar de que el homosexualismo también es una conducta que se da en las mujeres, por lo que actualmente también se manifiestan a favor de sus derechos, grandes grupos de lesbianas, que luchan por su aceptación y reconocimiento.

Un gran número de médicos, psicoanalistas y psicólogos que han estudiado la homosexualidad la han calificado en algún momento como enfermedad, sin contar con que esta calificación, también es aceptada por la mayor parte de la sociedad.

La conclusión ahora, a la que han llegado muchos especialistas en el tema, es que “la homosexualidad es una condición que en sí misma, solamente tiene efectos menores sobre el desarrollo de la personalidad. Pero las actitudes de las demás personas hacia esta condición, crean una situación de tensión que puede tener un efecto profundo en el desarrollo de la personalidad, en la salud integral y puede conducir a un deterioro del carácter de un género, al que se le impide la integración efectiva en la comunidad”.⁶⁶

⁶⁶ ERIBON, Didier. Op. cit. p. 274.

“Una proporción mínima de homosexuales son incapaces de resistir a las presiones sociales. Muchos de ellos se encuentran en prisiones o clínicas y sus conductas violentas en muchos casos, fueron influenciadas por la hostilidad social a la que han sido sujetos. Los que han aprendido a controlar estas presiones sociales, se han adaptado a su condición e integrado de forma adecuada a la sociedad; sin embargo, la mayoría prefieren guardar el anonimato de su sexualidad, para no crear situaciones o dar motivos para ser rechazados. Esto es lo que influye determinadamente en su salud, ya que al tener sentimientos constantes de culpa, una baja autoestima y una sensación de anormalidad, su salud mental y social se afecta de forma determinante”.⁶⁷

Lo cierto es que, el homosexual no es una amenaza para la sociedad, más de lo que lo puede ser, un heterosexual y como lo decía Freud, “la homosexualidad no es seguramente algo ventajoso, pero tampoco es nada de lo que uno deba avergonzarse, no es un vicio, ni degradación, ni herejía, ni se le puede clasificar como una enfermedad. No se hereda y si podría o no influir en ella, una educación castrante, con temor o frustraciones hacia el otro sexo, aún no está completamente comprobado que así sea”.⁶⁸

Lo que es una realidad, es que los homosexuales tanto hombres como mujeres, están luchando por su reconocimiento, respeto y privilegios que los heterosexuales tienen, como es el matrimonio o el poder adoptar un hijo. Muchos

⁶⁷ Ibidem. p. 274.

⁶⁸ Cit. por Ibidem. 275.

de ellos ya no lo niegan y ya no se ocultan, lo que les permite vivir más tranquilos y con menos culpa.

El origen de esta preferencia sigue siendo un misterio de la sexualidad, aunque Kinsey considera que “en algún momento de nuestra vida, todos tenemos al menos alguna fantasía, deseo, impulso o contacto sexual con personas de nuestro mismo sexo y que por lo menos el 50 % de los hombres así como el 28% de las mujeres, no son exclusivamente heterosexuales durante su vida”.⁶⁹

Aquí por tanto, lo importante es comprender que la homosexualidad no es una enfermedad y que toda persona tiene derecho a manifestar su sexualidad de forma libre y responsable, sin agredir los derechos de los demás.

Cualquier comportamiento no heterosexual y, por lo tanto, toda persona con deseos homosexuales, transgrede diversas reglas y pone en cuestión importantes valores en los que se apoya nuestra sociedad. Fundamentalmente éstos:

- Transgrede la norma reproductiva,
- Interfiere el contrato matrimonial clásico y el sistema de herencia consecuente,
- Se enfrenta a la normativa religiosa de nuestra cultura (es considerado "pecado"),

⁶⁹ RUSE, Michael. Op. cit. p. 199.

- Confunde la norma sobre reparto de roles sexuales en que se basa nuestra organización social del trabajo,
- No hay definido un rol en nuestra sociedad al que estas personas puedan acogerse. No hay normas sobre cómo actuar o cómo vivir, lo que implica la inexistencia de una forma "correcta" de comportarse,
- Confunde la idea de los sexos y sus caracteres activo / masculino pasivo/femenino, y especialmente cuestiona la norma patriarcal según la cual el hombre-heterosexual-padre-activo detenta el poder familiar y social.

La libre aceptación de la homosexualidad interfiere el complejo sistema de valores en el que se fundamenta nuestra sociedad, y por lo tanto la norma cultural lo ha rechazado. Sin embargo, prácticamente todos estos valores están siendo puestos en cuestión en la actualidad. Muy probablemente esta sea la razón por la que la homosexualidad y en general las prácticas no reproductivas empiezan a valorarse menos negativamente. De alguna forma el movimiento feminista comparte muchos de los objetivos por los que luchan los movimientos de liberación homosexual ya que, en el fondo, ambos chocan contra el sistema normativo patriarcal que subyace a nuestro sistema social.

Podemos concluir que, los comportamientos homosexuales chocan frontalmente contra todo el sistema cultural de nuestra sociedad, interfiriendo y poniendo en cuestión normas que se han considerado básicas e inmutables. La homosexualidad es la demostración práctica de que tanto las relaciones sexuales

como el sistema de géneros son flexibles, no están fijados de forma absoluta y, por lo tanto, pueden ser modificados por los individuos en función de sus necesidades

G. Trastorno psicológico o una manera distinta de vivir el sexo.

La homosexualidad como forma de expresión de la sexualidad, es una conducta que se ha desarrollado durante toda la historia de la humanidad, pero que durante mucho tiempo se ha manejado de forma oculta, perversa, denigrante, degenerante y hasta sucia.

Hoy en día el hablar de homosexualidad, grupos gay, o preferencias sexuales distintas a la heterosexualidad, es algo común y es que las personas que manifiestan su sexualidad a través de estas preferencias, están luchando por sus derechos sexuales, de la misma forma que lo hacen los que mantienen una relación de pareja hombre-mujer.

El análisis de la homosexualidad ha pasado por todos los terrenos, biológicos, educativos y psicológicos y por varias especialidades médicas, ya que se ha estudiado desde el punto de vista funcional, hereditario, hormonal y genético.

“Con el descubrimiento de la testosterona en 1934, se trató de dar una explicación sobre la homosexualidad, suponiendo que se encontraba en pocas

cantidades o no se producía en los hombres homosexuales; sin embargo, se comprobó que esta hormona, que es la que determina los caracteres sexuales masculinos como el tono de voz, la configuración corporal, la aparición de vello en el cuerpo y otras características, no está ausente en hombres homosexuales”.⁷⁰

“Se ha discutido mucho sobre la definición de la homosexualidad como enfermedad y ha habido, y sigue habiendo, enormes controversias. Es cierto que no es un cuadro nosológico en sí mismo: uno puede ser homosexual neurótico, psicótico, psicopático o normal desde el punto de vista psiquiátrico, al igual que los heterosexuales. La Organización Mundial de la Salud retiró a la homosexualidad del listado de enfermedades. La Asociación Norteamericana de Psiquiatría (APA) ha hecho una declaración en contra de las llamadas terapias correctivas”.⁷¹

Sobre la base de estudios antropológicos se puede afirmar que la homosexualidad es una constante universal de la cultura. Se ha observado su presencia tanto en pueblos primitivos como en otros altamente desarrollados; en sociedades en decadencia tanto como en aquellas que estaban en su apogeo, y no depende de los valores religiosos de una civilización dada. Siempre se menciona a los griegos, que habían alcanzado altísimos niveles culturales y políticos, como cultores del amor homosexual. En esto cabría hacer una aclaración: en principio eran partidarios de un pansexualismo, es decir un culto al amor y al erotismo. No solían ser homosexuales exclusivos y amaban la virilidad total. Esto se apoyaba en una verdadera aversión o desprecio por las mujeres

⁷⁰ OTERO, Antonio. Op. cit. p. 231.

⁷¹ HALES YUFOFSKY, Talbott. Op. cit. p. 703.

(misoginia), a quienes consideraban inferiores. Platón, en "El Banquete", aconsejaba enviar a la guerra a parejas de varones para que se defendieran mutuamente. Algo de esto ocurría con la pareja de Aquiles y Patroclo, en "La Ilíada".

Pese a muchas investigaciones adelantadas, la ciencia aún no ha podido descubrir qué determina la orientación sexual de una persona, sea ésta heterosexual, homosexual o bisexual. Obviamente, en el caso de la heterosexualidad se espera un comportamiento de las personas de acuerdo a su sexo biológico.

Nadie sabe qué causa la homosexualidad. La ciencia ha demostrado algunas tendencias que son importantes de comentar. Se sabe que los niños criados por parejas de homosexuales o lesbianas, tienen mayores probabilidades de ser homosexuales que los hijos de personas heterosexuales. En realidad, no se puede determinar que los padres tengan toda la influencia en la definición sexual de los hijos. Tampoco se puede decir que las personas se convierten en homosexuales porque en la infancia hayan sido seducidas por personas mayores del mismo sexo.

“Un ejemplo a favor de cómo el medio no influye en el porcentaje de homosexuales que pueda tener una sociedad, es el referido en el informe Kinsey de una tribu de Nueva Guinea, en la que todos los varones adolescentes viven en grupos con adultos masculinos, quienes con prácticas homosexuales, les

"enseñan a ser hombres". Posteriormente, los jóvenes se casan con mujeres de la misma tribu y desarrollan una sexualidad con su pareja sin volver a tener sexo homosexual nunca más (en un 95% de los casos). El 5% restante adopta la homosexualidad. Es bueno recordar que, a nivel mundial, se estima entre 1% y 7% la población homosexual dependiendo de la influencia cultural. El promedio mundial se calcula en un 5%, por lo que este ejemplo demuestra que aún "enseñando la homosexualidad" ésta no crece por ello".⁷²

Aquí, obviamente, se trataba de adolescentes de arriba de 14 años, no así de menores de esta edad, que desafortunadamente pueden ser fácilmente inducidos a realizar conductas homosexuales o lésbicas. Aquí la pregunta sería, ¿para qué correr el riesgo? Pero, en caso de correrlo buscar las precauciones adecuadas para revocar la adopción.

“En 1993, por primera vez, se halló lo que se presume una prueba genética de la homosexualidad: Se observaba que los homosexuales tenían más parientes (primos y tíos) homosexuales del lado materno, que de los parientes del padre. Lo que parecía indicar la existencia de una predisposición genética transmitida por el cromosoma "X", aportado por la madre, en la conformación cromosómica de los hijos. Como se sabe el padre aporta el cromosoma "Y". Aún cuando en otras épocas se afirmaba que el gusto por personas del mismo sexo que experimentaban algunos individuos, se debía a problemas hormonales o a

⁷² Comunidad Homosexual. http://www.comgay/sexuar/menu/america/re_190.html. Consultado 7 febrero 2005.

enfermedades transmitidas genéticamente, no es sino hasta hace tres años que el investigador Dean Hamer, del Instituto Nacional del Cáncer de Estados Unidos, arrojó mayores luces al respecto. Este científico y su equipo, lograron determinar que una región entera del cromosoma X, heredado de la madre, trae la zona denominada Xq28, que predispone a la homosexualidad masculina. Es -al parecer- la mayor evidencia de que la orientación sexual tiene un componente genético”.⁷³

Esta teoría tiene sentido si observamos que en investigaciones con gemelos, se demostró que en los univitelinos (provenientes del mismo óvulo) una mayoría del 53 por ciento presentan conductas homosexuales en ambos casos. Sin embargo, la existencia del 47 por ciento restante determina que uno de los gemelos no presenta dicha conducta, lo que puede llevar a concluir que el llamado "Gen Gay" predispone a la homosexualidad más no la determina. También este 47 por ciento nos expresa que, a pesar de tener la misma carga genética, los mismos patrones de conducta y la misma formación y educación, no hay nada seguro y echa por tierra la mayoría de las teorías y conclusiones hasta el presente.

A pesar de esto, algunos investigadores sociales han concluido que, en el proceso del desarrollo psicosocial del niño, pueden haber factores externos que predispongan a una actitud homosexual en el niño.

“La ciencia continúa investigando. En 1995, las doctoras June M. Reinisch y Ruth Beasley, del Instituto Kinsey de los Estados Unidos, publicaron los últimos

⁷³ Ibidem. p. 510.

resultados obtenidos de una encuesta sobre conocimientos sexuales de los norteamericanos. Se establece que las explicaciones acerca de madres dominantes y padres represivos, no aplican como una causa para determinar las conductas homosexuales. También determinó que las personas no eligen ser gays y ningún científico puede explicar con certeza por qué una persona lo es. Igualmente, plantea que los adolescentes gays pueden ser particularmente vulnerables al suicidio. El miedo al rechazo por parte de la familia y los amigos, se considera uno de los principales motivos en los intentos de suicidio. De acuerdo a cifras, uno de cada tres suicidios de adolescentes, tienen que ver con el rechazo a ser homosexuales. En sus conductas iniciales, a la mayoría de los homosexuales no les gusta aceptarse como tales. Esta es la razón primaria por la cual acuden a la consulta por sí mismos o llevados por los padres. En ambos casos quieren -a través de alguna terapia- lograr una sexualidad acorde a su sexo biológico".⁷⁴

El estudio de la sexualidad, para el psicoanálisis, sólo tiene sentido cuando involucra la comprensión del psiquismo de una persona, sus identificaciones, la formación de la persona como sujeto de una cultura, su comportamiento de un modo general, pero más aún, cuando violenta o pueda violentar los derechos de un tercero, en este caso, de un menor de edad que puede ser adoptado mediante los estudios e inspecciones requeridas por una familia de bien. Ante esto, el derecho familiar y el derecho en general debe ser previsor para resguardar el interés del menor.

⁷⁴ Influencia y Conocimiento Sexual. <http://www.intradop.adopcion.org/preponde.html>. Consultado 7 febrero 2005.

CAPÍTULO TERCERO

PATRIA POTESTAD Y ADOPCIÓN

La evolución que presenta esta institución en sus diferentes etapas, desde la primitiva monarquía, la corta etapa de la república, y los quince siglos del imperio romano, de occidente y luego de oriente, es la de un original poder absoluto del padre, suavizado lentamente, en sus consecuencias, compartido después por la madre, y limitado al final con el tiempo.

La evolución de esta institución, ha sido acuciosamente estudiada por los investigadores históricos desde el debilitamiento del omnímodo poder paterno. Las causas han sido complejas, tan complejas como todo el proceso histórico de las sociedades. Se han querido ver causas de orden político, como la creciente intervención del Estado en las relaciones familiares, Recordemos la conocida frase de que el Derecho Romano se detenta a las puertas del hogar, en donde gobernaba el pater familias. La influencia estatal en la actualidad, se extiende a casi todos los ámbitos de la vida social, y lentamente el Derecho Público va ampliando su esfera, minando la del Derecho Privado. La vida familiar, es uno de los ámbitos más íntimos y privados del ser humano, recibe la influencia y la intervención estatal, ya otorgando licitud a las relaciones entre los sujetos, ya imponiendo normas imperativas o prohibitivas. De las instituciones del Derecho Familiar es precisamente la patria potestad, una de las más reguladas por el orden jurídico.

De esta breve introducción, corresponderá precisar el concepto de patria potestad.

A. Concepto de patria potestad.

Como sabemos, la actitud de proteger, velar, educar y mirar por el interés y el bienestar de los hijos es en buena medida derivada de la naturaleza misma de la patria potestad. La mayor parte de los progenitores, sobre todo las madres, asumen sus responsabilidades como tales en forma no sólo espontánea, sino amorosamente entregada al bienestar del hijo. La protección a los críos es en buena medida natural, forma parte del instinto de conservación extendido ya no sólo al individuo sino a la especie misma.

La vida es el valor por excelencia, sustento de todas las demás que configuran el sentido de la existencia humana. El Derecho que es un instrumento de convivencia, recoge los valores mínimos de las relaciones humanas, entre ellos el de la protección de los desvalidos y los eleva a la categoría de conductas de interés público.

La patria potestad, es la institución reguladora de las relaciones entre padres e hijos, mientras éstos no han alcanzado la edad necesaria para bastarse a sí mismos. El conjunto de deberes y derechos que componen esta institución se consideran de interés público al establecerlo la ley como un cargo irrenunciable.

Guillermo A. Borda, define esta institución de la siguiente manera. "es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las

personas de sus hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos, mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado”.

75

Por otra parte, María Josefa Méndez Costa y Daniel Hugo D’Antonio la conceptúan como: “la institución protectora de la minoridad, natural y legalmente puesta a cargo de los progenitores a los fines de lograr el pleno desarrollo y formación integral de los hijos”.⁷⁶

Asimismo, María Dolores Díaz-Ambrona Bardají y Francisco Hernández Gil manifiestan que: “La patria potestad es la institución protectora del menor por excelencia, fundada en una relación de filiación, cualquiera que sea su naturaleza (matrimonial, no matrimonial o adoptiva). Actualmente, más que un poder, es una función establecida en beneficio de los hijos menores, ejercida por ambos progenitores conjuntamente y cuyo contenido está formado más por deberes que por derechos.”⁷⁷

De los conceptos vertidos, se infiere una protección de los padres hacia los hijos, es una institución derivada del vínculo paterno-materno filial que relaciona ascendientes con descendientes.

⁷⁵ BORDA, Guillermo A. Manual de Derecho de Familia. 11ª ed., Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, República de Argentina; 1993. p. 9.

⁷⁶ MÉNDEZ COSTA, María Josefa; D’ANTONIO, Hugo. Derecho de Familia. Tomo I, 2ª ed., Ed. Rubinzalculzoni, Buenos Aires, República de Argentina. 1994. p. 21.

⁷⁷ DÍAZ AMBRONA BARDAJÍ, María Dolores y Francisco Hernández Gil. Lecciones de Derecho de Familia. 2ª ed., Ed. Centro de Estudios Ramón Arces, Madrid, España, 1991. p. 327.

Carlos Magaz Sangro la conceptúa como: “una función tuitiva genérica, que la ley conoce a ambos progenitores, en relación con los hijos menores o incapacitados”.⁷⁸

Para el Dr. Julián Güitrón Fuentesvilla, “la patria potestad es una institución de Derecho Familiar derivada de la filiación, que tiene por objeto la asistencia, formación, guarda y protección de la persona y la administración prudente de los bienes de los descendientes menores de edad sujetos a ella”.⁷⁹

Aquí, observamos que existe, un conjunto de deberes orientado a la persona del menor, de contenido extramatrimonial no valorable en dinero, y que se refieren a la buena educación y atención del menor, pero también, existe una serie de obligaciones, orientadas a la administración de los bienes del mismo. Por lo tanto, la patria potestad se compone de una serie de deberes y obligaciones que ejercen el padre y la madre, correlativamente, existen también derechos de los padres.

La patria potestad, significa una representación total y diversa a la que puede encontrarse en el derecho patrimonial. Es una representación que comprende a la persona del menor y sus bienes. En relación a la persona, se da para el desempeño de los deberes jurídicos familiares que buscan la promoción integral del menor en todo el aspecto humano, psicológico y espiritual. La representación en cuanto a esos bienes, corresponde a la administración del

⁷⁸ MAGAZ SANGRO, Carlos. La Patria Potestad en los Pleitos Matrimoniales. 1ª ed., Ed. Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, España; 1998. p. 99.

⁷⁹ GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián y Susana Roig Canal. Nuevo Derecho Familiar en el Código Civil de México, Distrito Federal del año 2000. 1ª ed., Ed. Porrúa, México, D. F., 2003. p. 273.

patrimonio del menor, con las limitaciones impuestas por la ley. Consecuentemente nos encontramos con una representación amplísima, en la que se comprende, no sólo lo patrimonial y económico, sino la persona misma del representado, lo que se da sólo en el Derecho Familiar.

El nuevo Código Civil del Distrito Federal, determina, “que los niños y niñas hasta los doce años de edad, deben de estar para su guarda y custodia, en el caso de un divorcio, con la madre. Bien entendido que la patria potestad seguirá siendo ejercida por el padre y la madre, aun cuando ella sea la que física y materialmente tenga los hijos e hijas en su poder”.⁸⁰

De lo anterior, podemos definir a la patria potestad como, el conjunto de derechos, deberes y obligaciones, conferidos por la ley a los padres con respecto a la persona y bienes de sus hijos, desde el nacimiento hasta la mayoría de edad o la emancipación, para su bien y protección mientras son menores, y para que los representen en tal periodo. Implica el derecho-obligación de alimentos, convivencia y educación.

B. Características de la patria potestad.

En la actualidad, la patria potestad debe ejercerse por igual y en forma compartida tanto por el padre como por la madre o, en ocasiones, de manera exclusiva por alguno de los dos (limitación, suspensión o pérdida) para proteger a

⁸⁰ Ibidem. p. 276.

los menores. Además, hoy en días se ha erradicado la idea de poder absoluto para gobernar y administrar los bienes de éstos. Por otra parte, a falta de los padres, será el juez de lo familiar el que decidirá quién de los ascendientes en segundo grado (abuelos) la ejercerá. “Tratándose de la patria potestad, nuestro Código Civil local pondera los principios de respeto y consideración mutuos, y establece que éstos deben imperar en las relaciones entre ascendientes y descendientes para el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus deberes y obligaciones, sea que estén juntos o separados”.⁸¹

De acuerdo al tema que nos ocupa, el autor citado, precisa que las características de la patria potestad son: “a) Es un cargo de interés público, b) Irrenunciable, c) Intransferible, d) Imprescriptible, e) Temporal, f) Excusable”.⁸²

La patria potestad, queda establecida como un cargo de interés público por la propia ley, velando por el desarrollo pleno desde su infancia, de los seres humanos, que conforman el Estado, y porque el Derecho Familiar en general, se considera de interés público, más aún tratándose de menores e incapaces.

Con relación a lo Irrenunciable de la patria potestad, el artículo 448 del Código Civil para el Distrito Federal determina que: “Artículo 448.- La patria potestad no es renunciable; pero aquellos a quienes corresponda ejercerla puede excusarse:

⁸¹ BAQUEIRO ROJAS, Edgard y Rosalía Buenrostro Báez. Derecho de Familia. 1ª ed., Revisada y Actualizada. Ed. Oxford, México, D. F., 2005. pp. 268 y 269.

⁸² Ibidem. p. 269.

Cuando tengan sesenta años cumplidos.

Cuando por su mal estado habitual de salud, no puedan atender debidamente a su desempeño.”⁸³

De acuerdo con el texto del artículo 6° del propio ordenamiento “sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público”.⁸⁴ La patria potestad, tiene un significado interés público, de allí que textualmente se le considere irrenunciable, pues implica el cumplimiento de las responsabilidades más serias que puede asumir un sujeto: traer hijos al mundo.

La irresponsabilidad de los progenitores con sus hijos, que nacen fuera de matrimonio y que dejan, toda la carga a la madre, misma que precariamente puede cumplir con ella, es uno de los mayores males que padece la humanidad, origen de gran parte de las torpezas y aberraciones en la conflictiva social característica de nuestro mundo.

Por lo que respecta a lo Intransferible de la patria potestad; por lo regular, todas las relaciones de carácter familiar son de carácter personalísimo, no pueden por ello, ser objeto de comercio, no pueden transferirse por ningún título oneroso ni gratuito. Tal es la patria potestad, que solamente permite una forma de transmisión derivada de la figura de la adopción. Cuando un menor de edad está sujeto a la patria potestad y los que la ejercen (padres o abuelos) dan su consentimiento para que el hijo o nieto sea dado en adopción, transmiten a través

⁸³ GÜITRON FUENTEVILLA, Julián. Código Civil para el Distrito Federal. 73ª ed., Revisado, Actualizado y Acotado por el autor. Ed., Porrúa, México, D. F., 2005. p. 111.

⁸⁴ Ibidem. p. 8.

de este acto el ejercicio de la patria potestad, que pasa a los padres adoptantes. Fuera de este acto jurídico que tiene que revestir todas las formalidades exigidas por la ley y ser acordada por el Juez de lo Familiar, no existe otra forma de transmitir la patria potestad. En el caso de que quien la ejerce muera o se imposibilite para cumplirla, la ley señala expresamente qué sujetos deben asumirla.

“Imprescriptible; la patria potestad no se adquiere ni se extingue por prescripción. Quien está obligado a desempeñarla y no lo hace, no pierde por ello su obligación ni su derecho para entrar a su ejercicio. Lo propio sucede con aquel sujeto que, sin ser padre o madre o ascendiente, protege y representa de hecho a un menor, no adquiere por el transcurso del tiempo, este cargo. El mismo sólo corresponde a quien la ley señala: padres o abuelos, nadie más, y entre éstos también debe seguirse el orden que la propia ley señala: primero los padres, o uno de los dos a falta o imposibilidad del otro; después los abuelos en el orden que determine en última instancia el Juez de lo Familiar”.⁸⁵

Temporal; este cargo se ejerce únicamente sobre los menores de edad no emancipados, por ello dura tanto como la minoría de los hijos, o hasta que contraen matrimonio antes de la mayoría. El máximo plazo del ejercicio de la patria potestad con respecto a cada hijo son dieciocho años en que empieza la mayoría de edad de acuerdo con el artículo 646 del Código Civil para el Distrito Federal.

⁸⁵ DE LA MATA PIZAÑA, Felipe y Garzón Jiménez Roberto. Derecho Familiar. 1ª ed., Ed. Porrúa, México, D. F., 2004. p. 262.

Excusable; la ley permite que, en ciertas circunstancias, los que ejercen la patria potestad o tengan que entrar en el ejercicio de la misma, se excusen de cumplirla. Estas circunstancias son dos: 1) cuando se tienen sesenta años cumplidos, y 2) cuando por el mal estado habitual de salud no se pueda atender debidamente a su desempeño, tal como lo refiere el artículo 448 del ordenamiento en estudio. Esta norma es totalmente justa, pues el ejercicio de la patria potestad implica el cumplimiento de una serie de deberes que pueden resultar sumamente fatigosos para las personas agotadas por la edad o por la mala salud. Cuando quien la ejerce o deba ejercerla se encuentra en estas condiciones, pueden excusarse de cumplir ante el Juez de lo Familiar quien determinará quien debe entrar en el cargo si existe alguna de las personas que señala la ley como obligadas al respecto (padres o abuelos); o si esto no es posible, se le nombrará tutor legítimo o dativo.

La excusa, de acuerdo con las circunstancias señaladas, es una facultad que otorga la ley, pero no es un deber. Quiere decir que, los padres o abuelos, aunque rebasen la edad de sesenta años o su salud se habitualmente precaria, pueden continuar ejerciendo la patria potestad si su desempeño es benéfico para el descendiente.

De lo anterior se infiere, que la patria potestad, su ejercicio y características deben ser acordes con el interés superior del menor, es decir, cuando un infante, se dé en adopción se debe estar, lo que más convenga a éste, sobre todo, en el aspecto psicológico, porque de éste, si no está lo suficientemente garantizado,

derivan mucho de los males que actualmente aquejan a la sociedad y familia mexicana, porque, qué pensar, cuando algún homosexual adopte a un menor, por lo regular, aquél no es bien visto por su propia familia de acuerdo a sus preferencias sexuales, por lo regular es rechazado y aquí, en caso de que este falleciera, sus padres, (abuelos del adoptado) si no aceptaban a su propio hijo, mucho menos verán con agrado al menor. Esto, es lo que el Derecho Familiar debe prever para evitar problemas a los menores.

1. Derechos y deberes de la patria potestad.

La definición de este tema, está estrictamente relacionada con el concepto de patria potestad; por ello, algunos autores al hablar de los derechos y deberes de la patria potestad, los definen de la siguiente manera.

De Pina por ejemplo, precisa que son “el conjunto de facultades que suponen también deberes conferidos a quienes la ejercen en relación con las personas y bienes de los sujetos a ella, con objeto de salvaguardarlas en la medida necesaria”.⁸⁶

Ignacio Galindo Garfias, precisa “que estos son un conjunto de poderes y deberes impuestos a los ascendientes que ejercen sobre la persona y sobre los bienes de los hijos menores, para cuidar de ellos, dirigir su educación y procurar su asistencia, en la medida que su estado de minoridad lo requiere”.⁸⁷

⁸⁶ Cit. por CHÁVEZ, ASECIO, Manuel F. La Familia en el Derecho. 4ª ed., Ed. Porrúa, México, D.F., 2001. p. 270.

⁸⁷ Idem.

Colín y Capitant, comentan que son, “el conjunto de derechos que la ley concede a los padres sobre la persona y los bienes de sus hijos mientras son menores no emancipados para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento, alimentación y educación a que están obligados”.⁸⁸

Con otras palabras, se puede decir, que los derechos y deberes son un poder reconocido por la ley, como medio de actuar el cumplimiento de un deber. En otras palabras, el poder paterno o materno en cuanto a los fines, no es una mera prerrogativa disponible del padre o de la madre. Ellos deben, están obligados, a ejercerlo; y es más, están obligados a ejercerlo personalmente ya que ese ejercicio es indelegable a terceros.

Así, podemos enumerar entre los derechos y obligaciones derivados de la patria potestad, los siguientes:

El Código Civil para el Distrito Federal, establece en su artículo 411 que, en la relación entre ascendientes y descendientes debe imperar el respeto y la consideración mutuos, cualquiera que sea su estado, edad y condición.

De igual forma, como los menores de edad son incapaces de ejercicio, actuarán en su nombre los que ejercen la patria potestad, como lo establece el artículo 424 del Código Civil para el Distrito Federal. Por ello, “el que está sujeto a la patria potestad no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin

⁸⁸ Idem.

expreso consentimiento del que o de los que ejerzan aquel derecho. En caso de irracional disenso, resolverá el Juez.”⁸⁹

Esta última parte del artículo transcrito, se aplica particularmente en el caso de que los que ejercen la patria potestad nieguen su consentimiento para que el menor de edad contraiga matrimonio.

Los padres o abuelos en su caso, tienen el derecho-deber de custodiar al menor, de vivir con él, y en ese sentido está el deber de los últimos de no dejar la casa donde viven con quienes ejercen la patria potestad. Éstos últimos pueden también encargar la custodia de sus descendientes menores a terceras personas, parientes o extraños o centros de educación, tanto dentro del país como en el extranjero.

La custodia pues, es un derecho que puede cumplirse personalmente o por intermediación, con la única limitación de que debe ser siempre en interés del menor

La ley señala que, a las personas que tienen al hijo bajo su patria potestad, incumbe la obligación de educarlo convenientemente. El deber de educación es parte de los alimentos. En el capítulo relativo a esta materia, se determina, que la educación mínima debe ser la preparación para que el menor, pueda tener un medio de trabajo para que adquiera algún oficio, arte o profesión honestos y

⁸⁹ GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. Código Civil para el Distrito Federal. Op. cit. p. 106.

adecuados a su sexo y circunstancias personales. Normalmente, coincide en un mismo sujeto el ejercicio de la patria potestad y el deber de alimentos con respecto al menor; pero no tienen que ser forzosamente concomitantes. En ciertas ocasiones por ejemplo, el o los progenitores que sustentan la patria potestad pueden tener muy limitados sus recursos de manera de no poder proporcionar alimentos a sus hijos. Si existen otros parientes en el orden que señala la ley: abuelos hermanos mayores, tíos, etcétera; con la suficiente capacidad para proporcionar los alimentos, recaerá en ellos esta obligación, sin que ello explique la pérdida de la patria potestad de quien la ejerce y no tiene capacidad alimentaria.

Como podemos ver, lo relacionado a la ejemplaridad de la educación, será difícil de cumplirse, en tratándose de homosexuales, ya que la conducta de éstos, en sí misma, es contraria a la naturaleza; luego entonces, no puede ser procedente la adopción de menores por estas personas. No discriminamos, simple y sencillamente, estamos a lo que más convenga al menor, o lo que más resguarde el interés superior de éste.

El deber de educar, implica forzosamente la conducta correctiva. La ley señala escuetamente esta facultad en el artículo 423 del Código Civil para el Distrito Federal "...los que ejerzan la patria potestad o tengan hijos bajo su custodia tienen la facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva a estos de buen ejemplo..."

Anteriormente el mismo artículo señalaba que los que ejercen la patria potestad tienen la facultad de corregir y castigar a sus hijos mesuradamente. Por

reforma de diciembre de 1974 se suprimió la facultad de castigar; pues con gran frecuencia los padres abusaban de esta facultad imponiendo castigos corporales a sus hijos que implicaban auténticas lesiones. Si las mismas tardaban en sanar menos de quince días no configuraban el delito de lesiones si se habían efectuado en el ejercicio del derecho de castigar. Era realmente la autorización legal a la bárbara costumbre de maltratar físicamente a los menores de edad. Aunque el maltrato a los menores sigue siendo por desgracia una práctica generalizada y que se da en todos los niveles socio culturales, ya no existe la sanción legal a la misma, aunque el maltrato pudiera considerarse leve.

Suprimida la facultad de castigar que otorgaba anteriormente el ejercicio de la patria potestad, las lesiones que los padres o abuelos infieran a sus hijos o nietos ya no corresponderán al ejercicio de un derecho.

El derecho a castigar ha sido cambiado en el texto del artículo 423 del Código Civil del Distrito Federal, obligando a los que ejercen la patria potestad a observar una conducta que sirva a éstos de bien ejemplo. Encomiable reforma, si tenemos en cuenta que nada es mayormente educativo que el buen ejemplo.

Para el cumplimiento del deber de educación, la ley prevé los medios de obligar a quien no cumpla con esta obligación permitiendo que se denuncien estas omisiones a los Consejos Locales de Tutelas para que éstas a su vez lo comuniquen al Ministerio Público que deberá promover lo que corresponda; según el caso, amonestar o apercibir a quien no cumple esta obligación, por el Juez de lo

Familiar, o suspenderlo en el ejercicio de la patria potestad o inclusive hacerlo perder tal derecho.

Por otro lado, los padres o abuelos podrán pedir auxilio de las autoridades para que les presten su apoyo en el ejercicio de educar y corregir, a través de las amonestaciones y correctivos necesarios.

El que ejerce la patria potestad tiene derecho de nombrar a un tutor testamentario en términos de ley.

2. Causas de extinción, pérdida y suspensión de la patria potestad.

La patria potestad se acaba de acuerdo con el artículo 443 del Código Civil para el Distrito Federal del año 2000: Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga. Con la emancipación derivada del matrimonio. Por la mayor edad del hijo; y con la adopción del hijo. Cuando el que ejerza la patria potestad de un menor, lo entregue a una institución pública o privada de asistencia social, legalmente constituida, para ser dado en adopción de conformidad con lo dispuesto por el artículo 901-Bis del Código de Procedimientos Civiles.

De igual forma, el Código Civil del Distrito Federal del año 2000, establece en su artículo 444, las causas por las cuales, se pierde la patria potestad, dentro de ellas, está por resolución judicial, en los supuestos siguientes:

Cuando el que la ejerza sea condenado expresamente a la pérdida de ese derecho. En los casos de divorcio de acuerdo al artículo 283 del Código citado. En

los casos de violencia familiar en contra del menor. El incumplimiento de la obligación alimenticia por más de noventa días, sin causa justificada. Por el abandono que el padre o la madre hicieren de los hijos por más de tres meses sin causa justificada. Cuando el que la ejerce hubiere cometido contra la persona o bienes de los hijos, un delito doloso, por el cual hayan sido condenados por sentencia ejecutoriada; y cuando el que la ejerza sea condenado dos o más veces por delitos graves.

Asimismo, la patria potestad puede ser limitada por sentencia judicial, en los casos de divorcio o separación, como lo dispone el Código Civil para el Distrito Federal.

Finalmente, la patria potestad puede suspenderse en los siguientes casos: Por incapacidad declarada judicialmente. Por la ausencia declarada en forma. Cuando el consumo del alcohol, el hábito del juego, el uso no terapéutico de las sustancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud y de las lícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotrópicos, amenacen causar algún perjuicio, cualquiera que éste sea, al menor. Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión. Cuando exista la posibilidad de poner en riesgo la salud, el estado emocional o incluso, su vida del o de los descendientes menores por parte de quien conserva la custodia legal, o de pariente por consanguinidad o afinidad hasta por el cuarto grado. Por no permitir que se lleven a cabo las convivencias decretadas por autoridad competente o en convenio aprobado judicialmente. En los casos y mientras dure la tutela de los menores, en

situación de desamparo, de acuerdo a lo dispuesto en el Código Civil para el Distrito Federal y del artículo 902 del Código procedimental de la misma entidad.

De lo anterior podemos decir que, la patria potestad puede suspenderse cuando se caiga en estado de interdicción, se le declare ausente, o por sentencia se le prive temporalmente de su ejercicio. Así como la patria potestad se pierde sólo por sentencia, la que puede ser dictada en juicio penal, cuando el progenitor ha sido condenado dos o más veces por delitos graves, por malos tratos o abandono del menor que constituyan el delito de abandono de persona; en juicio civil de divorcio cuando, a juicio del Juez, la dependencia entre padres e hijos deba romperse, o en juicio especial de pérdida del ejercicio de esa facultad debido a las costumbres depravadas de los padres, malos tratos o abandono, que pongan en peligro la salud, seguridad o moralidad de los menores.

La pérdida de la patria potestad, no implica la cesación de las obligaciones de los ascendientes, respecto a los descendientes, de forma especial, la de proporcionarles alimentos. La emancipación constituye el final anticipado de la patria potestad, que el menor obtiene por el sólo hecho de contraer matrimonio, adquiriendo así el gobierno de su persona y la administración de sus bienes. En nuestra legislación, el menor de dieciocho años que contrae matrimonio se emancipa; esto es, adquiere una capacidad menos plena pero que le autoriza a manejar sus asuntos, como si fuera mayor, con excepción de dos limitante: a) necesita un tutor para atender sus asuntos judiciales, incluido el divorcio y B) requiere autorización judicial para enajenar y gravar sus bienes raíces.

En caso de disolución del matrimonio, el menor no recae nuevamente en la patria potestad, pero requiere de autorización para volver a casarse, pues se ha considerado, que en su matrimonio existe un interés familiar.

Anteriormente, la emancipación podía obtenerse antes de la mayoría de edad que era de veintiún años al cumplir los dieciocho. Al reducirse la edad para obtener la mayoría dejó de existir esta forma, subsistiendo solamente la derivada del matrimonio. Así, la mayoría de edad se obtiene al cumplir los dieciocho años. Al llegar a ella el menor adquiere la plena capacidad para el ejercicio de sus derechos y uso y disposición de todos sus bienes, terminando así la patria potestad.

Finalmente, diremos que la patria potestad en el caso de ausencia, debe entenderse en suspenso, respecto del ascendiente que ha desaparecido de su domicilio, sin que se tenga noticia de su paradero, aunque haya dejado persona que lo represente; porque la patria potestad por la naturaleza y fundamento de la institución, es un cargo personalísimo que no puede ser ejercido por medio de representante.

Finalmente, podemos decir que aunque el Código Civil para el Distrito Federal, no es claro respecto a las causas de extinción, pérdida y suspensión de la patria potestad, en tratándose de homosexuales, si es necesario que se haga tal señalamiento de manera precisa, porque de lo contrario, se estaría atentando contra el interés superior del menor, ya que éste, debe prevalecer aún por encima del artículo 2 del mismo ordenamiento, en donde, quizás se apoyen muchas

personas con preferencias sexuales distintas, pero con todo y esto, se debe estar, a que las disposiciones inherentes a la familia, son de orden público e interés social. Para el caso, en que se dé, en adopción a un menor y posteriormente, se descubra que el adoptante tiene preferencias sexuales diferentes, se haga efectivo lo referido a la pérdida, suspensión, limitación y terminación de la patria potestad.

3. Adopción.

De acuerdo con Julián Güitrón Fuentesvilla, “el Código Civil, ya no tiene más que adopción plena, la simple ha sido borrada. Aquella se equipara a una filiación consanguínea y se permite además –es una de las reformas trascendentes- que la adopción la puedan realizar, quienes sean cónyuges o concubinos. En ambos casos, deben estar concientes en considerar al adoptado como su hijo y que tengan cuando menos, veinticinco años de edad, para realizar ese acto jurídico.”⁹⁰

De acuerdo a lo citado, y así como se precisa que tienen derecho a adoptar cónyuges, o concubinos e incluso solteros, se debe precisar, sin afán de discriminación, que no lo podrán hacer, los homosexuales cuya conducta perjudique al menor.

El vocablo adopción significa “recibir como hijo, con los requisitos y solemnidades que establecen las leyes al que no lo es naturalmente.”⁹¹

⁹⁰ GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián y Susana Roig Canal. Nuevo Derecho Familiar en el Código Civil de México Distrito Federal del año 2000. Op. cit. p. 255.

⁹¹ Real Academia Española. Op. Cit. p. 33

Sara Montero dice que la adopción “es la relación jurídica de filiación creada por el Derecho entre dos personas que no son biológicamente, ni por afinidad, progenitor (padre o madre) e hijo. La adopción, es por lo tanto, un parentesco, llamado también civil, en razón de que tiene como fuente a la norma jurídica. Sólo existe este tipo de parentesco en los órdenes jurídicos que lo permiten y lo regulan”.⁹²

En virtud de la adopción se crea una relación de filiación legal entre adoptante y adoptado, sin ningún fundamento biológico. Es más, si este existiera, la adopción no procedería, pues nadie puede adoptar a su propio hijo.

“La finalidad de la adopción es proteger la persona y bienes del adoptado por lo cual sólo debe autorizarse cuando beneficie a éste y no sólo por satisfacer deseos del adoptante. Lo primordial en la adopción es el interés del adoptado.”⁹³

En este aspecto, si el adoptado, no es hijo biológico del adoptante, en este caso (homosexual) considero que probablemente, tal adoptado o adoptada, de acuerdo al pensamiento del adoptante, pretenda en un momento determinado, satisfacer algún instinto sexual con éste. Por ello, si es factible evitarlo, debemos hacerlo, no esperar a que suceda.

La adopción es una de las formas de adquirir la filiación (la pertenencia a una determinada familia). Tiene carácter permanente y el adoptado se convierte a todos los efectos en hijo del adoptante.

⁹² MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. 4 ed., Ed. Porrúa, México, D.F., 1990. p. 24

⁹³ GÚITRÓN FUENTEVILLA, Julián y Susana Roig Canal. Nuevo Derecho Familiar en el Código Civil de México Distrito Federal del año 2000. Op. cit. p. 256.

Ante una situación de adopción, debemos tener en cuenta lo siguiente: la adopción requiere de intervención estatal; El Juez es la única persona que puede instituir una adopción; La adopción extingue el vínculo del adoptado con su familia natural y sólo en casos excepcionales podrá mantenerse esta relación; la legislación otorga a la pareja el derecho a adoptar a un niño.

“La adopción, procedimiento legal que permite a un niño o niña convertirse en términos legales en el hijo o hija de otros padres, adoptivos, distintos de los naturales. La adopción era habitual en las antiguas Grecia y Roma, ya que permitía la constitución de la línea sucesoria de una familia en ausencia de herederos naturales. Así, por ejemplo, Cayo Julio adoptó a Cayo Julio César Octavio Augusto, quien luego se convirtió en el primer emperador de Roma”.⁹⁴

El objetivo primordial de la adopción actual es asegurar el bienestar a un niño cuando sus padres biológicos son incapaces de educarle. De esta forma, permite a las parejas sin niños formar una familia.

La institución de la adopción, que tiene por fin dar progenitores al menor de edad que carece de ellos, o que teniéndolos, no le ofrecen la atención que merece, es muy diferente a las instituciones del siglo pasado en las cuales se buscaba por ejemplo prolongar el nombre o la fortuna familiar. En la India, cuando un hombre casado moría sin descendencia, su hermano debía sostener relaciones sexuales con la viuda, hasta engendrar un hijo, que sería considerado a todos los efectos, hijo del que había fallecido.

⁹⁴ Adopción. Generalidades. <http://www.usuarios.maptel.es/adoloida/adopcion.htm>. Consulta 7 febrero 2005

El Código Civil vigente en el D.F., precisa en su artículo 410-A que, “el adoptado en adopción plena, se equipara al hijo consanguíneo para todos los efectos legales, incluyendo los impedimentos del matrimonio. El adoptado tiene en la familia del o los adoptantes, los mismos derechos, deberes y obligaciones del hijo consanguíneo.

La adopción plena, extingue la filiación preexistente entre el adoptado y sus progenitores y el parentesco con la familia de éstos, salvo para los impedimentos de matrimonio. En el supuesto de que el adoptante esté casado o tenga una relación de concubinato con alguno de los progenitores del adoptado, no se extinguirán los derechos, obligaciones y demás consecuencias jurídicas que resulten de la filiación consanguínea.

La adopción es irrevocable.”⁹⁵

Al aceptar la adopción plena o legitimación adoptiva, los sistemas francés y español quisieron dotarla de los mismos efectos de la filiación, incorporando a la familia de origen y borrando toda diferencia con los hijos de la sangre. Por esta razón sólo se acepta en el caso de menores de siete años como máximo, abandonados o de padres desconocidos, cuya adopción sea llevada a cabo por matrimonio. Sólo puede realizarse en estas condiciones y sin posibilidad de revocación.

⁹⁵ GUITRÓN FUENTEVILLA, Julián. Código Civil para el Distrito Federal. Op. cit. p. 101.

4. Requisitos y procedimientos para adoptar.

De acuerdo al artículo 390, del Código Civil para el Distrito Federal del año 2000, el mayor de veinticinco años, libre de matrimonio en pleno ejercicio de sus derechos, puede adoptar uno o más menores o a un incapacitado, aún cuando este sea mayor de edad, siempre que el adoptante tenga diecisiete años más que el adoptado y que acredite además: Que tiene medios bastantes para proveer a la subsistencia, la educación y el cuidado de la persona que trata de adoptar como hijo propio. Que la adopción sea benéfica para el adoptado, atendiendo al interés superior de éste, que el adoptante, es persona apta y adecuada para adoptar. Aquí, el legislador, debe ser claro en lo que se refiere al señalar la palabra “apta”, es decir, en estos tiempos, no debemos limitar el interés superior del menor sobre otras circunstancias u otros derechos.

Para poder adoptar se debe seguir un procedimiento fijado en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en los artículos 923 al 926, que es el siguiente: Presentar una solicitud al Juez de lo Familiar manifestando: el tipo de adopción que se quiere realizar (por mexicanos, por extranjeros o internacional); el nombre, apellidos y domicilio del adoptante, del adoptado y de los que ejercen la patria potestad del adoptado o, en su caso, del tutor; acreditar que se cumple con los requisitos establecidos por el artículo 390; presentar certificado médico de buena salud; anexar los estudios socioeconómicos y psicológicos necesarios, realizados por el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia.

En el caso de la adopción internacional, se debe acreditar además lo siguiente: presentar certificado de idoneidad para adoptar, expedido por la autoridad competente del país de origen del adoptante; presentar constancia de que la persona que se pretende adoptar, ha sido autorizada para ingresar y residir en el país de origen o de destino del adoptante; presentar la autorización expedida por la Secretaria de Gobernación, para internarse y permanecer en el país con el fin de realizar una adopción; deben acreditar su legal estancia y residencia en el país.

Se requiere del consentimiento de quien esté en ejercicio de la patria potestad o, en su caso, del tutor y si no hay, del ministerio público; del menor si tiene los doce años cumplidos.

El Juez de lo Familiar, resolverá dentro del tercer día lo que proceda. Cuando cause ejecutoria la sentencia que autorice la adopción ésta quedará consumada, asimismo, remitirá copia de las diligencias al Juez del Registro Civil para que lleve a cabo el acta correspondiente dentro de los ocho días siguientes a que se dictó la sentencia.

El Juez del Registro Civil levantará el acta, que será igual a la de nacimiento, y en el acta de nacimiento original se pondrá nota de la adopción realizada y ésta quedará reservada, absteniéndose el Juez del Registro de dar información. Éste sólo podrá dar información del origen del adoptado contando con autorización judicial y en los siguientes casos: a) para efectos de

impedimentos para contraer matrimonio, y b) cuando el adoptado desee conocer sus antecedentes familiares siempre y cuando sea mayor de edad; si fuera menor, requerirá del consentimiento de los adoptantes.

Como podemos ver, la intención del legislador en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, pareciera que se preocupó más por dar en adopción al menor que por resguardar el interés superior de éste, haciendo caso omiso de la posibilidad latente de que los homosexuales puedan adoptar y más aún, que éstos, influyan en la conducta sexual futura del infante. No quiero ser reiterativo, pero sí, señalar que si esto puede evitarse, debe hacerse.

C. Lo que establece la Suprema Corte de Justicia de la Nación al respecto.

Nuestro máximo tribunal ha sido omiso, respecto a reconocer el derecho de adoptar de los homosexuales, a pesar de que se ha prohibido la discriminación derivada de las preferencias sexuales de las personas, tanto en el artículo 1 constitucional, párrafo tercero y el artículo 2 del Código Civil para el Distrito Federal.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el párrafo y numeral citados, solamente dice, “queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las

preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.”⁹⁶

Del párrafo citado, se desprende que el legislador, únicamente señala que se prohíben las preferencias, no se atreve a señalar, preferencias sexuales y, en atención a que la ley debe ser clara, no se entiende, si son preferencias, políticas, deportivas, culturales, etc.

Lo anterior confirma, que el reconocimiento a varios derechos para los homosexuales, se debió en su momento, a cuestiones políticas electoreras y que de acuerdo a la alternancia democrática, en legislaturas pasadas, se dio cabida a muchos legisladores homosexuales que velaron porque se les reconocieran a este sector, varios derechos, incluyendo el de adoptar, pero, se les olvidó que por encima de éstos, debe prevalecer el interés superior del menor.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, emitió el siguiente criterio para resaltar el interés superior del menor.

“MENORES DE EDAD. EN EL JUICIO DE NULIDAD DEL PROCEDIMIENTO DE ADOPCIÓN, LA AUTORIDAD JUDICIAL ESTÁ OBLIGADA A DESIGNARLES UN TUTOR INTERINO QUE LOS REPRESENTE DE MANERA DESVINCULADA DE LAS PARTES EN CONFLICTO, A FIN DE SALVAGUARDAR EL INTERÉS

⁹⁶ DELGADO MOYA, Rubén. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 23ª ed., Comentada. Ed. Sista, México, D.F., 2009. p. 1.

SUPERIOR DE AQUÉLLOS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE NAYARIT). De los artículos 3, 9, 12, 19, 20, 21 y 27 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, el diecinueve de junio de mil novecientos noventa, según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el treinta y uno de julio del año citado, y ratificado por el Ejecutivo el diez de agosto siguiente, se desprende que el Estado mexicano se comprometió a otorgar al niño la protección y el cuidado necesarios para su bienestar, y adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para salvaguardar el interés superior de la infancia, como uno de los principios rectores que sustentan la nueva doctrina integral de protección de la niñez. Así, mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el siete de abril de dos mil, se reformó el sexto párrafo del artículo 4o. constitucional, y se estableció el deber del Estado de proveer lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos. Asimismo, se decretó la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, de cuyas disposiciones se advierte la intención del legislador de colmar una imperativa urgencia de certeza y seguridad en la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes, a fin de proporcionarles un desarrollo pleno e integral que les genere la oportunidad de formarse física, mental, emocional, social y moralmente en condiciones de igualdad, estableciéndose en el artículo 3 de dicha legislación, los principios rectores de la protección de sus derechos, entre los que destacan, el del interés superior de la infancia, y el de la tutela plena e igualitaria de los derechos humanos y de las garantías constitucionales. Por tanto, en un juicio de nulidad del procedimiento de adopción, en el que necesariamente se ven involucrados los intereses de los menores, pues según el sentido del fallo definitivo éstos deberán permanecer, ya sea al lado de sus adoptantes, o bien, de sus ascendientes biológicos, el Juez está obligado a designarles un tutor interino a efecto de que éste vigile el cabal respeto del interés superior de aquéllos, de sus garantías constitucionales de audiencia y legítima defensa, así como de sus derechos procesales. Lo anterior, no obstante que en la legislación civil del Estado de

Nayarit no existe disposición expresa que autorice tal intervención en esa clase de juicios, ya que de acuerdo con lo previsto por los artículos 462, 463 y 468 del Código de Procedimientos Civiles de la localidad, los problemas inherentes a la familia son de orden público y, por ello, tratándose de menores, la autoridad judicial goza de amplias facultades para intervenir aun oficiosamente, y decretar las medidas necesarias para protegerlos; disposiciones que, interpretadas en armonía con las obligaciones que contrajo el Estado mexicano en la convención aludida, permiten concluir que nombrar a los menores un tutor que los represente en juicio de manera desvinculada a las partes en conflicto, es una medida necesaria y eficaz para salvaguardar el interés superior del infante.”⁹⁷

Como podemos ver, existen muchos tratados y convenciones a nivel internacional, que sirven como fundamento para que en el Derecho Mexicano, se prohíba la adopción de menores por homosexuales, sin que con esto, se violen las garantías y derechos humanos de estas personas, sino por el contrario, se pretende proteger las garantías individuales y derechos humanos de los menores, pero sobre todo, el resguardo del interés superior de éstos.

⁹⁷ Semanario Judicial de la Federación. Primera Sala. Novena Época. T. XXII. No. Registro: 176,527. Materia Civil. Diciembre, México, 2005. p. 2722.

CAPÍTULO CUARTO

PROPUESTA DE ADICIÓN AL ARTÍCULO 390 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL COMO PROTECCIÓN AL MENOR EN LA ADOPCIÓN

La unión homosexual a través de la Ley de Sociedades de Convivencia, trae consecuencias inmediatas, en prestaciones de salud y sociales en general, y sobremanera en herencia (tanto en bienes como en deudas). Aclaremos que este tipo de convivencias, tiene distintos alcances jurídicos según los países de que se trate, y en este caso lo estamos usando en el sentido de unión matrimonial equiparable al matrimonio heterosexual.

Lo anterior, sería intrascendente, si no estuviera dentro de las posibilidades de los homosexuales, la [adopción de menores](#). Nuevamente, surgen las diferencias, las discrepancias, las disputas. Unos, argumentan que no hay inconvenientes para ello, ya que la sola existencia de hijos con problemas en hogares heterosexuales, es la prueba contundente de que un hogar homosexual no es de por sí nocivo ni mucho menos con hijos adoptados. El mismo argumento, es adoptado por otros, con dispar criterio. Si hay hogares heterosexuales, con hijos donde los desequilibrios son comunes, eso prueba que un hogar homosexual que se ve como no natural traería muchos más problemas. Hay, por supuesto, caminos paralelos: alquiler de vientres para la procreación, en el caso gay, o fecundación artificial, para el caso lésbico. Con lo que esto implica para la madre o padre biológico ausente de la crianza, deberes y derechos del niño por nacer. Caminos paralelos, que para la propia comunidad homosexual plantea sus

inconvenientes, dado lo oneroso en la mayoría de los casos. Unos, dicen defender sus derechos. Otros, que tales derechos afectan negativamente a terceros, no ya desde una hipotética moral sino desde lo antropológico. Que se confunde, libre arbitrio con libertad, universos muy distantes entre sí. Y en el centro de todo las manipulaciones ideológicas e históricas que gobiernos, grupos de poder, instituciones, obran una y otra vez. Es posible que haya que comenzar observando que la heterogeneidad de las disposiciones legales vigentes en los diversos países, está reflejando, al menos en lo que llamamos Occidente, que las sociedades no tienen una visión madura y firme de todo esto. O quizá, que estamos en el proceso de esa visión. Y, guste o no, todo parece indicar los viejos dilemas de las éticas normativas consensuadas contra las autoreferenciales, lo objetivo versus lo hedónico, el debo frente al quiero, con fronteras permeables y porosas en cada instancia.

A todo lo anterior, debemos agregar que en el Distrito Federal, éste, por aprobarse la iniciativa que permita el matrimonio entre homosexuales y obviamente, quizás estos, tengan mayores posibilidades de adoptar.

A. Situación real de acceso a la paternidad, maternidad o adopción de las personas homosexuales.

Existen movimientos nacionales e internacionales de homosexuales y lesbianas que reclaman el derecho a adoptar, juntamente con su pareja. “En este sentido, el Parlamento de la Unión Europea, el 8 de febrero de 1994 aprobó la

Recomendación, 28/1994, sobre adopción por parte de homosexuales, en la que se invita a los gobiernos de los Estados integrantes de la Unión, a poner término a toda restricción de los derechos de las lesbianas y de los homosexuales, a ser padres, adoptar o criar niños. Frente a esta Recomendación, el Vaticano reprueba la misma, manifestando que la unión de dos hombres o de dos mujeres no puede constituir una verdadera familia. En esta familia suplente los hijos no encuentran al padre o a la madre sino a dos padres o a dos madres y esto es peligroso y contraproducente para la correcta y natural formación integral del menor adoptado. Aun cuando se habilite a las uniones homosexuales para adoptar, recordemos que es característica del derecho moderno el principio de que la adopción sólo se otorga en interés del menor. Ello significa que el juez deberá valorar, en el caso concreto, si una adopción solicitada por una pareja del mismo sexo, consulta los intereses y conveniencias del menor. Allí reside la esencia del problema.”⁹⁸

No obstante, debemos tener siempre presente que el fin de la adopción es la protección del menor desvalido; no busca satisfacer a los adultos. De hecho, el viejo principio jurídico sostiene que la adopción debe imitar a la naturaleza. Una naturaleza, la de la familia, constituida por el padre y la madre adoptantes, con relaciones estables, de manera que sea posible el crecimiento y desarrollo maduros (físico y psíquico) de la persona adoptada.

La convivencia homosexual, por el sólo hecho de no poder estar objetivamente abierta a la finalidad procreativa, no tiene relevancia pública alguna,

⁹⁸ KASS, León. Lesbianas y Homosexuales en E. U. 3ª ed., Ed. Reight, Los Ángeles California E. U., 1999. p. 33.

sólo será socialmente respetada como relación interpersonal. El problema actual, sería reconocer jurídicamente la existencia de estas uniones estables, fundadas sobre el afecto y la estabilidad. En la mente de quien propone nuevas formas de unión civil, seguramente está presente la idea del ejercicio de la sexualidad, lo que consideramos, no tiene tampoco ninguna relevancia pública. En el caso del matrimonio, el ejercicio de la sexualidad es funcional por lógica general, y éste es el motivo tradicional por el que el Derecho le otorga su reconocimiento como fin del mismo.

Ahora bien, son muy variados los motivos que existen por los que una pareja homosexual, desea tener acceso a la adopción. Por ejemplo, podemos señalar que para obtener la posibilidad de que su unión se reconozca pública y solemnemente, la pareja decide adoptar, formando así una familia en imitación de la jurídicamente reconocida.

Por otro lado, los homosexuales pueden ser madres y padres biológicos y mantener con ellos a sus parejas y a sus hijos viviendo como una verdadera familia, pero al no reconocerse la posibilidad de adopción en estos casos, a sus parejas, cuando se produce el fallecimiento o la incapacitación del padre o la madre biológicos, no puede garantizarse la permanencia del menor en el núcleo familiar en el que se ha estado desarrollando, lo que también puede suponer un perjuicio para el mismo.

Si se atiende al texto exacto de la ley mexicana, las parejas homosexuales no pueden adoptar, dado que sólo se reconoce la posibilidad de adopción a los

matrimonios y a las parejas de hecho heterosexuales, por tanto, las parejas homosexuales (gays y lesbianas) se verían excluidas y no podrían adoptar menores. Sin embargo, la ley también contempla la posibilidad de que un menor sea adoptado por una sola persona de forma individual, sin discriminar a los solicitantes por razón de su orientación sexual. Así, de forma indirecta, se permite que los homosexuales adopten menores y que éstos se integren en una unidad de convivencia o familia homosexual. Por lo anterior, la legislación en materia de adopción podría ser calificada de ambigua dado que por un lado, y aunque sea de forma indirecta, reconoce el Derecho de los homosexuales a adoptar y acoger niños, sin que, sin embargo, se reconozcan deberes y derechos en beneficio del menor a sus parejas, cuando tales derechos y deberes sí se protegen en el caso de uniones heterosexuales.

La aspiración a la paternidad o maternidad de las personas homosexuales debemos entenderla como natural porque ante todo, un gay o una lesbiana es un ser humano. El deseo de la paternidad humana en las sociedades no puede basarse sólo en cuestiones de estatus o de inserción social. El que exista una presión de la sociedad industrial por ver familias “bonitas” conformadas por papá, mamá, hijos y perro, no es la única razón por la que los seres humanos quieren ser padres. El fenómeno de alienación social existe, arrastra, confunde, pero no puede generar por sí solo todas las conductas que se masifican entre los seres humanos. Podemos citar como ejemplo, aquél en que determinada persona, observa en el parque a un hombre de mediana edad jugando pelota con un niño. Esa persona puede ser soltero, puede que no sea padre; sin embargo, esa imagen

le enternece y se proyecta. Si esa persona es heterosexual, no necesariamente se proyecta jugando en el parque con el niño y la madre a unos pasos de ahí, quizá la palabra esposa o pareja no pase por su mente en ese momento, puede estar pensando sólo en el niño y en él, y no sólo en el juego sino en apoyar, aconsejar y cuidar al niño, en una relación de exclusividad afectiva, es decir, está pensando en ser padre. Ahora bien, si esa persona es homosexual, se va a ver con el niño, jugando, apoyando, aconsejando, cuidándolo en una relación de exclusividad afectiva.

Como pudimos observar, en ambos casos, nada tuvo que ver la orientación sexual de ambos, sino más bien aspiran a la paternidad porque son dos seres humanos que sienten el deseo y la necesidad de ser padres, y en ninguno de los dos casos apareció la idea de inserción social.

Dado lo anterior, en algunos casos, las parejas recurren a la inseminación artificial. En otros, los menos, el proceso de paternidad o maternidad biológica tiene lugar de un modo más convencional, mediante la relación sexual. Pero esto último, es poco frecuente porque puede dar lugar a conflictos psicológicos y emocionales para el individuo homosexual.

En otros casos, la maternidad biológica procede de un matrimonio entre hombre y mujer en el que, tras la ruptura, la mujer ha obtenido la custodia del hijo, formando posteriormente pareja con otra mujer. Este caso es, claro está, más habitual entre mujeres que entre hombres.

“Un alto porcentaje de los hombres de orientación gay, tienen relaciones sexuales con mujeres heterosexuales, generalmente en su juventud, por periodos prolongados. Lo hacen normalmente como resultado de las presiones del entorno social, en un vano intento de "convertirse" en heterosexuales. Pese a que tal intento de conversión termina siendo muchas veces fuente de graves problemas psicológicos, en torno al 20% de los hombres gays y el 30% de las mujeres de orientación lésbica acaban casándose con personas del sexo opuesto. Es lo que se conoce técnicamente como matrimonios heterogéneos”.⁹⁹

Los estudios llevados a cabo con esposas de hombres homosexuales, señalan que en algunos casos, conocían la orientación homosexual de su marido antes de casarse, pese a lo cual, se casaron con ellos por su sensibilidad, su atractivo físico y su masculinidad. Y es que la tradicional idea del afeminado, no encaja con lo que encontramos en el mundo gay. El afeminamiento, constituye en el medio gay lo que podríamos calificar de minoría dentro de una minoría, y a veces, está tan estigmatizado como en la misma sociedad heterosexual. En cualquier caso, los citados estudios, revelan que una de las principales razones por las que los gays se casan con mujeres, es su intenso deseo de tener hijos. Estos matrimonios, sin embargo, muchas veces acaban en ruptura, y en esos casos, la parte más dolorosa para el marido gay es siempre la separación de sus hijos.

Hay quienes han expresado su preocupación por la idea de que permitir la adopción a parejas de hombres o mujeres, de orientación homosexual sería un

⁹⁹ Ibidem. p. 137.

"experimento" demasiado arriesgado que no se sabe, qué resultado daría, y del que por tanto, no se debe hacer objeto a los niños. Pero tal objeción, parece estar basada, en una simple falta de información. Existe, todo un corpus de investigación, sobre el desarrollo emocional y psicológico y el ajuste social de los niños criados con parejas de gays o lesbianas. "Tales investigaciones incluyen estudios longitudinales con niños criados por parejas homosexuales que abarcan, en algunos casos, periodos de hasta 25 años. En otras palabras, el experimento está hecho. Y los resultados que encontramos en dichas investigaciones, no pueden ser más positivos. De hecho, las asociaciones profesionales de psiquiatras y psicólogos norteamericanos se han pronunciado repetidamente a favor de las adopciones de niños por parte de parejas homosexuales".¹⁰⁰

De lo expuesto, se infiere que en algunos países, como en Estados Unidos, la adopción de homosexuales, se ve con agrado. Obviamente, que éste país, es uno de los más liberales al respecto, sin que esto, quiera decir, que sea lo más indicado para el menor. Estoy conciente, de no poder evitar la homosexualidad ni, la concepción de hijos por homosexuales, porque esto, también es contra la naturaleza, pero sí, prevenir en nuestro país la adopción, máxime que ésta, se trata de un acto jurídico-administrativo y por lo tanto, debemos proteger al menor lo mayormente posible

¹⁰⁰ DÍEZ BENAVIDEZ, Mariano. La Bisexualidad Humana. 2ª ed., Ed. Planeta, México, D. F., 2004. p. 145.

B. Artículo 1º constitucional.

El numeral citado, establece en su cuerpo legal:

“Artículo 1. En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”.¹⁰¹

Del numeral citado, se desprende, que entraña de manera absoluta la garantía individual de igualdad, que se ha considerado existe entre todos los seres humanos. Esta igualdad que comprende el artículo 1º de nuestra Constitución Política, responde a la esencia de la declaración de los derechos del hombre el cual, es toda persona física o moral que vive o se haya establecida, así sea de

¹⁰¹ DELGADO MOYA, Rubén. Op. cit. p. 1.

manera transitoria, dentro del territorio nacional, sin que interese su calidad nacional, migratoria, sexo, edad, estado civil, ideología política o credo religioso. En éste artículo, se han apoyado muchos homosexuales al igual que en el artículo 2º del Código Civil para el Distrito Federal del año 2000, en donde al invocarlo, pretenden demostrar violación a sus derechos humanos, por tener preferencia sexuales distintas, si pretenden adoptar a un menor.

Consideramos que dicho numeral, no viola ninguna garantía individual, ni derecho humano de los homosexuales, a manifestar su sexualidad, pero sí, podría atentar en contra del interés superior del menor, cuando se pretenda dar en adopción a una pareja de homosexuales, ya sea entre hombres, entre mujeres o entre ambos.

C. Lo que establece el artículo 2º del Código Civil para el Distrito Federal.

Por lo que respecta al Código Civil para el Distrito Federal, es confuso porque quizás, de la lectura de su artículo 2º, el legislador se apoyó para dar entrada a la Ley de Sociedades de Convivencia, ya que dicho precepto precisa lo siguiente.

“Artículo 2. La capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer. A ninguna persona por razón de edad, sexo, embarazo, estado civil, raza, idioma, religión, ideología, orientación sexual, color de piel, nacionalidad, origen o posición económica, carácter físico, discapacidad o estado de salud, se le podrá negar un

servicio o prestación a la que tenga derecho, ni restringir el ejercicio de sus derechos cualquiera que sea la naturaleza de estos".¹⁰²

Como podemos ver, el artículo citado, prevé que a nadie se le negará un servicio ni acceder a que se le hagan efectivos sus derecho por razones de sexo, o preferencia sexual y aquí, si entran los homosexuales por que un derecho de estos, es casarse o formar una familia, e inclusive pretender adoptar, como pudieron alegar o invocar a su favor, aunque, para no dejar dudas el legislador debió ser preciso y especificar aquí mismo los derechos de esta clase de personas. Este artículo, al igual que el 1º constitucional, también obedeció su modificación a cuestiones político-electoraleras y que, en su momento, integraron tanto el Congreso de la Unión como el Senado de la República, varios legisladores homosexuales de casi, todos los partidos políticos, haciendo a un lado los tratados internacionales firmados y ratificados por México, en donde se protege el interés superior del menor, de una manera preventiva y, precisamente, es aquí, donde el derecho debe subsistir o prevalecer, es decir, si hay múltiples familias y personas con buenos hábitos y conductas intachables, porqué, dar en adopción a menores a homosexuales, si estos, los pudieran tener de manera natural y así, quizás protegerlos y cuidarlos adecuadamente ya que el derecho, no puede prohibir la concepción de hijos a estas personas

Con lo anterior, no se violan ni los derechos humanos, ni las garantías individuales a los homosexuales y si, se protege al menor para adoptar.

¹⁰² GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. Código Civil para el Distrito Federal. Op. cit. p. 7.

D. Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal.

La Ley de Sociedades de Convivencia, referida, se basó en el modelo francés del Pacto Civil de Solidaridad, aprobado en noviembre de 1999, pero a diferencia de este último, la nueva figura abarcaba, además de las parejas de hecho del mismo o distinto sexo, a otras formas de convivencia, incluso las formadas por más de dos personas, ya que el vínculo primordial para establecerla se basaba en la voluntad personal de permanencia y apoyo mutuo, y no sólo en el vínculo conyugal.

“La propuesta de Ley de Sociedades de Convivencia fue presentada públicamente en febrero de 2001 por la diputada Enoé Uranga acompañada en rueda de prensa por representantes de diversas organizaciones civiles lésbicas, gays, transexuales, de mujeres y de derechos sexuales, las cuales formaron una Red Ciudadana con el fin de apoyar las acciones encaminadas a su aprobación, sosteniendo como bandera, que el sentido de dicha ley, constituía un marco jurídico nuevo que no interfiere con la constitución del matrimonio ni la vulnera. No impide ni compite con la práctica del concubinato. No modifica normas vigentes relativas a la adopción, aclaran de entrada”.¹⁰³

Entre el articulado destacan los siguientes:

“Artículo 2. La Sociedad de Convivencia se constituye cuando dos personas físicas, con capacidad jurídica plena, deciden establecer relaciones de convivencia en un hogar común, con voluntad de permanencia y ayuda mutua.”

¹⁰³ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. Derecho Civil. Familia. 1ª ed., Ed., Porrúa, México, D. F., 2008. p. 434.

También podrán formar Sociedad de Convivencia más de dos personas, que sin constituir una familia nuclear, tuvieran entre sí relaciones de convivencia y cumplan con los demás requisitos señalados en el párrafo anterior.

“Artículo 3. La Sociedad de Convivencia genera relaciones familiares entre sus integrantes.”

“Artículo 4. Sólo podrán constituir Sociedad de Convivencia las personas libres de matrimonio y aquéllas que no hayan suscrito otra Sociedad de Convivencia que se encuentre vigente.”

“Artículo 5. No podrán celebrar entre sí Sociedad de Convivencia los parientes consanguíneos en línea recta sin límite de grado o colaterales hasta el cuarto grado.”

“Artículo 10. Se generará entre los convivientes el deber recíproco de darse alimentos, siempre y cuando hayan vivido juntos por un periodo de dos años a partir de que se haya otorgado la Sociedad de Convivencia.

En caso de terminación de la Sociedad de Convivencia, sus integrantes se proporcionarán alimentos por un periodo igual a la duración de ésta, contado a partir de su disolución.”

“Artículo 11. Entre los convivientes se generarán derechos sucesorios, los cuales estarán vigentes a partir del registro de la Sociedad de Convivencia.”

“Artículo 12. Cuando uno de los integrantes de la Sociedad de Convivencia sea declarado en estado de interdicción, en términos de lo previsto por el Código Civil para el Distrito Federal, los demás integrantes serán llamados a desempeñar la tutela siempre que hayan vivido juntos por un periodo inmediato anterior a dos años a partir de que la Sociedad de Convivencia se haya otorgado.”

“Artículo 13. En los supuestos de los artículos 9, 10, 11 y 12 de esta ley, se aplicarán, en lo relativo, las reglas previstas en el Código Civil para el Distrito Federal en materia de alimentos, sucesión legítima y tutela legítima.”

“Artículo 15. La Sociedad de Convivencia se termina: I. Por la voluntad de cualquiera de los convivientes. II. Por voluntad de todos los convivientes. III. Por el abandono del hogar común de uno de los convivientes por más de tres meses sin que haya causa justificada. IV. Porque alguno de los convivientes contraiga matrimonio o viva en concubinato.”

“Artículo 16. Cuando fallezca un conviviente, y éste haya sido titular del contrato de arrendamiento del inmueble en el que se encuentra establecido el hogar común, los sobrevivientes quedarán subrogados en los derechos y obligaciones respecto de dicho contrato.”

“Artículo 19. El registro a que se refiere la presente ley tendrá verificativo ante el Archivo General de Notarías.”

“Artículo 24. La Sociedad de Convivencia a que se refiere el primer párrafo del artículo segundo de esta ley, se equiparará al concubinato para las consecuencias de derecho previstas en las demás leyes.”

En resumen, esta ley pretende dar reconocimiento de derechos mínimos de tutela, arrendamiento, alimentación y sucesión de bienes a compañeros co-residentes, a parientes lejanos y a parejas de diferente o del mismo sexo que deciden cohabitar sin comprometerse en matrimonio. El equiparar esta novedosa figura de convivencia con el concubinato se hace con la mira de que surta efectos en cuanto al derecho a la salud.

De lo anterior se infiere, que la ley citada, tal y como fue aprobada, existe la posibilidad de que parejas del mismo sexo, puedan adoptar a menores, y después concretar una sociedad de convivencia, lo que conlleva una serie de consecuencias negativas para los niños que vivan en el seno de esas uniones.

A mi juicio, una situación de esta naturaleza, crea en los niños “inmediatos problemas de socialización, lo que supone problemas de conducta, de adaptación, de rebeldía, castidad contenida o sinergia sexual excesiva, provocando también que los menores sean víctimas de homofobia, que se manifiesta con el desprecio y la marginación por parte de sus compañeros de clase o vecinos y que en algunos casos puede llegar a la agresión física.

También, pueden sufrir la injusticia de verse privados del enriquecedor aporte de la diversidad femenino-masculina de la pareja heterosexual y la

adjudicación de roles, que de ella derivan: la autoridad por parte del padre o el afecto de la madre.

En definitiva, los niños no pueden ser utilizados, como instrumentos para la reivindicación de los derechos de un grupo social, ni la adopción es una institución que pueda regirse por los criterios de corrección política, siempre se debe velar por el interés superior del menor.

Lo anterior, se origina en virtud de que el Código Civil para el Distrito Federal, no prohíbe la posibilidad de que un hombre o mujer solteros puedan adoptar a un menor y establecer posteriormente una sociedad de convivencia, en cuyo seno crecería el niño. Ante esta situación, y en el entendido de que la ley ordena no discute, también, debe ser clara y precisa no dando lugar a interpretaciones personales, que favorezcan a un determinado grupo social, sino por el contrario, se debe estar, al texto legal de la ley.

E. Regulación vigente a nivel mundial.

En Canadá se permiten los matrimonios civiles entre homosexuales sólo en tres provincias. En este país las relaciones sentimentales entre personas del mismo sexo fueron en otro tiempo mal vistas y severamente reprochadas. Ahora, como vemos, es el país más avanzado de América en cuanto a esta materia. Su vecino del sur, Estados Unidos, no reconoce esos derechos a esta parte de la sociedad, aunque en el estado de Vermont sí se celebran uniones por lo civil con valor legal.

En México la visibilidad de esta parte de la sociedad está creciendo bastante, y tienden a desaparecer las amenazas tan frecuentes contra homosexuales. De hecho, México ha estado a punto en el año 2002 de legalizar la adopción gay, pero hubiera hecho falta una mayoría absoluta que al final no pudo ser, por ello, a mi juicio, se debe dejar sin efecto, cualquier posibilidad que permitiera a los homosexuales adoptar.

“En Europa, esto está más avanzado. Holanda el primero de la lista. Ha sido el primero que ha legalizado en todo el país el matrimonio y la adopción para homosexuales, desde mediados de diciembre de 2000. Alemania ha elaborado una ley de parejas de hecho, similar a la que existe en otras regiones europeas, en la que se regulan en cierto los derechos para gays y lesbianas. También permiten matrimonio y adopción Suecia, Finlandia y Bélgica, aunque esta última sin adopción. Inglaterra ha sido uno de los últimos países en sumarse al derecho a la adopción y a las uniones civiles”.¹⁰⁴

En Rumania, amar a alguien del mismo sexo, puede costar de uno a cinco años de prisión, o besarse en público en Inglaterra o Rusia, también constituye un delito. En cuanto a la tolerancia con los homosexuales, la población europea es la más abierta, y aunque en ocasiones se sufren agresiones por amar a alguien del mismo sexo, estos casos son minoritarios y no tan extendidos como en hispanoamérica. “Es un dato curioso el hecho de que en 1791 Napoleón

¹⁰⁴ DÍEZ BENAVIDEZ, Mariano. Op. cit. p. 185.

descriminalizara la homosexualidad, aunque posteriormente volvieron a reconocerla como delito en Francia ha sido ilegal hasta 1982”.¹⁰⁵

En África, tenemos que hablar de ilegalidad y criminalidad de la homosexualidad en su mayor parte del territorio. Lo cierto es que pese a la cerrazón que existe en este continente con respecto a este tema, en los últimos años las asociaciones de gays y lesbianas están logrando cambios y mejorando la situación. Esto no quita que aún se den casos de persecución policial contra homosexuales. La policía carga con ciertos grupos y los elimina quitándoles la vida. En otros países del continente, ha habido resoluciones favorables al colectivo homosexual. Hechos como éste, demuestran que poco a poco, el gran armario africano comienza a abrirse.

En casi toda Asia, la homosexualidad, está sancionada. “Según las leyes islámicas, mantener relaciones con personas del mismo sexo cuesta cien latigazos a aquellos que permanecen solteros, y la lapidación para las personas ya casadas. Hay países, como Chechenia, que castigan sólo a los hombres a quienes acusan de sodomitas, pero no imponen penas para las lesbianas. En Malasia, te puede costar pasar veinte años en la cárcel, o si no, también existe la flagelación”.¹⁰⁶

En Rusia se han sometido a numerosas mujeres homosexuales a tratamientos psiquiátricos forzados para intentar curarlas. Pero han fracasado ese tipo de experimentos. Y poco después de que esto sucediera, en 1992, la OMS

¹⁰⁵ KASS, León. Op. cit. p. 205.

¹⁰⁶ Ibidem. p. 206.

eliminó la homosexualidad de su lista de enfermedades, dejándola simplemente como una orientación sexual más.

España se ha colocado entre los primeros países del mundo en cuanto al reconocimiento de los derechos de las parejas homosexuales, al igualarlos a las de los heterosexuales.

“El anteproyecto de ley, que cuenta con los votos suficientes para su aprobación en el parlamento, entrará en vigor en los primeros días de 2005 y equipara totalmente los derechos de homosexuales y heterosexuales, incluso en materia de casamientos, adopción de hijos, sucesiones, trabajos y protección por la Seguridad Social. La igualdad de condición legal abrirá a las parejas constituidas por personas del mismo sexo, entre otras cosas, la posibilidad de percibir pensión o herencia del cónyuge, trasladar al hijo o hija derechos adquiridos por la relación matrimonial o cualquier otro que actualmente tienen las uniones homosexuales. Con esa ley, España pasará a formar parte del pequeño grupo de países y otros distritos que están a la vanguardia en este campo”.¹⁰⁷

Los países que ya aceptan en su legislación a las parejas homosexuales argumentan que estas parejas y las adopciones ya existen de hecho, y señalan, que sólo se reconoce una realidad de la vida cotidiana. Lo anterior, es precisamente lo que no debe suceder en nuestro país por ello, debemos convertirnos con base al derecho y a los hechos en defensores del interés superior del menor.

¹⁰⁷ YAÑEZ, Víctor. Problemas de Sexo. 3ª ed., Ed. Argos, Madrid, España, 2006. p. 192.

F. La adopción de menores por homosexuales.

Cada vez que se habla, de la adopción de niños por parte de homosexuales, se parte de dos premisas generales erróneas, que hacen que se incluyan, presupuestos equivocados y que el debate nunca llegue a profundizar y a tocar los aspectos, que verdaderamente son pertinentes. Dichas premisas son las siguientes:

- A. No hay parejas del mismo sexo con hijos.
- B. Si no se legisla a este respecto, es decir, si no se les da el visto bueno legal, seguirá sin haberlas.

De la falsedad de dichas premisas da fe una mirada ausente de prejuicios a la comunidad gay y lesbiana. Cualquier persona que frecuente cualquier colectivo de lesbianas y gays descubrirá la gran cantidad de padres y madres que pasan por allí. Ciertamente, la apariencia social apunta a que se trata de un grupo social inexistente o mínimo. Ello es debido a la invisibilidad tras la que se ocultan la mayoría de las familias de lesbianas o gays con hijos por diversos motivos.

“No obstante, si esta mirada no basta para cerciorarse de la magnitud numérica del tema que nos preocupa, podemos consultar algunos estudios e investigaciones, de muy diversas procedencias que darán un poco de luz a la cuestión: En Estados Unidos existe una asociación que se llama COLAGE (Children of Lesbian and Gays Everywhere) que estima que a lo largo de los

EE.UU. la cifra de niños que están viviendo en hogares homosexuales oscila entre 3 y 14 millones. En Francia, estudios similares llevados a cabo por la APGI (Association des Parents et Futurs Parents Gays et Lesbiens) hablan de cientos de miles de niños franceses en la misma situación. De hecho, un informe de 1997 habla de que un 7% de los gays y un 11% de las lesbianas son padres y madres. El Senado de Berlín encargó un informe a este respecto en 1997. La cifra que dio dicho documento es espectacular: un millón de homosexuales padres y madres en Alemania. Un artículo legal canadiense añade que aproximadamente un tercio de las lesbianas y un 10% de los gays son madres y padres. En 1996 se calculaba en 20.000 el número de niños que estaban siendo criados en Holanda por familias homosexuales. En Gran Bretaña, una asociación denominada GDUK (Gay Dads UK) tiene asociados en más de 40 ciudades del país.”¹⁰⁸

Sean cuales sean las cifras exactas, la magnitud de las cifras que se manejan hace necesario un debate centrado en el bienestar, las necesidades y los derechos de los hijos y no en opiniones o prejuicios sobre la homosexualidad. Y este debate cobra carácter de urgencia si somos conscientes de que las nuevas tecnologías reproductivas van a aumentar considerablemente la cifra de madres lesbianas.

En este aspecto, Beatriz Gomera, presidenta de la Asociación de Gays y Lesbianas en España señala que “más de 50 estudios coinciden en que las diferencias de los niños que crecen en casas con padres homosexuales son inexistentes. No hay ninguna prueba que demuestre que los padres o madres

¹⁰⁸ Idem.

homosexuales son peores o educan peor a sus hijos que los heterosexuales. La mayoría de los españoles cree que lo que debe primar en la adopción es el bienestar del niño, con independencia de la orientación sexual de sus padres.”¹⁰⁹

De la cita se desprende, que efectivamente, cuando son hijos procreados por homosexuales o por lesbianas, efectivamente, por ser propios y biológicamente concebidos, quizás, no se tenga por la naturaleza propia de la paternidad o maternidad, pensamientos, contrarios a los de un padre con su hijo y viceversa, pero en caso de la adopción, aunque el derecho los ha equiparado biológicamente, de hecho y de derecho, el adoptante sabe que no es hijo propio. Es precisamente, lo que se pretende evitar con la propuesta que hago.

En cambio, Carlos Martínez Aguirre, catedrático de Derecho Civil en la Universidad de Zaragoza, España, opina que “la adopción está pensada en beneficio del adoptado. Lo que se toma en consideración de los adoptantes no son tanto sus deseos, como su idoneidad para ejercer la patria potestad. Y las uniones homosexuales no son idóneas para proporcionar al niño adoptado un ambiente de humanización y socialización adecuado. Esto es así, puesto que en primer lugar se trata de parejas que son enormemente inestables y precisamente los niños dados en adopción necesitan un entorno especialmente estable, que compense las carencias que habitualmente han experimentado durante los primeros meses o años de su existencia.”¹¹⁰

¹⁰⁹ Asociación de Gays y Lesbianas. España. <http://www.mundogayasc.org/recuperado/noticias.pdf>
Consultado 7 febrero 2005.

¹¹⁰ Idem.

Plantear lo anterior, como un problema de discriminación supone, inconscientemente, hacer pasar por delante del interés del menor las aspiraciones y deseos de quienes quieren adoptar. Una cuestión que tiene un componente importante de idoneidad para adoptar se transforma en un problema de discriminación por razón de la orientación sexual, como si se negara aparentemente a una pareja homosexual, por el hecho de serlo, el derecho a adoptar que se reconoce genéricamente a las parejas heterosexuales, sean o no matrimoniales. Lo primero que hay que recordar, nuevamente, es que no existe un verdadero derecho a adoptar, tampoco en favor de las parejas heterosexuales.

En realidad, lo que ha hecho el legislador es declarar legalmente la idoneidad de las parejas homosexuales (o de las de hermanos, o de las de amigos) para adoptar, teniendo en cuenta el interés del menor, que es el interés que se trata de proteger mediante la adopción. Ver las cosas desde la perspectiva contraria equivaldría a anteponer el deseo de ser padres, que puede tener una pareja homosexual, al interés del adoptando. La pregunta a formular, por tanto, no debe ser la de por qué, se niega a una pareja homosexual el derecho a tener hijos comunes (lo cual, por cierto, se lo niega en primer lugar la naturaleza a todas las parejas homosexuales), sino, la de si es, lo mejor para un niño, ser adoptado por una pareja homosexual, o aun, si es bueno ser adoptado por una pareja homosexual.

Nosotros concluimos que, la adopción es toda una institución, que por medio de ella se puede nombrar un heredero, es decir, acoger como hijo a un

menor de edad, niño o niña en el seno de un nuevo hogar luego de un proceso legal. En otros términos diremos que adopción es tomar bajo amparo y protección a un menor de edad huérfano, o de padres que no pueden darles una crianza digna con un futuro incierto. La decisión que toman las personas de adoptar, por lo general, es porque no pueden tener familia, acogiéndolo como hijo adoptivo, pero con todos los derechos del consanguíneo.

La adopción mas que un acto de filiación legal es, en algunos casos, un acto de amor, no sólo por brindarle a un menor un hogar digno sino porque gracias a esas personas, esos menores tienen ahora un futuro muy promisorio.

Cualquiera que fuere la causa para adoptar a un menor, se debe tener en cuenta, la capacidad de uno mismo, pues si no estamos lo suficientemente maduros podemos estarle quitando a un niño (a) un hermoso futuro.

En el derecho mexicano, la unión estable y comprometida entre un hombre y una mujer es socialmente relevante porque de ella nacen, y en ella se desarrollan, los futuros miembros de la sociedad.

La razón de ser de la regulación jurídica del matrimonio no es ni la afectividad (a quienes se casan, no se les pregunta si se quieren, sino si quieren casarse), ni la mera situación de convivencia (presente también en muchos otros ámbitos, desde el militar hasta el conventual). Si esto es así, queda patente por qué, las uniones homosexuales no son equiparables al matrimonio, desde el punto

de vista de su funcionalidad social: son esencialmente estériles. De ellas no nacen hijos que sean fruto inmediato y directo de las relaciones sexuales habidas entre los componentes.

La adopción, consiste en crear entre dos personas una relación semejante, desde el punto de vista jurídico y social, a la que hay entre una persona y sus hijos biológicos. De ahí, que sea habitual, desde los tiempos del derecho romano, decir que la adopción imita a la naturaleza. Esta frase tan gráfica pone de relieve no solo el alcance de la adopción, sino también, en cierta medida, sus propias limitaciones: lo que la naturaleza permite, pero también lo que la naturaleza impide, constituye el marco propio de la adopción.

La filiación biológica constituye el modelo a cuya imagen se crean los vínculos "artificiales" de filiación adoptiva: eso quiere decir que para crear una relación jurídicamente semejante a la natural, la relación creada debe ser asemejable a la natural. En consecuencia, lo razonable es entender, que solo cabe establecer un vínculo de filiación adoptiva allí donde podría haber un vínculo biológico de filiación. Esto quiere decir, que el vínculo de filiación adoptiva debe construirse a imagen del vínculo de filiación biológica: un padre, una madre, y un hijo. No, por ejemplo, dos padres y una madre, porque eso no existe en la filiación biológica. Tampoco dos madres, porque biológicamente solo hay una, ni dos padres, porque biológicamente solo hay uno: y lo que pretende, la adopción conjunta por homosexuales, es crear unos vínculos artificiales de filiación entre dos padres y un hijo, o dos madres y un hijo. A la misma conclusión se llega,

desde otro punto de vista, no es posible crear en este caso, un vínculo semejante al que existiría entre dos homosexuales y su descendencia biológica, porque dos homosexuales no pueden tener descendencia biológica.

En nuestra concepción mexicana del derecho, no hay discriminación por el simple hecho de ser homosexuales. Tampoco dos hermanos (varones o mujeres), o dos amigos, convivientes no homosexuales, pueden adoptar conjuntamente, por las razones ya apuntadas. El problema, pues, no es de la orientación sexual, sino de la propia estructura de la relación que se quiere hacer, que no consiente ser creada respecto a personas del mismo sexo. En realidad, lo que hace nuestro derecho, es prohibir cualquier adopción conjunta por más de una persona (esta es la regla general) con dos únicas excepciones: el matrimonio y las uniones estables heterosexuales. Una pareja homosexual es tratada del mismo modo, por ejemplo, que dos hermanos del mismo o de distinto sexo que quieran adoptar conjuntamente un niño, o que dos amigos, del mismo o distinto sexo que quieran igualmente adoptar un niño. Y conviene señalar que esta opción no supone, de suyo, juicio peyorativo sobre la fraternidad, o la amistad, como tampoco, en sí misma, respecto a la homosexualidad.

Por lo anterior, no se debe permitir la adopción por homosexuales en México, en atención, a que se viola, el principio II de la Declaración Universal de los Derechos del Niño, en cuanto establece que al dictar leyes que atañen al niño se tomará exclusivamente el interés de éste como objetivo. Es claro que lo difícil del tema, responde al deseo de algunos homosexuales en ser consolados respecto a la imposibilidad biológica de ser padres entre sí y que no satisface

ninguna necesidad de la infancia abandonada ya que no hay una oferta insuficiente de matrimonios heterosexuales dispuestos a adoptar, como lo prueba el tráfico ilegal de niños.

Podemos afirmar, que es conveniente rechazar la adopción por homosexuales; y aquí, es importante destacar, que de por sí, los niños abandonados llevan ya el estigma de ser hijos no deseados o que sus padres biológicos hayan fallecido, o de múltiples circunstancias, para que les sea aunado, sin pedirlo, el hecho de que su padre y madre sean una pareja del mismo sexo, con toda la problemática sexual, social e ideológica que ello implica.

Ahora bien, también hay que tomar en cuenta que las sociedades maduran con el paso del tiempo, y aunque la nuestra, aún no está preparada para este tipo de vida que existe, aunque de forma minoritaria, aparentemente, socialmente puede haber ataques y golpes bajos a la autoestima de los hijos de gays y lesbianas, pero nos hemos dado cuenta de que no hay un solo modelo de familia, y que hijos de madres solteras o padres divorciados, por ejemplo, pueden ser gente exitosa e íntegra.

G. Propuesta de adición al artículo 390, del Código Civil para el Distrito Federal, como solución a la problemática planteada.

En la actualidad, el artículo citado, establece lo siguiente.

“Artículo 390. 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, la educación y el cuidado de la persona que trata de adoptarse, como 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, atendiendo al interés superior de la misma, y
- III. Que el adoptante es persona apta y adecuada para adoptar.

Cuando circunstancias especiales lo aconsejen, el juez puede autorizar la adopción de dos o más incapacitados o de menores e incapacitados simultáneamente.”¹¹¹

Con la adición que pretendemos, al artículo 390 del Código Civil para el Distrito Federal, éste, quedará así.

“Artículo 390. 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, **acredite, mediante un estudio médico psicológico, tendencias sexuales definidas, de acuerdo a su sexo y:**

¹¹¹ GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. Código Civil para el Distrito Federal. Op. cit. p.p. 97 y 98.

- I. Que tiene medios bastantes para proveer a la subsistencia, la educación y el cuidado de la persona que trata de adoptarse, como 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, atendiendo al interés superior de la misma, y
- III. Que el adoptante es persona apta y adecuada para adoptar, **incluyendo, las preferencias sexuales de acuerdo a su sexo.**

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

Lo anterior, es con el propósito, no de discriminar a los homosexuales, sino más bien, de proteger el interés superior del menor y de la familia, la cual, debe estar por encima de la sociedad y del Estado. Esto, no va en contra de lo dispuesto por el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ni del artículo 2º del Código Civil para el Distrito Federal, donde en ambos ordenamientos, el legislador no se aventuró, a precisar de manera clara, por ejemplo, en el artículo 1º, párrafo tercero constitucional, lo relacionado a las preferencias sexuales y sólo, señala, “queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra, que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto, anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.”

Como podemos ver, el legislador no fue claro, puesto que no señala, a qué, preferencias se refiere. Con mi propuesta, deseo ser clara y precisa, para no dejar dudas sobre lo que debe prevalecer en derecho, ya que mi derecho termina, cuando inicia el de otra persona y así, el menor es el ser más indefenso de la sociedad, el cual, debemos proteger.

Por lo anterior, pretendemos la adición señala al artículo 390, sin que éste, esté en contraposición con lo dispuesto en el artículo 2º del Código Civil para el Distrito Federal del año 2000, donde se reconoce como sexo, el masculino y el femenino, afirmar lo contrario, sería motivo de otra tesis y de nuevas reformas, tanto a la Constitución Política en comento, como al propio ordenamiento civil e inclusive, quiero dejar en claro, que no estoy en contra de la procreación por los homosexuales, porque esto, también es ir contra la naturaleza misma, pero sí, proteger el interés superior del menor, por cualquier otra situación, ya que el derecho, si puede prevenir tal hipótesis, en este entendido, no es interpretar la ley, sino por el contrario, estar a lo que establece, de manera clara y precisa porque, ya es tiempo de legislar a favor de la familia y de los menores en México.

CONCLUSIONES

PRIMERA. La familia, es un grupo social básico, creado por vínculos de parentesco, en todas las sociedades. Esta colectividad natural, se forma, por sujetos singulares, cuya posición jurídica está determinada y cualificada por la pertenencia a este grupo, donde la estructura y el papel de la familia varían según la sociedad y la época en que se ubique.

SEGUNDA. La naturaleza jurídica de la familia, debe entenderse, como un régimen de relaciones sociales institucionalizadas, que son sancionadas por el derecho, pues se establecen vínculos jurídicos interdependientes y recíprocos, que en conjunción, constituyen el derecho familiar. Es por ello, que siempre ha sido y es, el grupo de referencia más duradero e influyente para la sociedad y el Estado.

TERCERA. En nuestro país, como en casi todo el mundo, el matrimonio, es la unión estable entre hombre y mujer, convenida de acuerdo con la ley, regulada y ordenada a la creación de una familia, y tiene como caracteres distintivos: constituir un vínculo habitual con vocación de permanencia, dirigido, por su propia finalidad, a la convivencia y colaboración de los cónyuges en un hogar, formando una familia en cuyo seno nacerán y se criarán los hijos si los hubiere; otro de sus caracteres es que resulta de un acto jurídico bilateral celebrado en un concreto momento denominado boda. Este acto y el concubinato, se encuentran regulados, en nuestro derecho y como creadores exclusivos del vínculo reconocido por el Estado.

C U A R T A. Observamos, que el imperativo sistema tradicional de un único paradigma familiar, representado por la familia fundada en el matrimonio, ha sufrido duros embates que terminaron haciéndolo sucumbir frente al propósito de grupos sociales de elaborar sus propias y específicas relaciones familiares conyugales o convivenciales, produciéndose la equiparación jurídica de la familia natural respecto de la legítima, estableciéndose la igualdad legal de los hijos y descendientes extramatrimoniales respecto de los matrimoniales. En la actualidad, a nivel mundial se halla en proceso de desarrollo el reconocimiento, como entidad familiar, de las uniones entre personas del mismo sexo y de las familias monoparentales integradas con descendientes logrados a través de mecanismos de fecundación asistida.

Q U I N T A. Es importante, que los modernos modelos jurídicos de familia, precisen, cómo deben cumplirse las principales funciones que tradicionalmente, se le asignan a esta entidad: La protección y socialización de los hijos, si los hubiere, y la asistencia mutua entre sus miembros. Así, existen países como Canadá, el estado de Vermont en Estados Unidos de América, Holanda, Alemania, Suecia, Finlandia, Bélgica, Inglaterra y España, que actualmente, reconocen el matrimonio entre homosexuales y su derecho a la adopción, de lo que concluimos que ya no existe una forma única de familia desde el punto de vista legal, sino por el contrario, teniendo en cuenta la heterogeneidad de relaciones jurídico familiares reconocidas por los respectivos ordenamientos nacionales, resulta que cada persona o pareja tiene la posibilidad de elegir el tipo de familia a la cual quiere someterse.

S E X T A. El derecho mexicano, debe excluir a los homosexuales y lesbianas para ser adoptantes, dado que sólo se reconoce la posibilidad de adoptar a los matrimonios y a las parejas heterosexuales; sin embargo, la ley también contempla la posibilidad de que un menor sea adoptado por una sola persona de forma individual, sin discriminar a los solicitantes por razón de su orientación sexual. Así, de forma indirecta, se permite que los homosexuales adopten menores, por ello, se requiere que la ley sea precisa al respecto y no poner en peligro al menor ni a su interés superior.

S É P T I M A. En los países que están a la vanguardia en la adopción por parejas homosexuales, existe todo un corpus de investigación sobre el desarrollo emocional, psicológico y de ajuste social de los niños criados por parejas gays y lesbianas, donde los resultados son positivos. De hecho, las asociaciones profesionales de psiquiatras y psicólogos norteamericanos se han pronunciado repetidamente a favor de las adopciones de niños por parte de parejas homosexuales, y aunado a ello, la Organización Mundial de la Salud, ha descartado la homosexualidad como una enfermedad, ya que ahora es considerada como una preferencia sexual.

O C T A V A. Podemos decir, que la legitimidad de la adopción por homosexuales en nuestro país, depende que no se agreda a la moral pública y las buenas costumbres. No obstante la diferenciación entre derecho y moral, es indiscutible que la cuestión ética interviene decisivamente en las instituciones del derecho familiar. Por ello, los nuevos paradigmas familiares deben comenzar teniendo un

auténtico y maduro acogimiento social, para poder, luego, incorporarse a la normativa legal. Cuando en un país, se advierten reservas morales generalizadas frente a definidas uniones fácticas, o a todas ellas, el legislador deberá abstenerse de juridizarlas. De ahí, el peligro de copiar modelos extranjeros e injertarlos, en naciones que tienen distintas ideas de vida, de moral, de familia y de sociedad.

N O V E N A. El derecho mexicano, se inclina por la tesis de que la adopción, consiste en crear entre dos personas una relación semejante, desde el punto de vista jurídico y social, a la que hay entre una persona y sus hijos biológicos. De ahí que sea habitual, desde los tiempos del derecho romano, decir que la adopción, imita a la naturaleza, permitir la adopción de menores por homosexuales y lesbianas, es ir contra la naturaleza, porque, cómo, se le explicaría al infante, que su padre se viste de mujer o su madre de hombre, o peor aún, que dos personas del mismo sexo, vivan como marido y mujer.

D É C I M A. En atención a que no se puede eliminar por ser contra la naturaleza, el derecho de procrear a los homosexuales y a las lesbianas, el derecho, debe prevenir y eliminar la posibilidad manifiesta de que las personas con preferencias sexuales distintas a su género, adopten, no por discriminarlos, sino en aras de proteger siempre el interés superior del infante.

D É C I M A P R I M E R A. En nuestro país, la sociedad en general, rechaza la idea de la adopción por homosexuales, por lo que ésta, sólo será legítima en tanto, sea aceptada por los principios fundamentales del orden público, los cuales abrevan en las fuentes del derecho natural, de la moral y de las buenas

costumbres. Es indudable que el derecho legislado no es omnipotente para dibujar a su antojo nuevos modelos de familia prescindiendo de los superiores principios esenciales que hacen a la organización de la sociedad y que están, por encima de la ley y reconocidos en la Constitución Nacional.

D É C I M A S E G U N D A. La adición que propongo al artículo 390 del Código Civil para el Distrito Federal del año 2000, quedará así.

“Artículo 390. 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, **acredite, mediante un estudio médico psicológico, tendencias sexuales definidas, de acuerdo a su sexo** y:

- I. Que tiene medios bastantes para proveer a la subsistencia, la educación y el cuidado de la persona que trata de adoptarse, como 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, atendiendo al interés superior de la misma, y
- III. Que el adoptante es persona apta y adecuada para adoptar, **incluyendo, las preferencias sexuales de acuerdo a su sexo.**

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

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR GUTIÉRREZ, Antonio. Panorama de la Legislación Civil de México. 3ª ed., Ed. Imprenta Universitaria, México, D.F., 2002.

ÁLVAREZ, Ana Josefina. Análisis y Propuesta como Parte del Programa sobre Asuntos de la Mujer, el Niño y la Familia. 3ª ed., Ed. Comisión Nacional de Derechos Humanos, México; D.F., 2003.

BAQUEIRO ROJAS Edgard y BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía. Derecho de Familia y Sucesiones. 2ª ed., Ed. Oxford, México, D.F., 2004.

BAQUEIRO ROJAS, Edgard y Rosalía Buenrostro Báez. Derecho de Familia. 1ª ed., Revisada y Actualizada. Ed. Oxford, México, D. F., 2005.

BONNECASE, Julien. Elementos de Derecho Civil. 6ª ed., Ed. Oxford, Colección de Textos, México, D.F., 2000.

BONNECASE, Julien. Tratado Elemental de Derecho Civil. Vol. 1. 1ª ed., Biblioteca Clásicos del Derecho, Ed. Harla, México, D.F., 2001.

BORDA, Guillermo A. Manual de Derecho de Familia. 11ª ed., Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, República de Argentina; 1993.

CHÁVEZ ASECIO, Manuel. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales. 9ª ed., Ed. Porrúa, México, D.F., 2000.

CHÁVEZ, ASECIO, Manuel F. La Familia en el Derecho. 4ª ed. Ed., Porrúa, México, D.F., 2001.

CHINOY, Eloy. La Sociedad. Una Introducción a la Sociología. 2ª ed., Trad. de Francisco López Cámara, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 1990.

DE DIEGO, Clemente. Derecho Civil Español. 2ª ed., Ed. Temis, Barcelona, España, 2000.

DE LA MATA PIZAÑA, Felipe y Garzón Jiménez Roberto. Derecho Familiar. 1ª ed., Ed. Porrúa, México, D. F., 2004.

DÍAZ AMBRONA BARDAJI, María Dolores y Francisco Hernández Gil. Lecciones de Derecho de Familia. 2ª ed., Ed. Centro de Estudios Ramón Arces, Madrid, España, 1991.

DÍEZ BENAVIDEZ, Mariano. La Bisexualidad Humana. 2ª ed., Ed. Planeta, México, D.F., 2004.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. Derecho Civil. Familia. 1ª ed., Ed., Porrúa, México, D. F., 2008.

ELLUL, Jacques. Historia de las Instituciones en la Antigüedad. 20ª ed., Ed. Aguilar, Madrid, España, 1998.

ESPIN CÁNOBAS, Diego, et. al. El Nuevo Derecho de Familia Español. 2ª ed., Ed. Reus, Madrid, España, 1982.

GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso. 10ª ed., Ed. Porrúa, México, D.F., 2000.

GODOY, Jhon. La Evolución de la Familia y del Matrimonio en Europa. 4ª ed., Ed. Herder, Madrid, España; 1999.

GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián y Susana Roig Canal. Nuevo Derecho Familiar en el Código Civil de México, Distrito Federal del año 2000. 1ª ed., Ed. Porrúa, México, D. F., 2003.

GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. ¿Qué es el Derecho Familiar? Segundo Volumen, 1ª ed., Ed. Promociones Jurídicas y Culturales, México, D.F. 1992.

HALES YUFOFSKY, Talbott. Tratado de Psiquiatría. 3ª ed., Ed. Masson, Madrid, España; 2000.

KASS, León. Lesbianas y Homosexuales en E. U. 3ª ed., Ed. Reight, Los Ángeles California E. U., 1999.

KUNKEL, Wolfgans. Historia del Derecho Romano. 6ª ed., Ed. Ariel, Barcelona, España 2002.

LACRUZ BERDEJO, José Luis. Derecho de Familia. 5ª ed., Ed. Bosch, Madrid, España, 1997.

LARRABE, José Luis. Derecho de Familia. 8ª ed., Ed. Bosch, Madrid, España, 2000.

LECLERQC, Jacques. La Familia. 4ª ed., Ed. Herder, Madrid, España; 1961.

MAGAZ SANGRO, Carlos. La Patria Potestad en los Pleitos Matrimoniales. 1ª ed., Ed. Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, España; 1998.

MAZEAUD, Henry y León. Lecciones de Derecho Civil. Familia. 16ª ed., Ed. Ediciones Jurídicas, Europa-América, México, D.F., 1980.

MÉNDEZ COSTA, María Josefa; D'ANTONIO, Hugo. Derecho de Familia. Tomo I, 2ª ed., Ed. Rubinzalculzoni, Buenos Aires, República de Argentina. 1994.

MERINO HERNÁNDEZ, José Luis. El Fenómeno de la Pareja no Casada. 2ª ed., Tomo II, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Madrid, España; 2000.

MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. 4 ed., Ed. Porrúa, México, D.F., 1990.

MONTES, Ángel Cristóbal. Curso de Derecho Romano. 18ª ed., Ed. Universidad Central de Venezuela, Caracas Venezuela, 1999.

OTERO, Antonio. Conducta y Patología Sexual. 4ª ed., Ed. Masson, Madrid, España; 1998.

PLANIOL, Marcel. Derecho Civil. 1ª ed., Vol. 8, Biblioteca Clásicos del Derecho, Ed. Harla, México, D.F., 2003.

PUIG PEÑA, Federico. Elementos de Derecho Civil. 3ª ed., Ed. Bosch, Madrid, España, 1995.

QUINTANA ROLDAN, Carlos; Norma Sabido Peniche. Derechos Humanos. 2ª ed., Ed. Porrúa, México; D.F., 2001.

SOUTO PAZ, José Antonio. Derecho Matrimonial. 2ª ed., Ed. Marcial Ponds, Madrid, España; 2003.

VILLEY, Michel. El Derecho Romano. 4ª ed., Ed. Depalma, Buenos Aires, República de Argentina, 1995.

YAÑEZ, Víctor. Problemas de Sexo. 3ª ed., Ed. Argos, Madrid, España, 2006.

LEGISLACIÓN CONSULTADA

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 2ª ed., Ed. Sista, México, 2009.

Código Civil para el Distrito Federal. 1ª ed., Ed. Sista, México, D.F., 2009.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. 1ª ed., Ed. Sista, México, D.F., 2009.

DELGADO MOYA, Rubén. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 23ª ed., Comentada. Ed. Sista, México, D.F., 2009.

GÜITRON FUENTEVILLA, Julián. Código Civil para el Distrito Federal. 73ª ed., Revisado, Actualizado y Acotado por el autor. Ed., Porrúa, México, D. F., 2005.

Ley General de Salud. 1ª ed., Ed. Sista, México, D.F., 2009.

Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal. 1ª ed., Ed. Sista, México, D.F., 2009.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

Enciclopedia Jurídica Omeba. T. I. 10ª ed., Ed. Dris-Kill, Buenos Aires, República de Argentina, 2000.

OTRAS FUENTES

Semanario Judicial de la Federación. Primera Sala. Novena Época. T. XXII. No. Registro: 176,527. Materia Civil. Diciembre, México, 2005.

VERDUZCO ÁLVAREZ- ICAZA, Angélica. "Orientaciones para Desarrollar la Autoestima del Niño" Revista Saludable, Volumen 12, Número 2, México, 2004.

Adopción. Generalidades.

<http://www.usuarios.maptel.es/adoloida/adopcion.htm>. Consulta 7 febrero 2005

Asociación de Gays y Lesbianas. España.

<http://www.mundogayascsc/recuperado/noticias.pdf> Consultado 7 febrero 2005.

Comunidad Homosexual.

http://www.comgay/sexuar/menu/america/re_190.html. Consultado 7 febrero 2005.

Influencia y Conocimiento Sexual.

<http://www.intradop.adopcion.org/preponde.html>. Consultado 7 febrero 2005.