



PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO

FACULTAD DE DERECHO

LA ADOPCIÓN DE MENORES EN LOS MATRIMONIOS ENTRE HOMOSEXUALES
TRANSGREDE EL ARTÍCULO CUARTO CONSTITUCIONAL

T E S I S

QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE:

MAESTRO EN DERECHO

P R E S E N T A:

LIC. ENIAC PINEDA CRISTALINAS

TUTORA:

DRA. HILDA PÉREZ CARBAJAL Y CAMPUZANO

DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO UNAM

CIUDAD DE MÉXICO, OCTUBRE DE 2017



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.

AGRADECIMIENTOS

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO.

NUESTRA MÁXIMA CASA DE ESTUDIOS, POR LA OPORTUNIDAD QUE ME DIO DE SEGUIR CONTINUANDO MIS ESTUDIOS DE MAESTRÍA EN NUESTRA ALMA MATER.

A LA DRA. HILDA PÉREZ CARBAJAL Y CAMPUZANO.

MI TUTORA PARA ESTA TESIS, CUYOS APORTES Y CONSEJOS CONSTITUYERON LA PARTE PRIMORDIAL EN LA PRESENTE INVESTIGACIÓN.

A MI MADRE LA SRA. ANASTASÍA ROSALIA CRISTALINAS NÚÑEZ.

DE QUIEN HE RECIBIDO AMOR, CONSEJOS, APOYO INCONDICIONAL, Y A QUIEN LE DEBO TODO LO QUE SOY Y TODO LO QUE TENGO...

QUIEN ME HA DEMOSTRADO QUE LAS COSAS VALIOSAS DE ESTA VIDA SE LOGRAN CON MUCHO SACRIFICIO...

Y A QUIEN ADMIRO POR TODO SU ESFUERZO Y VALOR PARA ENFRENTAR LOS PEORES DESAFIOS DE NUESTRAS VIDAS...

PORQUE JAMÁS SE RINDIO PARA DEMOSTRARME QUE TODO LO BUENO EN ESTA VIDA REQUIERE DE DISCIPLINA, ENTREGA, AMOR Y CONSTANCIA...

Y A QUIEN JÁMAS PODRE PAGARLE TODO LO QUE ME HA DADO, PUES NINGÚN REMBOLSO MATERIAL SERÁ SUFICIENTE PARA COMPENSAR TANTO AMOR QUE HE RECIBIDO DE SU INFINITO CORAZÓN...

MUCHAS GRACIAS MAMÁ.

A MI PADRE EL SR. ROLANDO PINEDA DEL VALLE (†).

POR INFUNDIRME EL INTERÉS PARA ESTUDIAR ESTA NOBLE CARRERA...

POR ENSEÑARME A DEFENDERME EN LA VIDA...

MUCHAS GRACIAS PAPÁ.

A MI ABUELITA LA SRA. MACLOVIA NÚÑEZ IBARRA (†).

POR SU PROTECCIÓN, AMPARO, Y AMOR EN LOS CAPÍTULOOS MAS FRAGILES DE MI VIDA.

MUCHAS GRACIAS ABUE.

A MI ESPOSA YARENI CASTILLO VÁZQUEZ.

POR SU GRAN APOYO, PACIENCIA, AMOR, POR ESTAR CONMIGO EN TODO MOMENTO Y POR FORMAR PARTE DE ESTE GRAN PROYECTO DE MI VIDA...

MUCHAS GRACIAS YARE.

A MI HIJA AMITH PINEDA CASTILLO.

PORQUE CADA SONRISA, CADA ABRAZO, CADA BESO, CADA VEZ QUE ME DICES: "TE QUIERO PAPÁ", Y CADA TRAVESURA TUYA ME DAN LA ENERGÍA SUFICIENTE PARA CONQUISTAR MIS SUEÑOS.

MUCHAS GRACIAS AMI.

A MIS TÍOS.

SAULO CRISTALINAS NÚÑEZ POR SU CARIÑO Y APOYO INCONDICIONAL EN TODAS LAS ETAPAS DE MI VIDA, MUCHAS GRACIAS TÍO.

IGNACIA CRISTALINAS NÚÑEZ POR SU CARIÑO Y SUS GRANDES ATENCIONES CON MI FAMILIA Y CONMIGO, MUCHAS GRACIAS TÍA.

PABLO ROBERTO CHÁVEZ FUENTES POR SU AFECTO Y APOYO INCONDICIONAL, EN MUCHOS PROYECTOS PERSONALES DE MI VIDA, MUCHAS GRACIAS TÍO.

A MIS PRIMOS

OZZIEL YOVANNI CHÁVEZ CRISTALINAS "OZZI" POR SU GRAN CARIÑO Y APOYO EN TODO MOMENTO.

ALDRI STEVE CHÁVEZ CRISTALINAS "DINO" POR SUS CONSEJOS Y SU AFECTO.

A SAULO ENRIQUE CRISTALINAS CORTÉS "KIKE" POR SU INFINITO CARIÑO.

Y A ABEL EMILIANO CRISTALINAS CORTÉS "EMI" POR SU AFECTO.

A CONACYT

AL CONSEJO NACIONAL DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA, INSTITUCIÓN QUE TUVO A BIEN OTORGARME UNA BECA NACIONAL, LA CUAL PERMITIO FORTALECER MIS ESTUDIOS DE MAESTRÍA EN DERECHO Y LOGRAR LA CONCLUSIÓN DE LA PRESENTE TESIS.

A MIS AMIGOS

JUAN ANTONIO PÉREZ SOBRADO, QUIEN FUE PARTE DE ESTE PROYECTO DE INVESTIGACIÓN Y QUIEN ME HA INCLUIDO EN EL ÁMBITO ACADÉMICO, MUCHAS GRACIAS JUAN.

BERNARDO ANWAR AZÁR LÓPEZ, POR SUS VALIOSOS CONSEJOS, Y SU AMISTAD INCONDICIONAL, MUCHAS GRACIAS BERNARDO.

ISAAC RUBÉN GUERRERO GUZMÁN, POR SU GRAN APOYO DURANTE LA MAESTRÍA Y SUS VALIOSOS CONSEJOS EN MI PROCESO HISTORICO DE VIDA.

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS.....	2
INTRODUCCIÓN.....	10
CAPÍTULO I. ANTECEDENTES GENERALES DE LA ADOPCIÓN EN EL MUNDO	
1.1 Los romanos.....	13
1.2 Los griegos.....	18
1.3 La Edad Media en Europa.....	20
1.4 La Edad Moderna.....	21
1.5 Los aztecas.....	23
1.6 La Nueva España.....	24
1.7 El siglo XIX.....	27
CAPÍTULO 2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA ADOPCIÓN EN MÉXICO	
2.1 La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como norma suprema, protectora del interés superior del menor.....	31
2.2 Análisis de la anterior Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.....	31
2.3 Análisis de la Ley de Asistencia Social.....	33
2.4 Análisis del Estatuto Orgánico del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia.....	33
2.5 Leyes específicas en materia de adopción como es el caso de: Veracruz, Michoacán, Quintana Roo, Durango y el Estado de México.....	34
CAPÍTULO 3. DEFINICIÓN DE LA INSTITUCIÓN JURÍDICA DE LA ADOPCIÓN DE ACUERDO CON EL CÓDIGO CIVIL Y LA DOCTRINA	
3.1 Definición de adopción que el Código Civil vigente para el Distrito Federal admite.....	36
3.2 Definición de adopción que la doctrina propone.....	36
3.3 Diferencias que existían entre la adopción simple y adopción plena.....	39
3.3.1 Adopción simple.....	40
3.3.2 La adopción plena.....	41
3.3.3 La viabilidad de que en algunos casos la adopción sea semiplena.....	41
3.4 La idoneidad de que en la vigente Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes se contemple la equivalencia de reglas jurídicas en materia de adopción,	

para el caso de que menores mexicanos sean adoptados por extranjeros, como lo instituía la ya abrogada Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y de que esta norma jurídica se aplique en todo tipo de adopciones.....	42
3.4.1 La necesidad de establecer una consonancia en la edad del menor para externar su opinión en su propia adopción, tanto en el derecho interno como en los tratados internacionales de los que México es miembro en materia de adopciones.....	43
3.5 Delitos que pueden derivarse de un acto lícito como la formalización de un aparente matrimonio de los que son víctimas los menores de edad cuando no se tienen las debidas medidas legislativas que protejan su interés superior, como fue el caso de la pareja homosexual de nombres: Mark Newton y Peter Truong los cuales adoptaron a un menor de edad víctima de abuso sexual por parte de ellos y por terceras personas.....	44
3.5.1 La exigencia de que la Convención Sobre de los Derechos del Niño manifieste en su artículo 21 inciso “c” la equivalencia de reglas jurídicas en materia de adopción, cuando se trate de adopción internacional.....	45
3.6 La adopción plena en el Código Civil vigente para el Distrito Federal.....	47
CAPÍTULO 4. REQUISITOS PERSONALES PARA LA ADOPCIÓN	
4.1 Requisitos para el adoptado.....	48
4.1.1 Adopción de menores abandonados o huérfanos.....	49
4.1.2 Adopción de embriones humanos y el aspecto particular del Estado de Tabasco y del Estado de Veracruz.....	50
4.2 Requisitos para el adoptante.....	51
4.2.1 Consentimiento.....	54
4.2.2 Análisis de los elementos que constituyen el consentimiento tanto en el Código Civil vigente para el Distrito Federal como en el Código Civil Federal.....	56
4.2.3 El consentimiento imprescindible de quien ejerce patria potestad sobre el menor como requisito necesario para llevar a cabo el proceso de adopción y las entidades federativas que prohíben la adopción privada.....	56
4.3 Tutor.....	58

CAPÍTULO 5. LA TRASCENDENCIA DE LOS PRINCIPIOS PRO PERSONA, PROGRESIVIDAD E INTERPRETACIÓN CONFORME Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD COMO PIEDRA ANGULAR EN EL RESPETO A LOS DERECHOS HUMANOS

5.1 Aspectos generales de la genealogía de la adopción en México hasta la última reforma al matrimonio civil.....	61
5.2 Principio de progresividad.....	62
5.3 Principio <i>pro persona</i> y principio de interpretación conforme.....	64
5.4 Control de convencionalidad.....	65

CAPÍTULO 6. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR DESDE LA ÓPTICA JURÍDICA DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES Y SU IMPORTANCIA EN EL PROCESO DE ADOPCIÓN MEXICANO

6.1 Concepto de menor.....	70
6.2 Todo menor de edad no puede ser considerado como incapaz en virtud de que es una persona capaz de obrar.....	71
6.3 Que se entiende por menor de edad en virtud de lo que instituye Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo uno.....	73
6.4 Instrumentos internacionales que fijan la edad de los dieciocho años como edad límite para determinar la minoría de edad.....	75
6.5 El interés superior del menor y su fundamento jurídico.....	76
6.6 La satisfacción del derecho a la salud, como derecho primario y derecho humano que constituye una parte vital en la salvaguarda del interés superior del menor.....	79
6.7 Robert Alexy “La fundamentalidad de los derechos adquiere su vitalidad en torno a las expectativas individuales que cada derecho posee para darles la máxima protección jurídica y garantizar su acceso expedito por parte de su titular, como lo son los derechos de los menores en razón del interés superior que está expresamente instituido en el artículo cuarto párrafo noveno de la Constitución Federal.....	80
6.8 La relevancia de que en todo juicio de orden familiar al que sea sometido un menor, no se le obligue a desahogar su opinión con una estructura formal o rígida como lo exige la ley con el resto de los demás sujetos a proceso, en atención al interés superior del mismo.....	83

6.9 En virtud de lo que representa el interés superior del menor, en caso de suspensión de garantías en nuestro país un menor jamás debe ser receptor de estas decisiones tomadas por el Estado.....	84
6.9.1 México y su postura frente a la protección de los derechos del niño en virtud de lo que reconoce el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	85
6.9.2 El interés superior del menor y el lugar primordial que guarda en torno a los procesos en el ámbito penal reconocidos por diversos instrumentos internacionales.....	86
6.10 Autoridades, organismos e instituciones que intervienen en la protección de los derechos del niño atendiendo al interés superior del menor en cumplimiento de sus obligaciones instituidas en la ley.....	88
6.11 La trascendencia del interés superior del menor regulado en Convención Americana de Derechos Humanos.....	91
6.12 El interés superior del menor y su vínculo con la Convención Sobre los Derechos del Niño.....	93
CAPÍTULO 7. LA ADOPCIÓN DE MENORES EN LOS MATRIMONIOS ENTRE HOMOSEXUALES TRANSGREDE EL ARTÍCULO CUARTO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS	
7.1 Análisis del derecho a la salud desde la perspectiva constitucional y la Ley General de Niñas, Niños y Adolescentes vigente en el Distrito Federal.....	100
7.2 Derecho de la niñez.....	104
7.3 La trascendencia en regular la diferencia de edad entre el adoptante y el adoptado en la legislación mexicana, como elemento a considerar en el proceso de adopción y el tener presente que el propio Código Civil Federal y el vigente en el Distrito Federal considera como hijos consanguíneos a aquellos menores de edad que son acogidos y protegidos mediante este acto jurídico para ingresar a una nueva familia con padres adoptivos.....	106
7.4 La anatomía de un menor de edad y el rol que le corresponde desempeñar en el contexto natural que lo rodea y del cual debe el derecho marcar un equilibrio claro para una sana convivencia con todas las formas de pensar que están inmersas en la sociedad.....	109

7.5 La adopción desde una óptica psicológica y el resultado del estudio psicológico, “ADOPCIÓN: DESEO Y CRIANZA”, realizado por la UNAM, en conjunto con la Universidad Iberoamericana, y la Asociación Mexicana de Psicoanálisis respecto a la adopción entre matrimonios del mismo sexo.....	110
7.5.1 La adopción de menores el reclamo de un derecho por parte de los matrimonios del mismo sexo, de acuerdo a los resultados obtenidos en la investigación psicológica: “ADOPCIÓN: DESEO Y CRIANZA”.....	112
7.5.2 La necesidad de que prevalezcan ambas figuras: masculina y femenina como parte del desarrollo psicosexual de todo menor adoptado.....	115
7.6 La imposición permanente de un núcleo familiar con un matrimonio del mismo sexo, afecta el desarrollo psicosexual del menor imposibilitándolo a lograr su individualización, independencia y diferenciación sexual para lograr la identidad sexual que constituye la piedra angular de la personalidad del ser humano, en detrimento de la salud del menor.....	118
7.7 La viabilidad de que existan cláusulas pétreas o intangibles en todas aquellas normas jurídicas dirigidas a garantizar la protección del interés superior del menor en el derecho interno y de inhibir que los efectos de otras normas jurídicas trasciendan a aquellas normas destinadas a la protección de los derechos del niño.....	121
7.8 El criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto a la adopción entre matrimonios del mismo sexo.....	123
CAPÍTULO 8 CONTRASTE ENTRE INVESTIGACIONES SOCIOLÓGICAS QUE SE PRONUNCIAN A FAVOR DE LA ADOPCIÓN ENTRE MATRIMONIOS DEL MISMO SEXO Y SUS RESPECTIVAS RÉPLICAS DERIVADAS DE OTRAS FUENTES DE INVESTIGACIÓN DE CARÁCTER JURÍDICO; INFORMACIÓN SOLICITADA AL CONSEJO NACIONAL PARA PREVENIR LA DISCRIMINACIÓN (CONAPRED)	
8.1 Los primeros avances legislativos en favor del interés superior menor en materia de materia de adopción a principios del siglo XX que se gestaron en los Estados Unidos de América.....	131
8.2 Perspectivas respecto de la adopción entre matrimonios de mismo sexo, expresadas por la fundación Rafael Preciado Hernández A.C., con una óptica sociología en las formas de integrar una familia.....	135
8.3 Aspectos a favor de la adopción entre parejas del mismo sexo, desde un análisis psicológico, publicado por la revista “La Curul” medio informativo del Congreso del Estado de Puebla”.....	137

8.4 Posiciones en contra y en favor de la adopción homoparental desde la sociología y la psicología publicado por la revista número cuatro del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM de la autoría de Luis Rodrigo Navarro Reyes.....	139
8.4.1 Posturas en favor de la adopción de menores por matrimonios del mismo sexo que asume el autor Luis Rodrigo Navarro Reyes a través de su artículo que lleva por título: “Posiciones en contra y en favor de la adopción homoparental desde la sociología y la psicología”, publicado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.....	141
CONCLUSIONES.....	142
BIBLIOGRAFÍA.....	159
LEGISLACIÓN.....	161
FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO.....	161

INTRODUCCIÓN

En México son evidentes y trascendentales los cambios operados en la estructura familiar durante los últimos años; la reducción en el grupo familiar, la incorporación de la mujer a la vida económica y su deseo de alcanzar un desarrollo personal antes de tener una descendencia, aunado a la aceleración del ritmo de vida, el estrés y el deseo de una mejor situación económica, han sido algunos de los factores determinantes en la disminución de la fertilidad de la pareja tal como lo demuestra la reducción de las tasas de natalidad en las sociedades desarrolladas. El problema de las parejas que han visto reducida su fertilidad, se han afrontado de manera diversa unas veces recurriendo a las modernas técnicas de fertilidad no siempre con buenos resultados y otras a través de la adopción.

Paradójicamente, otro de los problemas que afronta las sociedades son los menores desamparados sin un grupo familiar que se haga cargo de ellos. Muchos de estos niños sin hogar viven sin hogar en las calles, o en el mejor de los casos, se encuentren acogidos en alguna institución pública o privada, otros más viven con matrimonios de parejas homoparentales, que les causan más perjuicios que beneficios.

Se considera como un deber para la sociedad integrar a ella a los menores desamparados, supliendo la ausencia o deficiencia de las relaciones de filiación o de parentesco mediante instituciones adecuadas, una de ellas, la adopción permite la integración de un menor a un grupo familiar, cuando su propio grupo familiar no le garantiza nada, ya sea que la adopción sea por decisión de los padres o por causas ajenas a su voluntad; procurando siempre que se garantice el bienestar necesario para su desarrollo integral. De manera que la adopción parece una solución a estos problemas a los que se enfrentan las modernas sociedades.

En la presente investigación analizo la institución de la adopción desde un ámbito internacional y nacional observando el contenido de la Convención Sobre los Derechos del Niño, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Código Civil Federal y el Código Civil para el Distrito Federal a efecto de consolidar un estudio más profundo e integral en torno a la institución de la adopción y su repercusión en el sano desarrollo de los menores. Es por ello por lo que tendré como labor ahondar más en el estudio de esta institución jurídica, expondré la trascendencia que denota el

artículo cuarto de la Constitución Federal, en aras de visualizar como se reconoce y garantiza el derecho a la salud en todas sus aristas, ¿Cuál es el alcance que implica este derecho humano en el derecho de los menores? Asimismo expondré el contenido de los artículos que regulan la institución de la adopción en el Código Civil Federal y Local en nuestro país y el interés superior del menor consagrado también en el artículo cuarto constitucional.

En este tenor de ideas la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consagra en su artículo 133 lo que se considera como jerarquía constitucional, en esta tónica se vislumbrará que los tratados internacionales en concordancia con la Constitución Federal y las leyes que emanen del Congreso de la Unión serán ley suprema de toda la unión; bajo este esquema analizaré los tratados internacionales que México firmo y ratifico con relación a los derechos de los niños y sus medios de garantía que permiten hacer efectivos dichos derechos a sus titulares; todo ello con el afán de exhibir cuales son los tratados internacionales de los que México es parte y de los cuales está obligado a su pleno cumplimiento en beneficio de la esfera jurídica de los menores de edad. Ello obliga a exponer la vinculación directa que tiene el control de convencionalidad en México respecto a los derechos de los niños reconocidos en diversos tratados internacionales de los que nuestro país es parte.

Por otra parte, explicaré los diversos cambios que sufrió la institución de la adopción en las diversas etapas de la vida jurídica de nuestro país, desde la época de los aztecas, la Nueva España, ya como México independiente y hasta nuestros días, profundizando de manera concreta en los datos más relevantes de cada una de las etapas que constituyen esta genealogía jurídica de la adopción en México. Por lo que se refiere al contexto local es menester mencionar que durante el año de 1928 el Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales reguló la institución de la adopción como ya lo había hecho la Ley de Relaciones Familiares de 1917, este Código fue considerado como modelo inspirador en los Códigos Civiles locales, sin embargo, al paso del tiempo las legislaturas locales fueron alejándose de este modelo central para crear su propia configuración conforme a sus propias necesidades, circunstancias, y expectativas.

A guisa de introducción abordaré de manera escueta el tema de la adopción, más adelante profundizaré en el estudio de esta importante institución jurídica y

expondré con mayor detalle su trascendencia en la vida jurídica de los menores y su impacto en nuestra sociedad; ahora bien se ha concebido a la adopción como una de las figuras que más se ha transformado desde su originaria protección, la protección del interés del adoptante hacia la protección del interés del adoptado es decir del interés superior del menor y estamos conscientes de que la esta figura no permanecerá estática sino por el contrario ira evolucionando en la forma en que lo hagan las estructuras familiares, pero ello no implica que sea en detrimento del interés superior del menor, pues este importante interés superior de la niñez, desde que cobro mayor relevancia por encima de cualquier otro interés, no perderá jamás su posición privilegiada, su primacía y su hegemonía por darle mayor trascendencia a otro tipo de intereses; que bajo ninguna justificación pueden ser más importantes que el salvaguardar los derechos de los niños, por considerarse estos como un grupo vulnerable que es susceptible de muchos abusos y que por su propia condición natural estos abusos pueden afectar en mayor grado a estos niños que a cualquier otra persona con plena capacidad de goce y de ejercicio; por ello, en estos términos los infantes requieren de mayor protección, seguridad y medios de garantía que permitan hacer valer plenamente sus derechos en aras de lograr el reconocimiento, respeto, valor y aplicación de la norma jurídica en torno a la defensa de sus derechos frente al Estado. La institución de la adopción ha ido cobrando mayor relevancia debido a los diversos cambios que se han gestado en nuestra sociedad los cuales siendo negativos han repercutido de manera directa en esta institución de derecho familiar; tal es el caso de la reforma al matrimonio entre personas del mismo sexo, reforma que sin duda alguna repercutió en la adopción, tema que trataré con mayor atención en el desarrollo de la presente investigación.

CAPÍTULO I. ANTECEDENTES GENERALES DE LA ADOPCIÓN EN EL MUNDO

En este capítulo abordaré las diversas etapas por las que ha transitado y evolucionado la adopción desde su configuración en los pueblos más antiguos como: los hebreos, los griegos, los romanos y los aztecas por citar algunas civilizaciones milenarias, hasta llegar a nuestra época y su naturaleza en nuestro sistema jurídico. En torno a la importancia que incidió en nuestro derecho actual comenzaré por el estudio de los romanos cuya trascendencia respecto de la institución de la adopción cobra importancia cuando se presentaba el caso de que no había descendencia a quien heredar el patrimonio del *De cuius*, de ahí la idea que se confeccionó en aquella época que afirma: morir sin descendencia significaba la ausencia de ritos fúnebres y el descuido de los dioses familiares, motivos suficientes para merecer el desamparo en el más allá, la extinción del culto familiar y de la familia misma. La adopción se convirtió en la varita mágica que solucionaba la carencia de descendientes y su finalidad era cumplir con un deber religioso. La adopción beneficiaba a aquellas personas a las que la falta de descendencia les impedía continuar su estirpe y heredar sus bienes. En ambos casos el enfoque de la adopción partió de la perspectiva del interés de los que deseaban o necesitaban perpetuar su dinastía o transmitir su patrimonio.

1.1 Los romanos

En el derecho romano la adopción constituía otra de las fuentes de la patria potestad como lo era la legitimación, y el matrimonio; entendiéndose por está como aquella institución del derecho civil cuya finalidad era establecer determinadas relaciones de carácter agnatico (recordemos que en aquella época sólo existían dos tipos de parentesco el cognatico y el agnatico, el primero era de carácter natural que unía a las personas descendientes una de otra, en línea recta o descendientes de un autor común en línea colateral, sin distinción de sexos; este parentesco rige tanto en línea masculina como en línea femenina y el segundo era de carácter civil y tiene como base un parentesco única y exclusivamente en línea paterna). En el caso particular de la adopción, el tipo de parentesco que generaba era agnatico. Creaba relaciones semejantes a las del *Paterfamilias* y el *filius familias*, pero no iguales.

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

Fueron los romanos los que sistematizaron la institución. Desde la época primitiva hasta la *justineanea* se regularon las dos formas clásicas de la adopción, la *adoptio* y la *adrogatio*. A través de la **adoptio** se incorporaba a la familia un sujeto *alieni iuris*, en un primer momento el sujeto se desligaba de la potestad del *paterfamilias* al que estaba sujeto, para en otro momento, incorporarse a la familia del nuevo *paterfamilias* a la cual pasaba a formar parte. A través de la **adrogatio** el nuevo miembro de la familia era considerado *sui iuris* del cual, a su vez dependía una familia, esta última completa ingresaba al nuevo grupo familiar.

Tanto la **arrogatio** como la **adoptio** tenían prominentes propósitos sucesorios. Lejano estaba en el *paterfamilias* el propósito de beneficiar a través de la adopción a un huérfano.

Existían por un lado, las figuras de la **adoptio** y de la **arrogatio** que le garantizaban un sucesor al *paterfamilias* o el poder administrar su patrimonio, pero también existía otro ámbito en torno a aquellos menores huérfanos a los que nadie quería adoptar, y que en muchas de las ocasiones estos eran recluidos en hospicios, que estaban bajo el mando del emperador y más tarde de la iglesia cristiana.¹

En el Imperio romano al igual que en Esparta el dar a luz a un recién nacido se consideraba un hecho meramente biológico y de mucha trascendencia en muchos aspectos. En el caso particular de Roma se llevaba a cabo una práctica simbólica inmediatamente después del nacimiento del menor, la cual consistía en levantar al niño recién nacido del suelo, donde lo ha dejado la comadrona, para que el jefe de familia lo tome en sus brazos y manifieste reconocerlo como hijo propio, rehusándose a exponer su vida. De no hacerlo el niño se verá expuesto a ser abandonado en algún basurero público o en el domicilio de otra familia.

¹ BRENA SESMA, Ingrid, *Las adopciones en México y algo más*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2005, p. 6.

El régimen social en Roma era netamente patriarcal. El jefe de familia (*paterfamilias*) era dueño de las personas bajo su autoridad. Podía emancipar, o excluir o hacer ingresar a alguien al grupo familiar. Era el máximo jerarca de su núcleo familiar, y juez supremo de su *Domus* (casa u hogar romano) y de sus descendientes que eran considerados como *alieni iuris*.

Los niños no acogidos, o los hijos procreados fuera del matrimonio no tenían injerencia en los asuntos políticos de la sociedad romana, a diferencia de los libertos que si bien en algún momento habían sido esclavos toman el apellido del amo que los había liberado de la esclavitud, y de esta manera podían lograr que sus hijos formaran parte de la orden de los caballeros, e incluso hasta el senado, con el nombre del *paterfamilias* obtenido.²

Entre las formas de integrar una familia romana, encontramos que por un lado estaban los hijos *iusti*, o también conocidos como legítimos que eran engendrados después de una boda adecuada (justas nupcias), y los acogidos por el *paterfamilias* los cuales podían integrarse a una nueva familia través de la adrogación o adopción que en estricto sentido las dos formas antes mencionadas constituían parte de la adopción. Y en este tenor de ideas la diferencia entre la **adrogación** y la **adopción** era que en el caso de la primera los ***sui iuris*** eran adrogados por el *paterfamilias* para que este ejerciera la patria potestad sobre ellos, con la salvedad de que los *sui iuris* gozaban de una posición social diferente a los *alieni iuris*, ya que su estatus se determinaba en función de sus bienes materiales o de otra virtud que ellos poseyeran, y estos en algún momento tenían la posibilidad de ser emancipados por él *paterfamilias*, para luego adquirir el estatus de un nuevo *paterfamilias*; desde luego en algunas situaciones los *sui iuris* tenían a su cargo a otra familia, situación que no se daba con los *alieni iuris* en el caso particular de la adopción; de igual manera que en la **adopción**, en la **adrogación** también se tiene un propósito muy importante, que consistía en llevar a cabo la sucesión del patrimonio, de los bienes que poseía en vida el *paterfamilias*. Cabe mencionar que para llevar a cabo la **adrogación** se tenía que oír la opinión de los pontífices y de los comicios por curias. Y en el caso de la **adopción** esta se llevaba a cabo entre los ***alieni iuris*** y no había necesidad de escuchar las opiniones de los pontífices ni de los comicios por curias, era mucho más simple su procedimiento, y en

² BERESTEIN, Paula. *La adopción y el vínculo familiar: construyendo la historia*, Editorial Lugar Editorial, Argentina, 2014, p. 45.

este tenor de ideas su estatus tampoco les permitía llegar a ser *paterfamilias*, pero su objetivo era continuar con la estirpe, llenar un vacío a quien careciera de descendientes y nombrar un heredero.

Es oportuno mencionar que en el caso propio de la adopción antes de la época del emperador Justiniano, esta institución se regía por la Ley de las doce tablas, la cual disponía que para llevar a cabo el proceso adopción, era necesario que se llevaran a cabo tres ventas ficticias de la persona que se daba en adopción, ya que debemos recordar que el *paterfamilias* que vendía tres veces a su hijo perdía la patria potestad sobre él; una vez realizadas las tres ventas sobre el menor que se pretendía adoptar, el adoptante reclamaba el derecho a ejercer la patria potestad ante el pretor, de aquella persona que iba a adoptar aunque esté no fuera determinante para llevar a cabo dicho procedimiento de adopción.

Bajo el imperio de Justiniano se simplificó este procedimiento ficticio, y se limitó a exigir la voluntad de ambos *paterfamilias*, el que cedía la patria potestad y el que la adquiriría, expresadas ante un magistrado, tomando en consideración el acuerdo del que figuraría como adoptado.³

Debemos recordar que la adopción implicaba varios riesgos para el adoptado, pues una vez que desaparecía la relación agnática con su familia, perdía todos los derechos sucesorios a la muerte del *paterfamilias*; y si tenemos en cuenta que el padre adoptivo lo podía emancipar, perdía también los derechos sucesorios derivados de la adopción. Por ello durante el período de Justiniano se reforma la ley y se presentan dos situaciones diferentes en aras de garantizar una seguridad en su futuro patrimonio al adoptado, por un lado en aquellas situaciones en que el adoptante es ajeno a la familia, el adoptado adquiere derechos a la sucesión, y ello no implica que pueda perder los derechos sucesorios de su anterior familia, en caso de que existiese una emancipación.

Sin embargo, si el adoptante es un ascendiente los riesgos son menores, pues aun existiendo una emancipación subsiste el lazo de consanguinidad, lazo que el pretor debía tomar en cuenta al momento de abrirse la sucesión.⁴

³ MORINEAU IDUARTE, Martha, *Derecho Romano*, Editorial Harla, México, 1987, p. 90.

⁴ *Ibidem*, p. 91.

En un inicio no era necesario el consentimiento del adoptado para llevar a cabo la adopción, pero durante el imperio de Justiniano cambió esta situación, si bien no era un requisito indispensable su consentimiento expreso, cuando menos era menester que estuviese de acuerdo.

La legislación del emperador Justiniano exigía que el adoptante debía tener cuando menos dieciocho años más que el adoptado.

El abandono de hijos legítimos nacidos en justas nupcias se debía a la pobreza, pues llegaban a esta decisión en razón de no poder criar a los menores. En el caso de los campesinos ellos podían acoger libremente a los vástagos de otros y los consideraban como hijos propios. Para los juristas esta situación no era posible determinar si era justo que aquellos menores que eran acogidos por los campesinos eran libres o pasaban a ser esclavos de quienes los mantenían.

En el imperio de Justiniano surgieron dos tipos diferentes de adopción; la plena con las características ya señaladas y la adopción menos plena que no desvinculaba al adoptado de su familia de origen ni variaba la patria potestad. Los efectos de esta segunda forma de adopción eran meramente patrimoniales, consistentes en el derecho a recibir herencia de parte del *paterfamilias* que lo hubiere adoptado.⁵

Durante el periodo posclásico del derecho romano, la iglesia cristiana adquirió gran fuerza y su influencia propició que los principios de la religión fueran reconocidos. El espíritu cristiano aportó a la civilización romana, entre otros, el principio de piedad traducido al ejercicio de obras de misericordia. El socorro a viejos, huérfanos y viudas forma parte de esas obras de misericordia su defensa en cualquiera de estas personas significaba un acto de natural humanidad, para los cristianos significaba obediencia a la palabra de Dios.

En este contexto de ideas al igual que los griegos, los romanos también se preocupaban por el sano desarrollo de sus infantes, entrar a la familia como hijo era un acto altamente reglamentado, y en ese sentido el Estado y la religión se hallaban involucrados. A grado tal que el Estado procuraba su cuidado a través de una nodriza o

⁵ Cfr., BRENA SESMA, Ingrid, *Las adopciones en México y algo más*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2005, p. 6.

ama de cría (en general griega), un pedagogo encargado de su buena educación y un hermano de leche.

1.2 Los griegos

En el caso particular de los griegos, se establecían lealtades que eran dirigidas a las comunidades y no con los parientes. La subjetividad que se instauraba, producía miembros extremadamente arraigados a la comunidad y no individuos ligados por sus lazos de parentesco o consanguíneos, debido a las guerras con otras civilizaciones que combatían. En este contexto la subjetividad era necesaria para mantener el nombre y la hegemonía de Esparta. Por ello Esparta como una sociedad guerrera no pensaba en la figura del padre como un vínculo inquebrantable con respecto a un hijo. Las figuras de *genitor* (que engendra) y de *pater* estaban activamente disociadas por una serie de prácticas ejercidas y sostenidas por diversas instituciones de la comunidad. En este ámbito, la comunidad era la encargada de decidir respecto de la educación, el inicio de una vida espiritual, guerrera y la herencia de un lote de tierra.⁶

Pero ninguna de estas modalidades de crianza pretendía menoscabar la integridad y el desarrollo del menor, quizás limitaba la posibilidad de que estos dos elementos se perfeccionaran en beneficio del menor, pues la ley que imperaba en ese momento, acotaba la posibilidad de brindar al menor una garantía eficaz para su protección y cuidado, en aras de salvaguardar lo que ahora conocemos como el interés superior del menor. En todo caso lo que sucedía en el derecho romano, era lo que el jurista Gayo consideraba como *capitis deminutio*, que en el caso de la adopción se ceñía a una *capitis deminutio* mínima.

Es importante mencionar que los ciudadanos romanos se preocupaban por el bienestar de los *alieni iuris* y de los *sui iuris*, evidentemente, el derecho romano era riguroso y poco flexible pero eso no daba lugar a evitar auspiciar y a generar una eficaz impartición de justicia, en el contorno de su marco jurídico. Los ciudadanos romanos ejercitaban sus derechos también en el contorno legal que el propio sistema jurídico les permitía, pero ello no implicaba que en el sistema jurídico romano no pudiera existir un

⁶ Cfr., BERESTEIN, Paula. *La adopción y el vínculo familiar: construyendo la historia*, Editorial Lugar Editorial, Argentina, 2014, p. 43.

ambiente de bienestar y armónico en cuanto se refiere a la aplicación de sus leyes e impartición de justicia.

Hoy en día las leyes que nos regulan se han dulcificado y se han flexibilizado en demasía, y me parece que lejos de crear una justicia imparcial, está creando derechos que no responden y no obedecen en estricto sentido a resolver de manera inmediata la apremiante necesidad para lograr la vital aplicación de un Estado de derecho. Por otra parte, este tipo de decisiones legislativas realizadas con fines políticos, conculcan en todas sus aristas, con el respeto irrestricto a un derecho razonable y justo en los derechos individuales de cada gobernado y tratándose hoy en día de la adopción realizada por parejas del mismo sexo en nuestro país laceran aún más drásticamente el derecho humano a la salud de los niños.

No es de menor importancia, preguntarse ¿por qué los emperadores romanos tomaban esas decisiones respecto de las familias romanas?, pues aun con toda la dureza de su sistema jurídico, siempre se preocuparon por el bienestar de su sociedad y nunca prescindieron en considerar que el núcleo de toda sociedad es la familia. Fue una civilización muy importante, que trascendió por sus aportaciones en la ciencia jurídica, a grado tal que nuestro sistema jurídico deriva del derecho romano.

Se ha flexibilizado demasiado nuestro sistema jurídico, a grado tal que hemos creado derechos particulares para algunos grupos que han lacerado e invadido la esfera jurídica de otro sector de la sociedad como es el caso de los niños respecto a las adopciones realizadas por parejas homosexuales, en este sentido, no tendría caso vivir en un Estado de derecho si cada quien quiere gobernarse con las reglas que cada quien pretenda imponer.

En el caso del derecho de los pueblos germánicos, la adopción apenas tuvo importancia, se producía como un recibimiento de hijo que ocupaba tal puesto en la familia y con efectos sucesorios ya que el sistema hereditario germánico antiguo era la sucesión forzada ligada al grupo familiar.

1.3 La Edad Media en Europa

En Europa medieval, la adopción al estilo romano no fue, por mucho, una institución de uso frecuente, García Goyena comenta en su proyecto: que “indudablemente la adopción no estuvo en las costumbres de los godos, ningún vestigio se encuentra en el fuero juzgo”. En cambio, el título 16, partida 4 de las partidas resucitó esta institución, debido a la influencia recibida del derecho de justiniano reelaborado, como lo veremos más adelante en torno al mecanismo de protección a los menores huérfanos del sistema romano.

En Valencia España, como en algunas ciudades italianas se creó la figura del magistrado denominado “padre de los huérfanos”, cuya función era supuestamente cuidar a niños pobres y huérfanos. Entre sus atribuciones estaba la de colocar a esos menores como aprendices para evitar la vagancia. Estos magistrados estuvieron dotados de funciones jurisdiccionales en el ámbito civil y en el ámbito penal, en el ámbito civil eran competentes para conocer de las demandas de salarios debidos a los huérfanos, y en materia penal para imponer castigos como la cárcel, azotes y algunas otras penas no graves cuando abandonaban el empleo. Al parecer la función del padre de los huérfanos consistía principalmente en evitar la vagancia; pero poco interesaba la situación de los menores abandonados, más que un padre protector este padre de los huérfanos fue un represor de la infancia abandonada.

Desafortunadamente el internado de menores en hospicios, orfanatos o instituciones semejantes constituyó la práctica más común durante mucho tiempo. La sociedad no se interesó en rescatar a los abandonados o huérfanos sino en servirse de ellos. En este punto debe hacerse hincapié en la labor de la iglesia cristiana que ha mantenido su interés por los huérfanos y lo ha expresado a través su labor en centros de atención a menores abandonados.

1.4 La Edad Moderna

En la Edad Moderna no se mantuvo el fundamento legal y sucesorio y frecuentemente fue utilizada con fines fraudulentos o fiscales. Cayó en desuso en Europa entera y así llegó hasta la codificación. Sin embargo, durante la edad moderna se instauraron instituciones de control y cambio en beneficio de los menores como

escuelas, hospitales, reformatorios, en aras de que en un futuro ese niño sea un buen adulto y un buen ciudadano.⁷

Durante la Codificación, fue Napoleón, por el interés en asegurar su sucesión, el que impulsa el resurgimiento de la adopción. El proyecto de Código originalmente formulado por la Comisión Redactora proponía una forma de adopción muy semejante a la adopción plena conocida por el derecho romano, en la última etapa de su evolución. Pero contra la opinión del primer cónsul, el Consejo de Estado modificó profundamente el Proyecto y eligió una especie de adopción semejante a la *adoptio minus plena* y limitó sus efectos, reduciéndolos a derecho de alimentos entre adoptante y adoptado y a reconocer la vocación hereditaria entre quien adopta y quien es adoptado. Sólo podían ser adoptados los menores de edad y, en todo caso, se dejaba subsistente el vínculo de parentesco natural del adoptado. La reglamentación de la adopción se formuló con un criterio individualista, fue un contrato entre el adoptante y el adoptado a través de su representante.

En el proyecto de García Goyena referente a la regulación de la adopción, era un proyecto menguado y deficiente al igual que el Código Napoleón en torno a la institución jurídica de la adopción. Cabe mencionar que el Código Napoleónico era tan carente y tan escaso en el reconocimiento de derechos privados como los referentes a la posibilidad de adoptar, ya sea porque requerían una edad de 45 años para llevar a cabo este acto jurídico, o porque si tenían descendientes legítimos estaban impedidos legalmente para adoptar. Y por lo que hace al adoptante sólo corresponde la obligación de cumplir con los deberes alimentarios y contemplar la posibilidad de pactar los derechos futuros y la atribución de los apellidos.

En el derecho francés la institución de la adopción se configuró de una manera exorbitante pues muchos de los privilegios a los que podía tener acceso el adoptado fueron menoscabados por la regulación jurídica. Ejemplo de ello es lo que aseveró García Goyena con respecto a los derechos del adoptante en el derecho francés catalogándolo como exorbitante al expresar lo siguiente:

⁷ Cfr., BRENA SESMA, Ingrid, *Las adopciones en México y algo más*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2005, p. 7.

Por más que diga y haga, repugnará siempre igualar la ficción o adopción con la realidad o filiación legítima y natural. Baste al adoptado tener la segura educación y alimentos, que podrán reclamar hasta los herederos del adoptante: los derechos de sucesión deben dejarse al merecimiento y así la sucesión será más benéfica y moral.⁸

En lo que concierne a Europa por lo que hace al tema de la adopción de menores entre parejas del mismo sexo, el parlamento europeo en los últimos años acordó con fecha 15 de enero de 2003 una resolución que rechaza el matrimonio y la adopción conjunta entre personas del mismo sexo. El común denominador en las legislaciones europeas lo constituye la no admisión de adopción por parejas homosexuales, incluso la legislación holandesa, una de las más avanzadas, sólo permite la adopción de menores entre parejas homosexuales tratándose exclusivamente de niños holandeses.

Italia tiene una legislación conservadora que sólo permite la adopción por matrimonios que demuestren una estabilidad con al menos tres años de casados, entre los que no exista separación legal ni de hecho. Francia aun cuando regula las parejas de hecho, no les permite ni siquiera a los heterosexuales la adopción. En el mismo caso se encuentra Alemania.⁹

En el caso específico de España, existe una diversidad de leyes forales que presentan distintos criterios, pero todas ellas contemplan la adopción y el acogimiento. La reforma a la Ley 13/2005 del 1.º de julio, por el que se modifica el Código Civil y la Ley del 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil, dio lugar a instaurar en España la adopción de menores por parejas de hecho del mismo sexo.¹⁰

Quizás la única observación que me parece trascendente mencionar, es que el artículo 8 de la Ley de parejas de hecho de la comunidad de Andalucía, dispone que la administración Pública de Andalucía velara porque el respeto de los derechos de los niños tenga carácter prioritario y prevalezca sobre cualquier pacto o situación de hecho. En este tenor de ideas, aunque en España se ha instaurado la adopción entre parejas del mismo sexo, aun en este artículo octavo al que se hace referencia en particular no se ha terminado de abrir de forma plena esta brecha en el ámbito jurídico, para

⁸ BRENA SESMA, Ingrid, *op. cit.*, p. 10.

⁹ *Cfr.*, BRENA SESMA, Ingrid, *Las adopciones en México y algo más*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2005, p. 109.

¹⁰ *Idem*, p. 109.

justificar el ejercicio de un derecho, que si bien lo reconoce la ley y por ello adquiere el carácter de legal, no trasciende a ser un derecho que este legitimado por el mismo sistema jurídico, tan así es que este numeral hace énfasis en esgrimir que se velará porque el respeto de los derechos de los niños tenga carácter prioritario y prevalezca sobre cualquier pacto o situación de hecho.

1.5 Los aztecas

En cuanto a los antecedentes de la adopción en nuestro país, en el derecho de los aztecas no se ha encontrado figura alguna que pudiera ser considerada como semejante a la adopción. Mercedes Gayoso justifica la ausencia de relaciones familiares en la concepción azteca.

En Roma, la adopción era una institución generadora múltiples efectos, entre ellos, la filiación entre el adoptante y el adoptado. La figura permite al adoptante designar como su sucesor *mortis causa*, continuador de su personalidad al hijo adoptivo. A su muerte este será el titular de su patrimonio pues recibirá tanto sus bienes como sus deudas y continuará la veneración a los cultos domésticos. Además de estos efectos *mortis causa*, el hijo adoptivo será en vida, el consuelo de aquellos que carecieran de hijos. En aquellos casos en que únicamente se podían ceder derechos en línea recta a hijos o nietos y por vía de varón, de manera que siempre exista un sucesor, la adopción fue utilizada frecuentemente.¹¹

En cambio, en el mundo azteca, la vía de sucesión por causa de muerte era más amplia, pues incluía daños colaterales, el hermano y sobrinos. En ausencia de estos, las propiedades volvían al pueblo, quienes daban a quienes les placía, siempre que no existía un sucesor, por ello la adopción no era necesaria para dejar un heredero después de la muerte del propietario de bienes muebles e inmuebles.

¹¹ Cfr., BRENA SESMA, Ingrid, *Las adopciones en México y algo más*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2005, p. 10.

1.6 La Nueva España

En el México colonial o la Nueva España se aplicaron los distintos textos legales vigentes en España, en materia de adopción y de menores abandonados, en las Partidas, y la Novísima Recopilación.

En la cuarta Partida, título XVI, “De los hijos adoptivos”, se regula la adopción bajo el nombre de prohijamiento, los modos de instituirse y sujetos que intervienen en ella. Se fija tanto su fuerza como su alcance, así como los casos en que puede ser desechada.

Es clara la finalidad sucesoria del prohijamiento, al constituirse en una forma de parentesco, además del consanguíneo y del espiritual. El propósito es que una persona pueda dejar a alguien que herede sus bienes, para ello, reciben como hijo, nieto o bisnieto “al que no lo sea de forma carnal”.

El prohijamiento se puede hacer de dos maneras: una, la más formal, ante el otorgamiento del rey o del príncipe de la tierra, llamada *arrogatio* semejante a la romana. Se requiere la presencia del rey o del príncipe, en tanto el prohijador como el prohijado expresen su consentimiento verbal. Posteriormente el rey manifiesta su consentimiento en una carta.

La otra forma, menos solemne, es el prohijamiento del que tiene aún padre consanguíneo, bajo cuya potestad se encuentra y de la que no sale. Es el padre quien otorga su consentimiento, además de aquel a quien se va a prohijar, “que lo otorga de palabra o manifestándolo tácitamente, no contradiciéndolo”.¹²

Las diferentes formalidades tienen su razón de ser. Es obligatorio el otorgamiento del rey en aquellas prohijaciones que representan un riesgo para alguno de los participantes. Recuérdese que el emperador o rey consideraba asunto suyo la protección de muchas mujeres y niños. Por ello la *arrogatio*, con otorgamiento del rey era requerida cuando los posibles adoptados eran menores de catorce años, cuando la adoptante era mujer. Los efectos de esta adopción son mayores y esta no puede ser revocada sin justa causa.

¹² BRENA SESMA, Ingrid, *op. cit.*, p. 12.

Tiene posibilidad de prohijar el hombre libre, no sujeto a potestad paterna; mayor que aquel a quien quiere prohijar con una diferencia de diez y ocho años, con plenitud física para engendrar. Sin embargo, si por enfermedad o por otro acontecimiento perdiera sus miembros no pierde, por ello el derecho de prohijar, la mujer sólo puede prohijar si hubiera perdido un hijo en batalla, en servicio del rey o que este fuere miembro de algún consejo, “para reponer al hijo que perdió”. Como anteriormente se manifestó esta formalidad requiere del consentimiento del rey.

El tutor tiene impedimento para prohijar al pupilo, sin embargo, el prohijamiento puede realizarse cuando este tenga más de veinticinco años.

En cuanto a los posibles prohijados, se presentan varias posibilidades dependiendo su edad. Los infantes menores de siete años sin padres definitivamente no pueden ser prohijados, por carecer “de entendimiento para consentir”. El mayor de esa edad, pero menor de catorce años, al no tener entendimiento, requieren del otorgamiento del rey para que se formalice el prohijamiento.

Es interesante analizar en este estudio un aspecto relevante en torno a la intervención del rey, pues la intervención del rey no es puramente formal, sino que a este funcionario corresponde comprobar las condiciones económicas del interesado en prohijar; si es pariente o no del prohijado; si tiene o no hijos con derechos sucesorios; que vida lleva y que fama tiene, debe también cerciorarse de la riqueza del niño. Con esos elementos concluye si aquel que quiere prohijar tiene buenas intenciones o lo intenta en su sólo provecho. Después de comprobar que el acto beneficia al prohijado autoriza el acto, no sin antes vigilar que los beneficios del prohijado no se menoscaben.

Como consecuencia de los vínculos de parentesco y de la relación paterno filial generados por el prohijamiento, entre prohijado y prohijador de cualquier sexo, surgían impedimentos matrimoniales, los cuales se extendían algunas veces, aun cuando el prohijamiento terminara.

Como es posible percibir en la regulación de la adopción reconocida en la cuarta Partida, título XVI, se caracteriza por privilegiar el mayor beneficio al prohijado; en este tenor de ideas se empieza a brindarle mayor importancia a los intereses del prohijado frente a los deseos del prohijador. Además, se observa la clara finalidad sucesoria del

prohijamiento, en virtud de que el prohijamiento se equipara en sus diferentes formas a un parentesco consanguíneo. Las diferentes formalidades se justifican en protección de alguno de los participantes como los son: mujeres y los niños ya que la intervención del representante real garantiza el control de cumplimientos de ciertos requisitos, cuando el caso lo amerite.¹³

A la vez que las Partidas ordenaban el prohijamiento, existió una amplia regulación sobre los expósitos durante la colonia. En la Novísima Recopilación, libro séptimo, título XXXVII, ley III, se recogen los decretos reales emitidos en relación con la situación de los expósitos. En ellos podemos apreciar la postura asumida por aquella sociedad en la cual existía la disposición real de responsabilizarse de los huérfanos y los abandonados, asumiendo la alta tutela del rey heredada de derecho romano.

Respecto a este tema el decreto de Carlos III del 2 de junio de 1788 versa sobre “El cuidado de los rectores de las casas de los expósitos en la educación de estos, para que sean vasallos útiles. Los rectores o administradores de las casas de los expósitos fueron los funcionarios públicos encargados del cuidado de los menores ahí reclusos con la responsabilidad de entregar a los menores con aquellas personas que los mantuvieran y garantizaran proporcionarles una adecuada enseñanza y educación guardando las formalidades del caso.

Cubiertos los requisitos se entregan los niños, pero estos actos no constituían un prohijamiento pues las personas carecían de la intención de consolidar un parentesco con los menores, simplemente se comprometían a mantenerlos y educarlos, pretexto suficiente para tener servicio médico doméstico gratuito, pues no se pactaba remuneración alguna.

El Decreto real de Carlos IV del 23 enero de 1794 declaró que los expósitos quedaban bajo la protección real y eran legitimados por ella, se les tendría por legítimos y su situación civil sería semejante a la de cualquier otra persona, sin diferencia alguna. Estableció que no se impondrían a los expósitos las penas de venganza pública, ni la de los azotes, ni la horca, sino aquellas que en iguales delitos se impongan a personas privilegiadas. “Pues podría darse el caso de que un expósito al que se le haya imputado un delito grave, provenga de una familia ilustre”.

¹³ *Ibíd.*, p.13.

Este decreto no da idea de cuál habrá sido el trato que se daba a los infelices expósitos, cuyo delito consistía en no tener padres o haber sido abandonados por ellos. Esta era causa suficiente para recibir penas graves, y si se le equipara a las demás personas, no es por perdonarles su origen sino para evitar que la injusticia se cometa en algún hijo de familia ilustre.

Existió una disposición especial para las casas de los expósitos de México en las que se dictaron ciertas reglas para que un padre o una madre que abandonaron a su hijo lo pudieran recuperar mediante el cotejo de datos y entrega de pagos por los gastos generados por los menores.

Además de la simple entrega de niños o niñas, la Constitución XXIV reguló “De las prohijaciones” con referencia especial a los expósitos y a las formalidades que deberían seguirse. Podían prohijar las personas “de buena opinión, de alguna convivencia y que no ejercieran los oficios más bajos”, la formalidad se reducía a una escritura de prohijación ante el escribano, la cual una vez otorgada se anotaba en la Partida de recepción. Él advertía al prohijador de la “obligación que ha contraído de alimentar y educar a la criatura todos los días de su vida, como si fuera su hijo legítimo”. El capellán quedaba con el cargo de procurar que a la criatura, se le guardaran sus derechos y que la prohijación no lo perjudicara a la muerte del prohijador, o que este se reduzca a tal pobreza que no pueda mantener a la criatura prohijada, o que por otro motivo provocará la prohijación un daño a la criatura y si esto sucedía, se restituía la criatura a la casa y se le cuidaba como a las demás que no estén prohijadas”.

Tal parece que extraer a menores de una casa de expósitos se podía hacer de dos maneras, una simplemente por medio del compromiso de mantener al menor y proporcionarle educación y oficio, la otra, a través del prohijamiento estableciendo un auténtico vínculo de filiación en tanto que el menor era considerado “hijo legítimo”.

1.7 EL siglo XIX

A pesar de que en las Partidas como la Novísima Recopilación estuvieron vigentes hasta la codificación, la adopción fue practicada con poca frecuencia. Sin embargo, debieron darse algunos casos respecto de la adopción; pues la ley del

registro civil del 28 de junio 1850 establece las facultades de los jueces del estado civil, expresado en el artículo 23: “cuando uno decida sobre la adopción, arrogación o reconocimiento de un niño, avisará al juez del estado civil para que inscriba sobre los registros un acta, y en ella se hará mención de la de nacimiento si la hay”. La ley Orgánica del Registro Civil del 27 de enero de 1857 enumera los actos del estado entre ellos la adopción y la arrogación, y la de julio de 1859 también menciona que los jueces del estado civil tendrían a su cargo la averiguación y modo de hacer contar el estado civil de las personas por cuanto se refiera a su nacimiento, adopción, arrogación, reconocimiento, matrimonio y fallecimiento.

A pesar de la fuerte influencia del Código Napoleón y del Proyecto de García Goyena en el sistema jurídico mexicano, México históricamente ha sido ajeno y ha reflejado una opacidad al interés de regular de manera eficaz la salvaguarda de los derechos del adoptado respecto a los intereses y deseos del adoptante, esto data desde la civilización azteca y posteriormente a su independencia con los españoles. Ejemplo de ello es el Código Civil de 1870 para el Distrito Federal y Territorios Federales, el cual no reguló la adopción, pues en la exposición de motivos, los autores del Proyecto expresaron sus razones para suprimir la adopción.

En virtud de la decisión tomada por los autores que suprimieron la adopción de la norma jurídica determinaron examinar su aplicación y práctica en la sociedad bajo esta premisa:

Nada pierde, está en la verdad porque un hombre que no tiene hijos declare suyo al que es de otro, es un acto voluntario y que acaso puede producir algunos buenos efectos, ya a favor del adoptante, a quien puede proporcionar un objeto que llene el vacío de su vida doméstica ya a favor del adoptado a quien proporciona una buena educación y fortuna. Pero ¿se necesita precisamente de la adopción para obtener estos bienes? Sin duda que no; y es seguro que contento con la gratitud, puede un hombre recibir grandes consuelos de aquel a quien beneficia, sin necesidad de contraer obligaciones, que tal vez le pesen después, ni dar derechos que acaso le perjudiquen.¹⁴

¹⁴ *Ibidem*, p.17.

Respecto a la exposición de motivos del Código Civil de 1870 la autora Ingrid Brena Sesma opina lo siguiente:

Hablemos francamente, sin la gratitud y la moralidad del adoptado, la posición del adoptante es fatal. Se han impuesto las obligaciones de padre y se han otorgado los derechos de hijo; y cuando después de cumplir fielmente su parte, ve que no es correspondido; cuando sus sacrificios son no ya estériles, sino perniciosos, cuando en pago de sus beneficios recibe desengaños y acaso posibles males; ¿no es cierto que puede justamente quejarse de la autorización que le concedió la ley? Esta no lo forzó, su acto fue espontáneo; sin embargo, las consecuencias fueron funestas. ¿A qué fin, pues sostener un principio que puede ser fuente de terribles desgracias, y cuyos bienes pueden obtenerse de otras mil maneras? ¿No será más digno de gratitud el hombre que ampare a un huérfano sin que le ligen obligaciones de ningún género y cuyos beneficios son por lo mismo más grandes, porque son más libres? ¿No será mucho más estimable el que corresponda debidamente a esos beneficios, sin tener derecho alguno y guiado únicamente por la gratitud?; además, la adopción entre nosotros ha sido únicamente un principio teórico; y si alguna vez se ha practicado, acaso habrá sido para realizar los males que quedan bosquejados.

La comisión cree que los mexicanos pueden hacer el bien durante su vida y después de su muerte, sin necesidad de contraer esas relaciones artificiales, que sin llenar cumplidamente el lugar de las de la naturaleza, abren la puerta a disgustos de todo género, pueden ser causas aún de crímenes, que es necesario evitar, y siembran ordinariamente el más completo desacuerdo de las familias.

Con tales razonamientos en contra de la adopción era lógico que el legislador no la regulara en el Código de 1870 ni el subsiguiente de 1884.¹⁵

Cabe mencionar que el Código Civil de Veracruz de 1968 en su capítulo V “De la adopción y arrogación” señala que la adopción y la arrogación sólo podrán tener lugar en virtud de disposición legislativa y los efectos civiles de dichos actos jurídicos se determinaran en cada caso en particular y en ningún caso podrán perjudicar a los herederos forzosos. El Código Civil de Oaxaca de 1871 regula el procedimiento a seguir quien quiera adoptar o arrogar. Los requisitos exigidos eran los siguientes: Sólo

¹⁵ BRENA SESMA, Ingrid, *op. cit.*, p. 18.

el varón que estuviera fuera de la patria potestad podía adoptar, la diferencia de edades entre adoptante y adoptado será al menos de diez y ocho años. El que adoptara debía gozar de buena opinión y fama y con gran visión el legislador oaxaqueño estableció que la adopción debía ser benéfica al adoptado. Ni curador ni el tutor podían adoptar al menor hasta que este cumpliera veintiún años. El expediente instruido se archivaba por el juez respectivo, dándose a la parte testimonio a fin de que ocurriera a Congreso. Al igual que en Veracruz la adopción y arrogación sólo podían tener lugar en virtud de disposición legislativa. Es decir, tanto la adopción como la arrogación eran procesos iniciados ante el Poder Judicial, pero resueltos por el Poder Legislativo. Expresamente el artículo 518 del Código oaxaqueño dispone: “La adopción y la arrogación sólo podrán tener lugar en virtud de disposición legislativa” y los efectos civiles de dichos actos se determinarán por la misma disposición en cada caso en particular y en ningún caso podrá perjudicar a los herederos forzosos.

Sólo en este caso en particular observamos un interés evidente de parte del legislador por salvaguardar el interés superior del menor.

CAPÍTULO 2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA ADOPCIÓN EN MÉXICO.

2.1 La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como norma suprema, protectora del interés superior del menor

En nuestro país la institución de la adopción ha sido regulada por los siguientes ordenamientos jurídicos:

En primer lugar, tenemos a la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, la cual reconoce y protege el interés superior del menor en su artículo cuarto, párrafos noveno, décimo y undécimo, estableciendo en él, el derecho del que gozan los menores en torno a la satisfacción de todas sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral cuya obligación corre a cargo del Estado cuando no hubiere ascendientes o parientes consanguíneos, o se hace exigible a los ascendientes, tutores y custodios cuando estos estén en posibilidad de cumplir con esta obligación y sean requeridos para tal responsabilidad. Para ello el Estado deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas que protejan en todo momento el interés superior del menor.

Aunado a lo anterior debe observarse que en este principio del interés superior del menor está estrechamente hilvanado con cuatro aspectos fundamentales: alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para el desarrollo integral del menor.

Pues la salud como derecho humano de segunda generación debe ser integral, es decir, en el sentido estricto de la palabra se debe colmar, cumplir y satisfacer las necesidades que tengan relación directa con el bienestar físico, mental, emocional y psíquico del ser humano, sólo entonces podremos hablar de una salud completa. La educación es también un aspecto que está íntimamente ligado al desarrollo saludable del menor, pues ello amerita necesariamente que deba ser la más idónea para construir la independencia, individualidad e identidad sexual del menor, los cuales constituyen la piedra angular de la personalidad de todo ser humano.

2.2 Análisis de la anterior Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes

Anteriormente se exigían determinados requisitos para llevar a cabo la adopción, los cuales estaban contemplados en la **Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes**, la cual se abrogó el día 4 de diciembre del año 2014; ley que garantizaba la protección de los menores en sus siguientes preceptos: en su artículo veinticinco disponía que cuando un niño, niña o un adolescente se vea privado de una familia, el Estado tendrá la obligación de otorgarles protección y además tendrá la obligación de procurarles una familia sustituta. Y después dispone que las normas establecerán las disposiciones necesarias para que se logre que quienes lo requieran, ejerzan plenamente el derecho a que se refiere dicho apartado, es decir, a la adopción preferentemente plena; Además, consideraba que a falta de una adopción plena o una familia sustituta se recurriría a casas de asistencia social ya sean públicas o privadas, y en caso de no contar con ellas se crearían centros asistenciales para este fin.

Por lo que hace a su artículo 26 manifiesta que los poderes públicos, en el ámbito de sus atribuciones, velarán porque las normas que rijan las adopciones sean diseñadas a fin de que las niñas, niños y adolescentes sean adoptados con pleno respeto de sus derechos y además puntualiza en que se debe oír con toda plenitud la opinión de los menores para llevar a cabo la adopción, en consonancia con ello, se debe asesorar tanto a la parte que consienta la adopción, es decir, aquella que desee adoptar, como a la otra parte que acepte dar en adopción a sus descendientes, y el tercer aspecto de gran envergadura a manifestar, es que no se debe llevar a cabo una adopción con fines de lucro, esto va dirigido a las partes que participan en este acto jurídico.

Por último, el artículo 27 de la ley ya abrogada, dispone que tratándose de adopción internacional, las normas deben disponer que niñas, niños y adolescentes sean adoptados por nacionales de países en donde existan reglas jurídicas y de tutela cuando menos equivalentes a las mexicanas, como lo prevé también el artículo 21 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, de fecha 20 de noviembre de 1989.

2.3 Análisis de la Ley de Asistencia Social

En tercer lugar tenemos la *Ley de Asistencia Social*; la cuál consagra en su artículo 4 fracción primera, lo siguiente:

Inciso d. Expresa que son sujetos de asistencia social todos los menores en situaciones de riesgo o afectados por abandono, ausencia o irresponsabilidad de progenitores en el cumplimiento y garantía de sus derechos; así mismo en su fracción XIV, complementa que el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia tendrá la atribución de supervisar y coadyuvar en proceso de adopción, y en caso de que no hubiere persona idónea para adoptarlo el Estado tiene la obligación de protegerlo.

En cuarto lugar debemos contemplar el Plan Nacional de Desarrollo 2007-2012. Se refiere en el eje tres, igualdad de oportunidades, 3-7 referida a la familia, niños y jóvenes, y en concreto en su objetivo 20, estrategia 20.4, que se deben desarrollar mecanismos que mejoren sustancialmente los procesos de adopción y promuevan los procesos de integración y desarrollo familiar.

2.4 Análisis del Estatuto Orgánico del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia

En quinto lugar está el Estatuto Orgánico del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia. Artículo 2, fracción XXVIII, expresa que el organismo para el cumplimiento de sus objetivos debe supervisar y coadyuvar el desarrollo de los procesos de adopción de las niñas, niños y adolescentes. Y anteriormente el artículo 25 fracciones VI, IX, X, de ese mismo Estatuto Orgánico, facultaba a la antes nombrada Dirección General Jurídica y de Enlace Institucional para participar en coordinación con las instituciones oficiales y privadas, en programas de Derecho Familiar y Adopción, para establecer y operar las acciones del organismo, en su carácter de autoridad central en materia de adopción internacional, y para coadyuvar en el procedimiento legal de la adopción.

2.5 Leyes específicas en materia de adopción como es el caso de: Veracruz, Michoacán, Quintana Roo, Durango y el Estado de México

En sexto lugar debemos considerar las *Legislaciones estatales*, pues México en su Carta Magna, dispone en sus artículos 124 y 73, que las facultades que expresamente no se encuentran otorgadas a la federación, se entiende que son facultades otorgadas a las entidades federativas; correctamente en materia familiar la jurisdicción es de cada uno de los estados de la unión. Así y en virtud de los artículos constitucionales mencionados, los estados de la unión tienen soberanía legislativa y ello implica que hay plena autonomía de las entidades federativas, para legislar en materia familiar. De esta manera, tenemos para determinar la competencia judicial internacional 32 Códigos de Procesamiento Civiles (uno por cada entidad federativa), además del Código Federal de Procedimientos Civiles; para determinar el derecho aplicable tenemos, así mismo, 32 Códigos Civiles (uno por cada entidad federativa), además del Código Civil Federal. Igualmente en los últimos años algunas entidades federativas tienen códigos familiares, entre ellas Coahuila que posee una ley de familia y algunas más poseen una ley específica en materia de adopción como es el caso de Veracruz, Michoacán, Quintana Roo, Durango y el Estado de México, bajo esta tónica es menester mencionar que correlativo a la autonomía que cada ley de estas entidades federativas ostenta debe confluir la necesaria armonización con Código Civil Federal, la propia Constitución Mexicana, y los tratados internacionales que México ha ratificado respecto de las leyes en materia familiar que poseen estas entidades federativas, y que desde luego están dirigidas a garantizar el respeto, la protección, y la salvaguarda del interés superior del menor; buscando siempre dar claridad y seguridad jurídica a los menores involucrados. Sin embargo, a pesar de tener estas legislaciones muchas similitudes entre sí, este número de códigos provoca, en la mayoría de las veces una dispersión normativa, lo cual no favorece cuando hablamos de una protección integral de la minoridad.

En este último rubro del presente capítulo, cabe mencionar que en virtud de la reforma constitucional en materia de derechos humanos publicada en el Diario Oficial de la Federación, de 10 de junio de 2011, se incluye una adición, que es la letra P, a la fracción XXXIX del artículo 73 y queda redactado de la siguiente manera: “expedir leyes que establezcan *la concurrencia de la federación, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios*, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de

derechos de niñas, niños y adolescentes, velando en todo momento por el *interés superior de los mismos* y cumpliendo con los tratados internacionales de la materia de los que México sea parte”. Entendemos que esta disposición puede facultar directa y expresamente al Congreso de la Unión para legislar en esta materia, determinando las bases y cimientos generales de coordinación entre la Federación, las Entidades Federativas, el Distrito Federal y los Municipios. Esta atribución debe entenderse en el marco del modelo de Federalismo sobre el que se encuentra la República Mexicana, una cuestión que cambiará la interpretación dada, hasta la fecha al artículo 73, en relación con el artículo 124 constitucional, pues este último consagra que las facultades que no estén expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados o a la Ciudad de México, en los ámbitos de sus respectivas competencias.

CAPÍTULO 3. DEFINICIÓN DE LA INSTITUCIÓN JURÍDICA DE LA ADOPCIÓN DE ACUERDO CON EL CÓDIGO CIVIL Y LA DOCTRINA.

3.1 Definición de adopción que el Código Civil vigente para el Distrito Federal admite

De acuerdo con el Código Civil vigente para el Distrito Federal: “La adopción es el acto jurídico por el cual el Juez de lo Familiar constituye de una manera irrevocable una relación de filiación entre el adoptante y el adoptado, al mismo tiempo que establece un parentesco consanguíneo entre el adoptado y la familia del adoptante y entre éste y los descendientes del adoptado”.

3.2 Definición de adopción que la doctrina propone

De acuerdo con el autor Ernesto Gutiérrez y González, “La adopción es un contrato solemne, que homologa el Estado, por el cual una mujer o un hombre, o ambos, a los cuales se les llama adoptantes, reciben como si fuera su descendiente consanguíneo, en su familia, o para integrar una familia, a una persona que no es, y a la cual se le designa como adoptada”.¹⁶

En consonancia con el autor Javier Tapia Ramírez: “La adopción es una institución de interés público, que se actualiza mediante un acto jurídico familiar solemne, por el cual legalmente una persona, el adoptado, adquiere por sentencia judicial la filiación de hijo de otra u otras personas (adoptante o adoptantes) que no tienen ningún antecedente natural de concepción con el adoptado y, sin embargo, se originan relaciones jurídicas que producen derechos y obligaciones paterno-filiales entre el adoptado y el adoptante y los familiares de este. O bien, es la ficción legal por la cual se admite como hijo al que no ha sido concebido por el adoptante o adoptantes.”¹⁷

De acuerdo con el Diccionario Jurídico Mexicano, “La adopción es un acto de carácter complejo que para su regularidad exige la concurrencia de los siguientes

¹⁶ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho civil para la familia*, Editorial Porrúa, México, 2004, p. 537.

¹⁷ TAPIA RAMÍREZ, Javier, *Derecho de familia*, Editorial Porrúa, México, 2013, p. 342.

elementos: la emisión de una serie de consentimientos; la tramitación de un expediente judicial y la intervención de los jueces de lo familiar y del Registro Civil".¹⁸

Para Merce! Planiol es un contrato solemne, sometido a la aprobación judicial, que se crea entre dos personas, relaciones análogas a las que resultarían de la filiación legítima.¹⁹

El autor Diego Heriberto Zavala Pérez considera que en México no se habla de una demanda como en otros países, pero si de un acto jurisdiccional.²⁰

El jurista Ignacio Galindo Garfias, define el concepto de adopción en los siguientes términos:

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.²²

Bajo esta coyuntura la institución de la adopción debe ser considerada como fuente de parentesco en consideración a la función que desempeña dentro de un sistema jurídico y en razón de la finalidad que se persigue con su establecimiento que es la salvaguarda del interés superior del menor, como lo había manifestado anteriormente.

En este sentido, el autor menciona que de las disposiciones que contiene el capítulo V, título séptimo, libro primero, del Código Civil del Distrito Federal, se desprende que la adopción esta llamada a desempeñar en forma primordial una función tutelar de la persona y los intereses de los menores de edad no emancipados y de los mayores de edad que sufran incapacidad legal.

¹⁸ *Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Editorial Porrúa, tomo I, p. 131.

¹⁹ MERCEL, Planiol, *Tratado elemental de derecho civil*, Editorial Porrúa, traducción de la 12ª edición francesa, por José M. Cajica Jr., volumen IV, México, 1946, p. 220.

²⁰ ZAVALA PÉREZ, Diego H., *Derecho Familiar*, Editorial Porrúa, 2ª. ed., México, 2008, p. 298.

²² GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho Civil Primer Curso Parte General Personas Familia*, Editorial Porrúa, 12ª. ed., México, 1993, p. 654.

Por ello el jurista Ignacio Galindo Garfias apunta a que la finalidad de la institución, es pues, claramente protectora o tuitiva de la persona y de los intereses del adoptado.²³

Para los autores Felipe de la Mata Pizaña y Roberto Garzón Jiménez la institución de la adopción es definida como el acto jurídico plurilateral, mixto y complejo de Derecho Familiar, por virtud del cual, contando con la aprobación judicial correspondiente, se crea un vínculo de filiación entre el adoptante y el adoptado, así como por regla general un parentesco consanguíneo entre el adoptado y la familia del adoptante y entre el adoptante y los descendientes del adoptado.

La definición de adopción antes expuesta tiene los siguientes elementos:

- 1) *Es plurilateral*, puesto que no basta la voluntad del adoptante para producir efectos jurídicos, sino que se requiere el consentimiento de las personas señaladas en el artículo 398 del Código Civil para el Distrito Federal vigente, el cual se transcribe a continuación:

Artículo 398. Para que la adopción proceda deberán manifestar su consentimiento, en sus respectivos casos:

- I. Quienes ejerzan la patria potestad sobre el menor que se pretende adoptar;
- II. El tutor del que se va a adoptar;
- III. El Ministerio Público del lugar del domicilio del adoptado, cuando este no tenga padres conocidos ni tutor; y
- IV. El menor si tiene más de doce años.

En el caso de las personas señaladas en las fracciones I y IV, el consentimiento deberá otorgarse invariablemente de manera libre e informada, para este efecto deberá hacerse de su conocimiento de manera amplia y exhaustiva todas las consecuencias jurídicas y psicosociales que implica la adopción. El juez contará con amplias facultades para comprobar que el consentimiento fue otorgado en las condiciones señaladas.

- 2) *Es mixta*, en virtud de que no basta el consentimiento entre el adoptante y las personas señaladas en el artículo 398 antes descrito, sino que se requiere que

²³ Cfr., GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Estudios de Derecho civil*, Editorial Porrúa, 3ª ed., México, 1997, p. 3.

el juez apruebe, la adopción y que su sentencia cause ejecutoria para que quede consumada.

- 3) *Es compleja*, porque el acto se realiza en varias etapas que conforman el procedimiento de adopción.
- 4) *Su principal efecto es crear un vínculo de filiación*, entre el adoptante y el adoptado con todos los efectos que derivan de ella, así como uno de parentesco consanguíneo entre el adoptado y la familia del adoptante y entre el adoptante y los descendientes del adoptado.²⁴

3.3 Diferencias que existían entre la adopción simple y adopción plena

La adopción fue recogida en México bajo la forma de la adopción simple, y así fue regulada desde el Código de Oaxaca de 1828, desapareciendo en los códigos civiles de 1870 y 1874, debido a que se pensó que era una figura innecesaria y que sólo traía descontento entre las familias, la adopción reapareció en la legislación mexicana con la “Ley de Relaciones Familiares de 1917”, pero nuevamente se reguló únicamente la adopción simple; regulación que fue retomada por el Código Civil para el Distrito Federal de 1928 en materia común, y para toda la república en materia federal, mismo que tuvo una vigencia de setenta años.

El cuerpo legal de 1928 entró en vigor en 1932 y fue derogado en 2000. Este código regulaba la adopción únicamente en su forma simple, y fue hasta la reforma de 1998 cuando se introdujo la figura de la adopción plena; subsistiendo ambas figuras, se vio la posibilidad de que las adopciones simples pudieran ser adopciones plenas.

El actual Código Civil para el Distrito Federal, ya no contempla la adopción simple, lo anterior resulta atinado en virtud de que los tratados internacionales de los que México es parte, sólo regulan o dan mayor tratamiento a las adopciones en su forma plena, tal, es el caso, por poner un ejemplo de la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Adopción de Menores que únicamente es aplicable a las adopciones plenas y subraya la idoneidad de convertir las adopciones simples en plenas. Con la misma proyección tenemos la Convención de La Haya, de 29

²⁴ DE LA MATA PIZANA, F., y GARZÓN JIMÉNEZ, R., *Derecho Familiar y sus reformas mas recientes a la legislación del Distrito Federal*, Editorial Porrúa, 4ª. ed., México, 2008, p. 337-338.

de mayo de 1993, sobre Protección de Menores y Cooperación en materia de Adopción Internacional, la cual sólo reconoce la adopción plena.²⁵

Como podemos observar, anteriormente, se habían distinguido dos tipos o formas de adopción: la adopción simple y la adopción plena, bajo esta tónica hemos aclarado que la adopción simple ha sido derogada de la mayoría de las legislaciones.

Tanto la adopción simple como la adopción plena creaban vínculos jurídicos entre adoptante y adoptado, pero su gran diferencia radica en que cada una tiene efectos distintos.

3.3.1 Adopción simple

Bajo esta coyuntura es menester explicar en qué consiste la adopción simple aun cuando ya ha sido derogada por el Código Civil Federal y el Código Civil vigente en el Distrito Federal, pues como su nombre lo indica, este tipo de adopciones sólo generaba efectos simples, es decir, que los derechos y las obligaciones sólo tenían efectos entre él adoptado y el adoptante, no así entre la familia del adoptante y el adoptado, restringiendo por esto mismo los derechos hereditarios.

Esta forma de adopción tenía como principal característica que él adoptado conservara su filiación original, por lo que conservaba todos los derechos y obligaciones que nacen de la filiación con su familia biológica, a excepción de la patria potestad que es transferida al adoptante, salvo que el adoptante se casara con alguno de los progenitores del adoptado; en esa hipótesis el adoptado podía exigir los alimentos o los derechos sucesorios, tanto a su familia biológica como a su adoptante, evidentemente, la patria potestad se ejercía conjuntamente por los cónyuges.

Este tipo de adopción se equiparaba a un contrato entre particulares llevado a cabo entre el adoptante y el adoptado, y al considerarse un negocio jurídico cabía la posibilidad de revocarlo y dejar al adoptado en un estado casi de indefensión. En el caso de que la adopción simple hubiese sido revocada, el adoptado podía regresar a con su familia biológica. Los supuestos de revocación que eran más habituales se daban

²⁵ Cfr., BRENA SESMA, Ingrid, *Las adopciones en México y algo más*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2005, p. 15.

por acuerdo mutuo entre el adoptado y el adoptante, por ingratitud del adoptado y cuando derivado de la adopción, existirá un peligro grave para el adoptado.

3.3.2 La adopción plena

Por su parte la adopción plena tiene como fin una completa semejanza con la filiación natural, aunque no es de menor importancia mencionar que en determinados casos debe considerarse la adopción semiplena, es decir, que se pueda revocar dicha adopción cuando se tenga conocimiento de que esta en grave riesgo el interés superior del menor.

Es importante poner de relieve que la adopción plena se trata de asemejar a la filiación biológica, en el entendido de que este tipo de adopción da al adoptante y al adoptado la condición de padre e hijo, con todos los derechos y obligaciones que nacen de la filiación natural. Con esta adopción, se genera un parentesco consanguíneo entre el adoptado y la familia del adoptante y entre el adoptante y los descendientes del adoptado. Y en este corolario el adoptado adquiere, tanto con el adoptante como con su familia, todos los derechos, obligaciones e impedimentos, como si fuera hijo consanguíneo.

El adoptado lleva los apellidos del adoptante y rompe con cualquier lazo que tenga con su familia biológica; incluso las autoridades que intervienen en la adopción tienen la obligación de guardar la información relativa a la familia biológica a excepción de los impedimentos para el matrimonio.

Al ser la adopción plena e irrevocable, los efectos de la adopción son perpetuos.

3.3.3 La viabilidad de que en algunos casos la adopción sea semiplena.

Considero que no en todos los casos resulta más benéfica la irrevocabilidad de la adopción, pensemos por ejemplo en el caso de menores que son sustraídos de manera ilegal, o en el caso de adopciones internacionales, donde no se tiene la debida diligencia de vigilar el seguimiento de los niños una vez que han sido adoptados en países extranjeros; pues recordemos que anterior a la reforma del 4 de diciembre del año 2014, la **Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y**

Adolescentes era muy puntual en su regulación, pues en su artículo 26 se estableció que era necesario para llevar a cabo la adopción, el que se permitiera escuchar y tomar en cuenta la opinión de los menores que iban a ser adoptados. Respecto de ello es menester también mencionar el artículo 398 del Código Civil para el Distrito Federal vigente dispone que solamente si el menor tuviere más de doce años, será tomada en cuenta su opinión para llevar a cabo su adopción, pero me parece que esto debió seguir plasmado en la actual **Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes**, por otra parte, en el artículo 13 de la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores, se instituye que solamente si el menor tiene más de catorce años será necesario su consentimiento, de lo cual se desprende que la norma jurídica local que regula la edad del menor para otorgar su consentimiento no es conforme con lo que dispone la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores de la cual México es parte, y siendo este aspecto disonante de lo que debería ser la edad más idónea para considerar la opinión del menor, es menester replantear ¿Cuál es la edad viable para que el menor de edad pueda otorgar su libre consentimiento? Y en este entendido establecer una edad uniforme en ambos ámbitos jurídicos, tanto en el plano nacional con el derecho interno como en el ámbito internacional con los tratados internacionales de los que México es parte.

3.4 La idoneidad de que en la vigente Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes se contemple la equivalencia de reglas jurídicas en materia de adopción, para el caso de que menores mexicanos sean adoptados por extranjeros, como lo instituía la ya abrogada Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y de que esta norma jurídica se aplique en todo tipo de adopciones.

Por lo que se refiere al artículo 27 de la ya abrogada **Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes** se reguló que en el caso particular de las adopciones internacionales debían existir reglas jurídicas de adopción y de tutela de los derechos de los menores cuando menos equivalentes a las mexicanas, norma jurídica que hoy en día no existe en la actual **Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes**; y al no exigir por parte del Estado Mexicano reglas jurídicas equivalentes en materia de adopción, me parece que se trastoca el interés superior del

menor; además de que en esta ley ya abrogada se exigía tener una autorización expresa de un juez competente para su salida al extranjero.

3.4.1 La necesidad de establecer una consonancia en la edad del menor para externar su opinión en su propia adopción, tanto en el derecho interno como en los tratados internacionales de los que México es miembro en materia de adopciones.

Pienso que en el caso particular respecto a la edad del menor que exige el Estado Mexicano para externar su opinión en virtud de su propia adopción respecto del Código Civil vigente para el Distrito Federal, como en el Código Civil Federal, no es equivalente y tampoco conforme con lo que exige la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores de la cual México es parte; y al haber esta ausencia de armonía entre uno y otro ámbito jurídico se afecta al interés superior del menor, en el sentido de que mientras algunos menores de edad, mayores de doce años mexicanos se les toma en consideración su consentimiento para llevar a cabo su propia adopción dentro de nuestro país, a los otros menores de edad que van a ser adoptados por extranjeros se les exige que tengan más de catorce años para externar su opinión respecto de su propia adopción, como lo instituye el artículo 13 de la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores; cuando se les debe brindar mayor protección y salvaguarda a estos menores que serán adoptados en el extranjero por lo que respecta a la salvaguarda de su interés superior, en virtud de que serán trasladados a un país extranjero desconocido para ellos, pese a que sea un Estado parte de los mencionados tratados internacionales, no dejan de ser leyes distintas las que regulan estos actos jurídicos y esto debe aplicar en todo tipo de adopciones.

Por ello pienso que estos menores de edad que son adoptados por extranjeros están imposibilitados a que se les considere otorgar su consentimiento, a una edad en la cual ya están en aptitud de decidir si están o no de acuerdo con su propia adopción; y paralelo a ello a decidir sobre el futuro de su vida y en este entendido afirmó que se afecta su interés superior.

3.5 Delitos que pueden derivarse de un acto lícito como la formalización de un aparente matrimonio de los que son víctimas los menores de edad cuando no se tienen las debidas medidas legislativas que protejan su interés superior, como fue el caso de la pareja homosexual de nombres: Mark Newton y Peter Truong los cuales adoptaron a un menor de edad víctima de abuso sexual por parte de ellos y por terceras personas.

La trascendencia de que se exigieran leyes equivalentes en el extranjero y en México en materia de adopción cobra importancia en razón de que se podía evitar que de un acto legal en nuestro país se deriven actos ilícitos en el extranjero como es: la trata de menores, la pornografía, la explotación laboral infantil, venta, tráfico de órganos, sustracción, retención u ocultación ilícita, o cualquier ilícito que trastoquen el interés superior de los menores. Recordemos a manera de dilucidar con mayor precisión este tópico, que en el ámbito internacional respecto de las adopciones internacionales, la adopción que se celebre entre el Estado de origen que en nuestro caso sería el Estado Mexicano con otro país denominado Estado receptor, será una adopción considerada como plena, cuyos efectos jurídicos son irrevocables como lo dispone el artículo 1 de la **Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Adopción de Menores** y si en la actual **Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes** ya no existe la norma jurídica que exija al Estado receptor reglas jurídicas de adopción y de tutela de los derechos de menores cuando menos equivalentes a las mexicanas, me parece que estamos dejando de lado la protección del interés superior del menor, convirtiéndose la reforma a **Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes** en una reforma disímbola y omisa respecto de los derechos que salvaguardaban el interés superior del menor.

Además, si nosotros como Estado de origen no obligamos a que el Estado de recepción apruebe tal adopción con las autoridades competentes para ello en el extranjero, el Estado de recepción no se va a ocupar en velar por la seguridad de una adopción viable y adecuada al menor, y correlativo a ello en garantizar la salvaguarda del interés superior del menor.

Esto considerando por su puesto para el caso de que los adoptantes extranjeros sean heterosexuales u homosexuales, o formalicen aparentes matrimonios con todas

las formalidades que existen en la ley para después adoptar y más tarde abusar de los menores de edad dejándolos en completo estado de indefensión.

Este caso de delitos derivados de un acto plenamente lícito que depara en un delito grave se presentó en Estados Unidos de América en el año 2013 cuando una pareja de homosexuales de nombres: Mark Newton y Peter Truong adoptaron a un menor de edad de origen ruso, el cual fue víctima de abuso sexual de parte de estas personas y por al menos ocho personas más en Francia, Alemania, Estados Unidos y Australia; además de que estos abusos sexuales fueron grabados y fotografiados para subirlos a sitios de internet especializados en pornografía infantil.

Es evidente que esto nos lleva a una reflexión profunda, pues recordemos que una vez que los menores son dados en adopción plena, esa adopción por su propia naturaleza dejaría en un estado de indefensión a los menores de edad, pues este tipo de adopción en particular es irrevocable, es decir, no podrá revertirse dicha adopción y el menor jamás volverá con su familia de origen o biológica. O en el caso de que los menores sean maltratados por su familia adoptiva, estos pierden toda posibilidad de ser dados en adopción nuevamente, pues la patria potestad en automático sería ejercida sin impedimento alguno por sus padres adoptivos según sea el caso.

Me parece que sólo en algunos casos para evitar este tipo de problemas, podría implementarse un tipo de adopción semiplena, en donde, una vez que se ha llevado a cabo la adopción, se tome un tiempo considerable para constatar si dicha adopción refleja un verdadero beneficio para el menor, y en este sentido otorgar posteriormente de manera absoluta la adopción plena.

3.5.1 La exigencia de que la Convención Sobre de los Derechos del Niño manifieste en su artículo 21 inciso “c” la equivalencia de reglas jurídicas en materia de adopción, cuando se trate de adopción internacional.

Puntualizando respecto del análisis de la equivalencia de reglas jurídicas en materia de adopción, en menester analizar otro aspecto de la reforma del 4 de Diciembre de 2014 a la **Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes**, reforma que suprimió el requisito imprescindible de que los países en los que se llevaba a cabo la adopción internacional deben tener como condición

imprescindible leyes equivalentes a las mexicanas para llevar a cabo este acto jurídico de manera idónea en el extranjero, como lo contemplaba el artículo 27 de la anterior **Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes**; El cual hoy en día el artículo 31 de la actual **Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes** no contempla estos medios de garantía en torno a la equivalencia de reglas jurídicas de adopción y de tutela de los derechos del menor. Respecto a esta situación llama la atención que en el artículo 21 de la Convención Sobre de los Derechos del Niño manifiesta en su inciso “c” el tópico referente a la adopción de menores que son adoptados por extranjeros, especificando que para llevar a cabo este proceso de adopción es imprescindible que existan las salvaguardias y normas equivalentes a las existentes del país de donde radica el menor que será adoptado, aspecto que estaba anteriormente regulado en el artículo 27 de la ya abrogada **“Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”** como lo he venido exponiendo.

En virtud de este análisis es oportuno citar el artículo 21 de la Convención Sobre de los Derechos del Niño, para mayor comprensión del proceso de adopción internacional en México y sus efectos legales.

Artículo 21.

Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y:

- a) Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario;
- b) Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen;
- c) Velarán por que el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen;

- d) Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella;
- e) Promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente artículo mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán, dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes.²⁶

3.6 La adopción plena en el Código Civil vigente para el Distrito Federal

Para el caso que nos ocupa y que expondré con mayor amplitud es el que radica en la Ciudad de México y el tipo de adopción que regula el código civil local, que es la adopción plena únicamente.

Como lo he puesto de relieve en los párrafos anteriores en lo que respecta a la adopción plena es importante resaltar que la principal característica que subyace es el parentesco equiparado a un parentesco consanguíneo. Este nuevo estado jurídico genera respecto del adoptante y en el caso también de sus familiares, los mismos derechos y obligaciones que surgen en torno al parentesco biológico, en este caso él o los adoptantes adquirirán la patria potestad. El adoptado tiene respecto de él, los mismos derechos y obligaciones como si fuera un hijo consanguíneo.

Por ello la autora Ingrid Brena Sesma asevera con respecto a la adopción plena que este tipo de adopciones admite la ficción de establecer una filiación, semejante a la biológica, de esta forma, el niño adquiere los derechos y obligaciones de un hijo no sólo frente a sus padres adoptivos, sino también frente a toda la familia de éstos. Paralelamente, se extinguen los derechos y obligaciones que el menor tenía con su familia biológica.²⁷

²⁶ Cfr., CARDENAS MIRANDA, Elva Leonor, *Instrumentos internacionales en relación con la familia y sus miembros*, Editorial Porrúa, México, 2011, p. 140-141.

²⁷ Cfr., BRENA SESMA, Ingrid, *Las adopciones en México y algo más*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2005, p. 31.

CAPÍTULO 4. REQUISITOS PERSONALES PARA LA ADOPCIÓN.

4.1 Requisitos para el adoptado.

Debemos recordar, en este punto, que anteriormente la adopción tenía como objetivo un beneficio para el adoptante; estaba destinada para aquellas personas que no tenían descendientes y a través de esta figura se continuaba con los derechos hereditarios, por decirlo de alguna manera. Actualmente, la figura jurídica de la adopción cambia su finalidad y pretende un beneficio para los menores, desprovistos de una familia idónea que vele por sus necesidades.

Los requisitos para llevar a cabo la adopción están regulados en artículo 397 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, el cual citaré a continuación:

Artículo 397. Son requisitos para la adopción:

- I. Que resulte benéfica para la persona que pretende adoptarse;
- II. Que el adoptante tenga más de 25 años cumplidos al momento que el juez emita la resolución que otorgue la adopción y tenga 17 años más que el adoptado;
- III. Que el adoptante acredite contar medios suficientes para proveer la subsistencia y educación del menor, como hijo propio;
- IV. Que el solicitante de la adopción exponga de forma clara y sencilla las razones de su pretensión;
- V. Que el solicitante de la adopción demuestre un modo de vida honesto, así como la capacidad moral y social para procurar una familia adecuada y estable al adoptado; y VI. Que ninguno de los adoptantes haya sido procesado o se encuentre pendiente de proceso penal por delitos que atenten contra la familia, sexuales, o en su caso contra la salud.
- VII. Que ninguno de los adoptantes se encuentre inscrito en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos. Estas mismas calidades se exigirán a quien adopte conjuntamente.

La autoridad velará para que el adoptado goce de las garantías necesarias para su debida integración a una familia, sin que se ponga en peligro su libre y debido desarrollo o se atente contra sus derechos humanos.

El Código señala expresamente que el adoptado debe ser un menor de edad o aun no siendo que este sujeto a interdicción, es decir, que sea un incapaz.

Esta disposición de la minoría de edad quizá tenga como razón dotar a un niño de una familia, desde una edad temprana, con la intención de asegurar una completa incorporación del menor a su nueva familia, como si fuera hijo natural.

El Código señala como límite de edad, para ser adoptado, la mayoría de edad, aunque no de manera expresa, sin embargo, al referirse a menores puede entenderse como menores de edad. En esta tesitura, el Código tampoco señala una edad mínima del adoptado, por lo que podemos concluir que un menor de edad puede ser adoptado desde recién nacido o antes de su nacimiento si nos referimos a la posibilidad de adoptar embriones congelados, por ejemplo.

Otras legislaciones estatales, como es el caso de Tabasco, señalan como límite de edad para ser adoptado la edad de cinco años, sin embargo, desde nuestra óptica, esta limitación no aporta un beneficio al interés superior del menor si tomamos en cuenta que los niños “preferidos” por los adoptantes son los niños menores, y con esta disposición los niños mayores de esa edad se ven totalmente impedidos para incorporarse a una nueva familia.

4.1.1 Adopción de menores abandonados o huérfanos.

Los menores huérfanos o abandonados, de quienes se desconoce quién ejerce la patria potestad, puedan ser adoptados. Generalmente en estas situaciones los menores son arropados por Instituciones públicas que les brindan cuidado y protección hasta que la adopción se concluya.

En el caso de los menores abandonados y huérfanos, representa un papel realmente importante la Procuraduría Federal de Niñas, Niños y Adolescentes respecto a lo que establece el artículo 17 fracción XI del Estatuto Orgánico del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, el cual establece que dentro de sus facultades deberá fungir como representante del Organismo, en su carácter de autoridad central en materia de adopción internacional, y supervisar el procedimiento administrativo de Adopción Nacional.

Cabe decir que en algunas legislaciones estatales, como es el caso de la Ley de adopciones del Estado de Durango y de la Ley de adopciones del estado de Quintana

Roo, se establecen disposiciones expresas para el caso de los niños huérfanos o en estado de abandono.

4.1.2 Adopción de embriones humanos y el aspecto particular del Estado de Tabasco y del Estado de Veracruz

Derivado de los múltiples cambios que se han gestado en las últimas dos décadas y que han trascendido en muchos aspectos en nuestro mundo actual, es necesario comentar que la ciencia y la tecnología han rebasado al mundo del derecho en general y al derecho familiar en específico, cambiando sus conceptos fundamentales y planteado nuevos esquemas en los que se debe llegar a una regulación integral que permita a su vez el progreso científico y el respeto a los derechos humanos, es por ello por lo que resulta preponderante hablar de manera concreta de la adopción de embriones humanos.

Este tipo de adopción es relativamente novedoso y poco conocido en México, dadas las situaciones económicas, sociales y culturales, por lo cual resulta un reto del nuevo siglo que exige una respuesta jurídica a las posibles reacciones.

La adopción de embriones resulta un tipo de adopción *sui generis* porque lo que se adopta no es un menor de edad como tal, sino una persona en “potencia”.

Este tipo de adopción resulta de un procedimiento de procreación asistida a través inseminación artificial, fecundación *In vitro*, o gestación subrogada, en donde hay un excedente de embriones fecundados y son dados a una persona o pareja, con la cual el embrión no tiene vínculo genético.

Por otra parte, tiene las mismas características que una adopción de menores e incapaces, pues de igual forma se intenta crear un vínculo filial entre personas receptoras del embrión y el propio embrión que, en caso de su nacimiento, deberá ser considerado como hijo de los adoptantes. La adopción de embriones podría considerarse como un tipo de adopción prenatal.

En México, este tipo de adopción no está contemplada en las legislaciones estatales, a diferencia del Estado de Tabasco, que en la facción III del artículo 399 del

Código Civil de la entidad permite la adopción de un menor, producto de un embarazo logrado a través de una técnica de reproducción asistida; no obstante, esta legislación se refiere a la adopción del menor una vez que ha nacido éste, y no en su etapa embrionaria. En este sentido, la ley de adopciones del Estado de Veracruz prohíbe en su artículo 5 fracción I, de manera tajante, la adopción de menores antes de su nacimiento.²⁸

4.2 Requisitos para el adoptante.

En el caso particular del Distrito Federal posterior a la reforma del matrimonio entre personas del mismo sexo, es menester mencionar que al permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, la posibilidad para llevar a cabo la adopción entre estas parejas fue inherente al reconocimiento legal para ejercitar el derecho a unirse en matrimonio por la vía civil; pues esto hace suponer que si las otras parejas heterosexuales pueden adoptar a un menor para ampliar su familia, y están unidos legalmente en matrimonio, se da por entendido que las parejas homosexuales que están legalmente unidas en matrimonio pueden hacer exactamente lo mismo.

Otro importante, pero discutible cambio fue el que acaeció con la reforma del 1.º de junio del año 2000 en el Distrito Federal, fue que la adopción simple se extingue y se instituye la adopción plena, lo cual al ser irrevocable merece que los requisitos para llevar a cabo la adopción sean lo suficiente mente rigurosos y considero que en algunos casos cuando se presente un riesgo grave que atente contra el interés superior del menor poniendo en riesgo su salud, o su vida, esta debería ser semiplena hasta en tanto no se determine que el interés superior del menor estará garantizado por parte de los adoptantes.

La autora Nuria González Martín hace énfasis en que es importante comprender que en la actualidad la adopción es un mecanismo de protección infantil y, por lo tanto, es necesario exigir ciertas condiciones a aquellos que pretendan adoptar un menor, a

²⁸ Cfr., GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, *Para entender la adopción en México*, Editorial Nostra ediciones, México, 2012, p. 19.

fin de tener un control sobre los adoptantes, y procurar el mejor ambiente familiar para los propios menores.²⁹

Bajo esta tónica, los requisitos legales necesarios para poder ser candidato a adoptar a un menor, están consagrados en el artículo 397 del Código Civil vigente para el Distrito Federal en lo que corresponde al ámbito local, como anteriormente lo mencione y en el artículo 390 del Código Civil Federal en lo que respecta al ámbito Federal.

En virtud de los requisitos que exige el Código Civil Federal respecto del proceso adopción, es menester citar lo que instituye su artículo 390:

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 sea mayor de edad, siempre que el adoptante tenga diecisiete años más que el adoptado y 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 o incapacitados simultáneamente.

En el mismo sentido el Código Civil Federal en el numeral 390 hace alusión al pleno goce de sus derechos, bajo el tenor de que el adoptante debe ser una persona totalmente capaz de hacerse cargo de un menor y; de ahí que el Código en comento disponga: “en pleno goce de sus derechos”.

Respecto a la diferencia de edad entre el adoptante y el adoptado, el Código Civil vigente para el Distrito Federal y el Código Civil Federal exige que el adoptante tenga diecisiete años más que el adoptado, y se señala esta edad ya que lo que se pretende es asemejar la institución de la adopción con la filiación natural, en este tenor de ideas es corolario y necesario que se exija la diferencia de edades entre el adoptado y el adoptante, pues además de este requisito de gran envergadura también existe otro

²⁹ *Ibíd*em, p. 20.

elemento importante para conformar una nueva familia entre el adoptante y el adoptado, y son los impedimentos para contraer matrimonio; esta prohibición es inherente para la configuración de una nueva familia, familia que tiene como propósito configurarse con la intención de equipararse a una familia biológica no solamente en lo que respecta a los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias biológicas, sino también homologar algunos aspectos como: el afectivo, el emocional, y el psicológico que son innatos en la mayoría de las veces en las familias biológicas.

Por lo que refiere a los medios suficientes con los que debe contar el adoptante para garantizar las obligaciones que adquiere con el adoptado, ambos códigos civiles, tanto el del Distrito Federal como el Federal, son puntuales en la consigna de que el adoptante cuente con los medios suficientes para proveer subsistencia y educación al adoptado.

En esta fracción, el enunciado “**los medios suficientes**” no hace alusión únicamente a medios económicos, sino también a que el adoptante tenga la disposición suficiente para que sea capaz de cuidar a un menor, en torno a los problemas que se le puedan presentar con el menor adoptado; como pudiera ser el caso de que un menor presente algún tipo de discapacidad.

Bajo esta coyuntura el enunciado “medios suficientes” también implica como lo señalan algunas legislaciones estatales, que el adoptante “tenga buenas costumbres” y considero que además de contar con recursos económicos suficientes y de tener buenas costumbres; debería ser un requisito indispensable que al adoptante se le practiquen exámenes psicológicos que permitan diagnosticar y evaluar su idoneidad para poder adoptar a un menor de edad. No sólo debe bastar con gozar de una buena salud física y **mental (padecimiento psiquiátrico)**, sino también gozar de una buena **salud psíquica** para poder adoptar. Condición que debería exigirse como requisito para el adoptante, pues una persona que se encuentra en óptimas condiciones (**físicas, mentales y psíquicas**) tiene mayores posibilidades de brindar al menor lo necesario para su mejor desarrollo integral.

En torno a que la adopción debe resultar benéfica para el adoptado, el artículo 390 del Código Civil Federal es muy puntual es este requisito, pero cabe señalar que esta consigna es muy ambigua, pues es imposible cuantificar con un criterio

eminentemente objetivo cada caso en particular y determinar cuáles son sus demandas más apremiantes para su sano desarrollo y su bienestar integral. Es por ello por lo que el legislador tomando en consideración un aspecto mayoritaria y pluralmente consentido, señala que la adopción debe tener como base “el interés superior del menor” para cuantificar, de alguna manera, el beneficio de la adopción, es decir, una adopción será benéfica en el grado en el que se cumpla con el interés superior del menor y con los factores propicios que consolidan su eficacia.

Como consecuencia de este análisis al interés superior del menor, se vislumbra en el ámbito judicial una amplia discrecionalidad a los jueces de lo familiar al momento de aprobar la adopción, pues dependerá del punto de vista del juez determinar y dar contenido a los intereses de los menores de edad y decidir si el asunto que tiene en sus manos lo puede solucionar de tal forma que pueda colmar los objetivos que persigue el interés superior del menor, como es el caso de la adopción de dos o más incapacitados o de menores o incapacitados simultáneamente donde el juez de lo familiar autoriza o no la adopción de estos menores como lo dispone el artículo 390 del Código Civil Federal, si a su criterio es lo más prudente.

4.2.1 Consentimiento

En torno al consentimiento podemos aseverar que es el acuerdo de dos o más voluntades destinadas a producir consecuencias o fines de interés legal. En el caso puntual de la adopción, los consentimientos más importantes son los del adoptante o adoptantes y la del adoptado o adoptados, expresado directamente o por su representante legal.

En figura de la adopción, antes de iniciar el procedimiento judicial que la declara, se debe de considerar el consentimiento expreso de las personas que tienen a su cuidado al menor de edad.

En virtud de lo que dispone el artículo 398 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, el consentimiento de los participantes de la adopción se regula de la siguiente manera:

Artículo 398. Para que la adopción proceda deberán manifestar su consentimiento, en sus respectivos casos:

- I. Quienes ejerzan la patria potestad sobre el menor que se pretende adoptar;
- II. El tutor del que se va a adoptar;
- III. El Ministerio Público del lugar del domicilio del adoptado, cuando este no tenga padres conocidos ni tutor; y
- IV. El menor si tiene más de doce años.

En el caso de las personas señaladas en las fracciones I y IV, el consentimiento deberá otorgarse invariablemente de manera libre e informada, para este efecto deberá hacerse de su conocimiento de manera amplia y exhaustiva todas las consecuencias jurídicas y psicosociales que implica la adopción. El juez contará con amplias facultades para comprobar que el consentimiento fue otorgado en las condiciones señaladas.

En todos los asuntos de adopción serán escuchados los menores atendiendo a su edad, y grado de madurez, pero sólo los menores que tengan más doce años pueden dar su consentimiento de forma expresa para permitirle al juzgador que configure el sentido de su criterio.

La persona que haya arropado al menor de edad seis meses antes de la solicitud de adopción, y lo trate como a un hijo consanguíneo tiene el derecho, de oponerse a la adopción, siempre y cuando exponga las razones en que funda su pretensión.

En el caso del Código Civil Federal respecto de quienes deberán consentir la adopción, el artículo 397 regula lo siguiente:

Artículo 397. Para que la adopción pueda tener lugar deberán consentir en ella, en sus respectivos casos:

- I. El que ejerce la patria potestad sobre el menor que se trata de adoptar;
- II. El tutor del que se va a adoptar;
- III. La persona que haya acogido durante seis meses al que se pretende adoptar y lo trate como a hijo, cuando no hubiere quien ejerza la patria potestad sobre él ni tenga tutor;

IV. El Ministerio Público del lugar del domicilio del adoptado, cuando este no tenga padres conocidos, ni tutor, ni persona que ostensiblemente le imparta su protección y lo haya acogido como hijo.

V. Las instituciones de asistencia social públicas o privadas que hubieren acogido al menor o al incapacitado que se pretenda adoptar.

Si la persona que se va a adoptar tiene más de doce años, también se necesita su consentimiento para la adopción. En el caso de las personas incapaces, será necesario su consentimiento, siempre y cuando fuese posible la expresión indubitable de su voluntad.

4.2.2 Análisis de los elementos que constituyen el consentimiento tanto en el Código Civil vigente para el Distrito Federal como en el Código Civil Federal.

El artículo 408 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en Materia Común y para toda la República en Materia Federal del año 1928, establece que la adopción debe contar con el consentimiento del menor que tenga catorce años cumplidos. Los actuales códigos civiles, tanto el del Distrito Federal como el Federal presentan una reducción en la edad del menor para que este consienta su propia adopción; el cuál se ubica en la cláusula *in fine* de ambos textos vigentes, como lo podemos apreciar en numeral 397 del Código Civil Federal y en el artículo 398 del Código Civil vigente para el Distrito Federal.

4.2.3 El consentimiento imprescindible de quien ejerce patria potestad sobre el menor como requisito necesario para llevar a cabo el proceso de adopción y las entidades federativas que prohíben la adopción privada.

En primer lugar, analizaré la patria potestad para comprender mejor las consecuencias jurídicas que denota el otorgamiento del consentimiento como requisito imprescindible para autorizar legalmente la adopción, en correspondencia a ello se puede percibir que este esquema es equivalente al que estuvo vigente en el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en Materia Común y para toda la República en Materia Federal del año 1928 en su artículo 397, en el cual se regulaba lo referente al consentimiento que debía otorgar el que ejercía la patria potestad del menor en todo proceso de adopción; y actualmente también se exige este requisito en ambos códigos civiles tanto en el Local como en el Federal; desde luego esta figura de adopción se relaciona con la adopción directa entre particulares, es decir “**la adopción privada**”, la cual tiene lugar cuando la persona que ejerce la patria potestad de un menor consiente

en darlo en adopción de manera directa y voluntaria con otro particular que fungirá como padre adoptivo.

Es menester mencionar que este tipo de adopción se aleja por mucho del “interés superior del menor”, pues al ser sólo entre particulares es evidente que sólo se toma en consideración el acuerdo de voluntades de ellos, por esa razón el consentimiento del menor no tiene injerencia en su propio proceso de adopción, y esto podría implicar más aún cuando la adopción se lleva a cabo con extranjeros, el que se actualicen ciertas conductas de tipo penal: como tráfico de órganos, explotación laboral infantil, explotación sexual, pornografía infantil y algunos otros delitos más. Este tipo de adopción está prohibida por casi todos los tratados internacionales, pero está permitida en la mayoría de los códigos locales. Sólo la **Ley de adopción del Estado de Quintana Roo** prohíbe este tipo de **adopción privada** en su artículo 6, fracción VII, inciso “C” y la **Ley de adopción del Estado de Veracruz** prohíbe la misma práctica en su artículo 5 fracción II; esgrimiendo que este tipo de adopción es contraria al Convenio de la Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional.

Además, debería tenerse más cuidado con este tipo de adopciones y, en su caso, derogar esta disposición normativa de la legislación, pues es corolario que si un niño es dado en adopción es porque carece de familia, y se llevara a cabo dicha adopción por parte de quien ejerza la patria potestad. Así mismo esta fracción se puede interpretar como que quien ejerza la patria potestad podrá oponerse a la adopción lo cual puede ser contraproducente, pues por una parte, podría darse el caso de que esta oposición impida la adopción que en algunos casos pueda ser nociva al interés superior del menor y permita al menor continuar con su familia de origen o, por el contrario, se impida que el menor, goce, realmente de una familia que se ocupe por la satisfacción de sus necesidades. En todo caso deberá atenderse siempre al “interés superior del menor”.

En este mismo orden de ideas, el multicitado Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, en su artículo 4 inciso 4, señala que en las adopciones llevadas a cabo a través de dicho convenio, deberá pedirse el consentimiento de la madre.³⁰

4.3 Tutor

En segundo lugar, analizaré el rubro que corresponde al tutor del menor que se pretende adoptar. Bajo esta tónica podemos vislumbrar que el consentimiento que es otorgado por el tutor en aquellos casos en los que se presenta una ausencia de los padres o la presencia de incapacidad natural o la falta de madurez en los menores de doce años, que inhibe la posibilidad de que un menor pueda otorgar expresamente su consentimiento en el proceso de adopción; es en estas situaciones donde la tutela desempeña un papel preponderante, como es de todos conocido, la tutela tiene como objeto la guarda de la persona y bienes de los que no pueden gobernarse por sí mismos. Esta fracción resulta lógica en el sentido de que el tutor tiene la responsabilidad de cuidar los intereses de los menores e incapaces, por lo que es acertado que tenga injerencia en el procedimiento de adopción.

Esta fracción tiene relación directa con el artículo 393 del Código Civil Federal, en virtud de que prohíbe la adopción hecha por el tutor, hasta que no estén finiquitadas las cuentas.

Por lo que respecta al Código Civil Federal en su artículo 397 fracción III menciona que deben consentir también aquellas personas que hayan acogido al menor durante seis meses y lo traten como hijo cuando no hubiere quien ejerza la patria potestad sobre él, ni tenga tutor. Esta prerrogativa se incorporó al artículo 397 del Código Civil Federal con la reforma de fecha 17 de enero de 1970, la cual estableció el plazo de los seis meses para aquellas personas que cuidaban del menor como si fuera hijo un biológico durante ese periodo de tiempo; lo cual parece razonable en considerarlos para otorgar el consentimiento al momento de llevar a cabo la adopción, pues ellos demostraron haber tenido un importante y claro interés en el bienestar y en el sano desarrollo del menor es decir en salvaguardar su interés superior.

³⁰ *Ibídem*, p. 25.

Referente al consentimiento del Ministerio Público del lugar de residencia del menor que se pretende adoptar, esta institución deberá otorgarlo siempre que no se tenga conocimiento de la existencia de los progenitores, o de un tutor, que se interesen por la protección y bienestar del menor. En este tenor de ideas el artículo 398 del actual Código Civil Federal manifiesta que el tutor o Ministerio Público que no consienta la adopción deberá expresar la causa que funde su pretensión, la cual será calificada por el Juez tomando en cuenta el interés superior del menor.

En el caso del consentimiento que otorga Ministerio Público, es menester mencionar que este consentimiento es requerido principalmente para menores que se encuentran en casas cunas o casas hogar. En este caso, el DIF tendrá facultades para intervenir en el procedimiento de adopción. El Ministerio Público deberá dar su consentimiento, pues la adopción es una cuestión de interés social y el Ministerio Público como representante de la sociedad es idóneo para conocer de este tipo procedimientos jurídicos.

En la actual redacción del artículo 397 fracción V del Código Civil Federal, se contempla también el que se tome en consideración el consentimiento de las instituciones de asistencia social, pública y privada que hubieran acogido al menor que se pretende adoptar, esta fracción alude también a los menores de edad mayores de doce años que están en posibilidad de otorgar su consentimiento para el procedimiento de adopción, atendiendo a su grado de madurez y comprensión.

En esta fracción se da la oportunidad al menor de dar su opinión en el procedimiento judicial y esto tiene su fundamento en el artículo 12 de la Convención sobre Derechos del Niño de 1989, que de manera puntual señala que el niño debe ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte, en función de su edad y grado de madurez.

Se toma como parámetro esta edad, en razón de que a partir de esa etapa inicia en el menor la adolescencia y es en esa edad donde generalmente el menor adquiere un grado de madurez que le permite discernir en donde puede sentirse mejor en caso de llevar a cabo su propia adopción; recordemos como lo había expuesto anteriormente que en el ámbito de los tratados internacionales la edad suficiente para tomar en

cuenta la opinión y el consentimiento de los menores de edad para su adopción es de 14 años y en ámbito nacional es de 12 años.

Este rubro se relaciona ampliamente con el segundo párrafo del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño del año 1989, pues en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño se hace alusión a que en función de la edad o madurez del menor, se le deberá otorgar la oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte a sus intereses.

Debemos mencionar además que en el Código Civil vigente para el Distrito Federal, se contempla en el artículo 402 que la falta de consentimiento del tutor o Ministerio Público deberá sustentarse en razonamiento claro de las causas por las que no se otorga y en esta hipótesis podrá suplir el consentimiento del juez competente preponderando en todo momento el interés superior del menor.

CAPÍTULO 5. LA TRASCENDENCIA DE LOS PRINCIPIOS PRO PERSONA, PROGRESIVIDAD E INTERPRETACIÓN CONFORME Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD COMO PIEDRA ANGULAR EN EL RESPETO A LOS DERECHOS HUMANOS

5.1 Aspectos generales de la genealogía de la adopción en México hasta la última reforma al matrimonio civil.

La genealogía de la adopción en México inicia cuando se incorpora por primera vez en la Ley Sobre Relaciones Familiares del año 1917, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 9 de abril de 1917. Esta ley regulaba un sólo tipo de adopción, la adopción simple, pero si el adoptante mencionaba que deseaba adoptar al menor como hijo natural, en ese momento la adopción se convertía en irrevocable.

En torno a lo que regulaba el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en Materia Común y para toda la República en Materia Federal del año 1928, respecto de la adopción simple es menester reconocer que este ordenamiento jurídico enriqueció la figura con una serie de previsiones complementarias a lo previsto en la Ley sobre Relaciones Familiares.

Podían adoptar marido y mujer, pero conjuntamente y como único supuesto; además, el tutor estaba impedido de adoptar a su pupilo mientras no se aprobaban definitivamente las cuentas de su gestión. El adoptado podía ser un menor de edad o bien mayor, siempre y cuando fuera incapacitado, pero en cualquier situación la adopción debía ser en beneficio del adoptado; y con la salvedad de que el adoptado podía impugnar la adopción dentro del año siguiente a su mayoría o la recuperación de la capacidad, así lo preveía el artículo 394 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en Materia Común y para toda la República en Materia Federal del año 1928. Además, se mantuvieron disposiciones expresas que atribuían las condiciones de padre e hijo al adoptante y al adoptado respectivamente, pero con efectos circunscritos limitadamente a ellos; tales efectos subsistían aunque sobrevinieran hijos al adoptante.

El Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en Materia Común y para toda la República en Materia Federal del año 1928, contemplo en la institución de la

adopción elementos que favorecerían la protección del menor adoptado. Sin embargo, prevalecía una tendencia que hoy consideraría un tanto discriminatoria hacia quienes adoptan y los que eran adoptados, pues en su artículo 390 disponía que sólo los mayores de cuarenta años y sin descendientes podían adoptar, y en su artículo 391 establecía que sólo el marido y la mujer podían adoptar y nadie podía ser adoptado por más de una persona a no ser que fuera un matrimonio el que los adoptara.

Ahora bien en el Código Civil para el Distrito Federal del año 2000, podemos apreciar que se modifica notablemente la figura de la adopción dejando sólo la adopción plena. La intención de modificar la figura de la adopción en Código Civil para el Distrito Federal del año 2000 se realizó con el objetivo de adecuar la legislación con los tratados internacionales.

En un momento ulterior, en fecha 29 de diciembre de 2009 se publicó en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, la reforma consistente en el reconocimiento del derecho a las parejas homosexuales a contraer matrimonio o a conformar una relación de concubinato. Esto dio lugar a ejercer otros derechos derivados del matrimonio como lo es el derecho a adoptar. Como podemos recordar el antecedente más inmediato a esta transformación sobre la situación jurídica del matrimonio, tuvo su prolegómeno en la Ley de Sociedades en Convivencia que se publicó en la Gaceta Oficial del Distrito Federal en fecha 16 de noviembre de 2006 y entró en vigor el 17 de marzo de 2007.

5.2 Principio de progresividad

Sin duda en virtud de la reforma en materia de derechos humanos, debe tenerse muy presente que el reconocimiento de nuevos derechos, no implica que se dejen de observar otros derechos con el mismo grado de importancia, pues recordemos que en razón de ello existe el principio de progresividad; es un principio interpretativo que establece que los derechos no pueden disminuir, por lo cual al sólo poder aumentar, progresan gradualmente.

El pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 5 párrafo 2 establece lo siguiente:

Artículo 5, párrafo 2:

No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

En el caso de México, el principio de progresividad está contenido en el artículo primero de nuestra Constitución Federal.

Artículo 1:

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

El principio de progresividad en este artículo se encuentra contenido en dos partes. En la primera se habla que tanto los derechos como su ejercicio no pueden restringirse, ni suspenderse salvo en los casos previstos en la Constitución. En la segunda parte hace mención expresa de la misma.

Podría parecer redundante que se mencione la sustancia y después se nombre el principio, pero el texto podría interpretarse de la siguiente forma para evitar reproducir la misma connotación. La primera parte se puede entender como el contenido mínimo del principio de progresividad, mientras que la mención del mismo principio da lugar a determinar su alcance, mediante la aplicación constitucional, la cual se puede ampliar más allá del contenido mínimo.

A continuación, citaré la siguiente tesis jurisprudencial para ilustrar mejor el aspecto que se está analizando.³¹

³¹ Tesis, III/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Decima Época, t. V, enero de 2012, p. 4580.

PROGRESIVIDAD. CÓMO DEBE INTERPRETARSE DICHO PRINCIPIO POR LAS AUTORIDADES A PARTIR DE LA REFORMA QUE SUFRIÓ EL ARTÍCULO 1 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 10 DE JUNIO DE 2011.

El principio de progresividad persigue, esencialmente, la aplicación preferente de aquel ordenamiento que contemple un mayor beneficio al gobernado respecto de sus derechos humanos, por ello las autoridades deben estar atentas a la evolución de éstos, especialmente en los tratados internacionales, pues puede suceder que exista contraposición entre un derecho humano que consagra la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y el previsto en el tratado, en cuyo caso, si éste es de mayor beneficio para la persona, es el que debe aplicarse, en observancia al referido principio y acorde con los fines de justicia, equidad y solidaridad social perseguidos por el Constituyente Permanente a partir de la reforma al artículo 1 de la Constitución Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011.

En virtud de la reforma constitucional en materia de derechos humanos publicada en Diario Oficial de la Federación **el día 10 de junio del año 2011**, podemos esgrimir que está estrechamente hilvanada con el artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En razón de ello el artículo primero de nuestra Carta Magna ahora en lugar de otorgar “derechos”, hoy por hoy simplemente los reconoce, a partir de esta reforma se reconoce que toda persona goza de los derechos y de los mecanismos de garantía que están establecidos en la norma suprema y en los tratados internacionales. En este tenor de ideas la Constitución se abre de forma clara y contundente al derecho internacional de los derechos humanos.

5.3 Principio *pro persona* y principio de interpretación conforme

Derivado de esta reforma constitucional, se han instituido diversos principios los cuales regirán la manera de impartir justicia en este país, entre los que destacan el ***principio pro personae o pro persona***, mismo que se actualiza al resolver sobre un caso concreto, principio que tiene lugar cuando ante la diversidad de normas aplicables, se preserva y se hace valer la de mayor beneficio al titular de un derecho humano, de igual manera al momento de llevarse a cabo la interpretación de una ley, este principio lo podemos apreciar en el artículo primero, segundo párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; de la misma manera en ese mismo artículo y en ese mismo párrafo podemos observar la figura de la **interpretación conforme**, esto significa que todas las normas relativas a derechos

humanos tienen que aplicarse a la luz de la norma constitucional, los de tratados y convenciones internacionales.

Estos principios representan mayores herramientas, para garantizar la eficacia y la defensa a los titulares de los derechos humanos, además de obligar a las autoridades competentes al cumplimiento de estos principios de gran envergadura.

5.4 Control de convencionalidad.

Por lo que hace al control de la convencionalidad con respecto a los derechos humanos del menor, podemos decir que existe una gran diversidad de instrumentos jurídicos internacionales que regulan, protegen y garantizan el interés superior del menor en todas sus dimensiones.

En este orden de ideas es menester abordar el tema del Control de Convencionalidad, pues es un tema muy importante en virtud de que supone la recepción de los tratados y la incorporación de los mismos al derecho interno con rango constitucional, pero también implica el reconocimiento de los derechos derivados de los tratados y de las jurisprudencias de jurisdicciones internacionales que han sido reconocidas por el Estado mexicano entre muchas otras actuaciones.

Respecto de ello puedo aseverar que el Control de Convencionalidad fue uno de los puntos medulares que adquiere una renovación integral en materia de derechos humanos, pues a partir de la reforma de 10 de junio de 2011 los Derechos Humanos en México adquirieron mayor fuerza; en este sentido, las reglas del juego cambiaron, los actores (autoridades judiciales) se ampliaron de forma importante, las formas de interpretación de los derechos variaron y los mecanismos para garantizar el cumplimiento de las resoluciones de instancias internacionales también se modificaron.

En principio, todos los tratados que son firmados por el Ejecutivo Federal y ratificados por el Senado de la República se deben respetar y cumplir con toda plenitud, en este sentido, es oportuno recordar el principio general de derecho que rige la mecánica jurídica de los tratados internacionales "***pacta sunt servanda***" el cual se traduce como la prescripción de obligatoriedad de los pactos, es decir, los pactos legalmente celebrados deben ser puntualmente cumplidos. Esta afirmación puede

parecer obvia, pero no es seguro que sus consecuencias lo sean del todo, al menos en México.

En efecto la firma de un tratado internacional significa que un Estado parte asume una serie de obligaciones como las siguientes:

1) En la Convención Interamericana de Derechos Humanos esta obligación está consagrada en su artículo 2, el cual establece la obligación general al Estado parte, de adecuar su derecho interno a las disposiciones del propio tratado, es decir, que se genere una armonía entre las directrices de un instrumentó supranacional y el sistema jurídico de un Estado político, esto implica por una parte garantizar los derechos consagrados en el tratado internacional y por otra parte que las medidas de derecho interno sean efectivas y validas en el contexto interno y eficaces para su aplicación de acuerdo al principio *effet utile* del cual podemos esgrimir lo siguiente: La Convención debe interpretarse de manera que se le dé eficacia a sus disposiciones en su sentido natural u ordinario en el contexto en que ocurren, según su objeto.

Ciertamente el artículo 2 de la Convención referida, no define las medidas pertinentes para la adecuación del derecho interno a la misma, pues ello depende de la norma interna que se requiera para garantizar un derecho y de las circunstancias en las que se encuentre cada país.

La Corte Interamericana muy acertadamente ha interpretado que para una correcta adecuación se deben adoptar medidas en las que están inmersas dos vertientes:

a) La supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención, desconozcan los derechos en ella plasmados u obstaculicen su ejercicio.

b) La expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de garantizar dichas normas.

2) Derogación de normas que se oponen a lo que dice el tratado, esto es armonizar el sistema jurídico interno respecto del internacional.

3) Realización de un diagnóstico respecto de los derechos regulados por los tratados internacionales en los que se da por hecho que una vez firmados y ratificados los instrumentos internacionales por los Estados contratantes se vuelven de observancia obligatoria para el sistema jurídico de cada Estado miembro. Todo ello con la intención de determinar con la mayor precisión posible en qué circunstancias normativas se encuentra un país al momento de firmar un tratado internacional y que avances se han logrado a lo largo de su aplicación posterior a la firma del propio instrumento internacional, (este diagnóstico será un termómetro para saber en un futuro si el país ha avanzado con respecto de la tutela efectiva de los derechos humanos, se mantiene en la situación que tenía al momento de la firma del tratado internacional o retrocede en el respeto a la observancia de los mismos);

4) Reorganización de las competencias para que en todos los niveles de gobierno exista prevención en la violación de derechos humanos, así como la capacidad de investigar, sancionar y reparar tales violaciones cuando ya se hayan producido, (en este sentido el párrafo tercero del artículo primero de la Constitución mexicana es acorde a estas obligaciones). El deber de prevenir, por sí mismo implica una obligación a cargo de Estado en lo referente al pleno cumplimiento de los derechos humanos, de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad; lo que constituye el fundamento central de la observancia de los derechos humanos en todos los niveles de gobierno en México.

En concreto el Control de Convencionalidad es la obligación directa de los Estados contratantes de cumplir con los acuerdos que están plasmados en un tratado internacional y de los cuales son parte al otorgar su consentimiento a través de su firma y su debida ratificación, con la intención de que estos se cumplan en su totalidad. Recordemos que el artículo uno de la Convención Americana Derechos Humanos sostiene que los Estados miembros se comprometen a respetar los derechos que ella establece, pero también a garantizar su pleno y libre ejercicio, esto significa que el Estado mexicano tiene la obligación de respetar pero también de garantizar los derechos previstos en los instrumentos internacionales de los que sea parte. Aspecto que claramente está delineado en el artículo 133 de la Constitución Federal, donde se

esgrime que así como la Constitución y las leyes que emanan del Congreso de la Unión se les considera Ley Suprema de toda la Unión, también se les dará el mismo rango a los Tratados Internacionales, que estén de acuerdo con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que los haya celebrado el presidente de la República, y que hayan sido aprobados por el Senado de la República. Es menester agregar también que en el párrafo segundo del artículo primero de nuestra Constitución se alude a que todas las normas jurídicas relativas a derechos humanos se deben interpretar conforme a la Constitución y los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia; por tanto, es en este segundo párrafo del artículo primero constitucional donde ubicamos el ***principio pro personae o pro persona***.

Por otro lado, el artículo 2 de la Convención Americana establece el deber de adoptar disposiciones de carácter interno a efecto de dotar de plena efectividad a sus normas, además de que el propio texto del artículo 2 del tratado internacional en comento regula el adoptar medidas legislativas o de otro carácter en este último supuesto (“**medidas de otro carácter**”) se encuentra la actuación de los jueces, los cuales desde luego representan un papel muy importante en el cumplimiento de los mandatos de la presente Convención.

Lo que se ha expuesto es que cuando los Estados-nación firman un tratado internacional deben hacer todo aquello para cumplirlo. Lo que incluye: cambios en derecho interno, en la puesta en marcha de diagnósticos, políticas públicas, y de reorganización. Por ello es necesario realizar cambios a la norma jurídica, desde un punto de vista procesal pero también sustantivo, para poder resolver diversas controversias en el ámbito de los derechos humanos.

En este contexto el control de convencionalidad debe entenderse como aquel principio que permite a los jueces contrastar las normas generales de derecho interno respecto de las normas del sistema convencional internacional (tratados internacionales) para dar cumplimiento a la aplicación de la norma jurídica supranacional contenida en los instrumentos internacionales, como cumplimiento a la obligación a la que se somete un país, en virtud de aceptar un tratado internacional, por supuesto sin trastocar el derecho interno de cada Estado contratante, salvaguardando los derechos humanos de los individuos cuyos países son Estados miembros de ese

tratado internacional; como consecuencia de la entrada en vigor de los párrafos segundo y tercero del artículo primero constitucional modificados mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio del año 2011, reforma que tuvo su sustento en el tema de los derechos humanos.

Anteriormente la Constitución mexicana era considerada como la norma suprema en materia de derechos humanos, pero me parece que ese concepto de que la Constitución mexicana en materia de derechos humanos era la ley máxima, quedo superado con la reforma del 10 de junio del año 2011, ya que hoy en día los tratados internacionales en materia de derechos humanos protegen más a los titulares de esos derechos, que la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, esto no quiere decir que los tratados internacionales no estén en consonancia con lo que dicta la norma suprema, por el contrario, tiene que prevalecer una armonía jurídica entre lo que contemplan los instrumentos internacionales y lo que prevé la Constitución Federal así como también lo que regulan las demás disposiciones jurídicas de carácter interno.³²

³² CARBONELL, Miguel, *Introducción General al Control de Convencionalidad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de UNAM, México, 2013, p. 67.

CAPÍTULO 6. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR DESDE LA ÓPTICA JURÍDICA DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES Y SU IMPORTANCIA EN EL PROCESO DE ADOPCIÓN MEXICANO.

6.1 Concepto de menor.

En primer lugar, debemos exponer que se entiende por el concepto “menor” desde una óptica jurídica considerando lo dispuesto en los tratados internacionales de los que México ha sido parte, por ser un tema que no puede ni debe escapar del contexto social.

La necesaria advertencia que debemos realizar en este rubro es que el presente análisis se realiza desde la óptica del derecho internacional privado, como rama autorizada, autónoma y adecuada, para tratar aspectos que correspondan a aquellas normas jurídicas tendientes a garantizar la protección de los derechos de un menor en el ámbito internacional. Lo anterior no significa que no tengamos en cuenta que existen conexiones necesarias y complementarias con otras ramas del derecho, por ejemplo, con el derecho civil, el derecho familiar, el derecho procesal, el derecho constitucional y el derecho internacional público. Si bien entendemos que el Derecho Internacional Privado no es una rama ajena a las demás ramas del derecho, es menester mencionar que debemos recurrir a otras ramas del derecho para comprender mejor el aspecto de la protección integral del menor en relación con el interés superior de la niñez.

A continuación, analizaremos el concepto de “menor” a efecto de acotar los alcances del contorno semántico y del contorno jurídico que denota esta expresión en el ámbito jurídico.

En este sentido, la Dra. Nuria González Martín y la Dra. Sonia Rodríguez Jiménez aseveran lo siguiente:

a) El menor es, ante todo, una persona en su acepción más esencial y trascendente; y no sólo en su dimensión jurídica (titular de derechos), sino también en su dimensión humana (ser que siente y piensa); b) además es una realidad humana en devenir (su futuro) que es su mera realidad actual. Si todo, y toda persona cambia con el transcurso del tiempo, ello es más notorio y, sobre todo, más importante en el menor,

para él que cada día que vive y pasa le aproxima más a dejar de serlo, a su mayoría de edad y plenitud jurídica a la que aspira.

En este mismo tenor de ideas debemos considerar que si atendemos primeramente al concepto jurídico de la palabra “menor”, es necesario tener como consigna la salvaguarda de sus derechos fundamentales desde la óptica jurídica que sea analizada. Lo anterior nos conduce a una afirmación aparentemente sencilla pero que encierra un elevado grado de complejidad por su amplio contenido, su difícil concreción y la desfortuna de lidiar con la vaguedad que representa esta palabra. Por ese motivo para comprender mejor el concepto del menor desde una perspectiva jurídica, es menester mencionar que se debe comenzar por comprender y reconocer que el menor es sujeto titular de derechos humanos instituidos reconocidos en el plano de los tratados internacionales y en el ámbito del derecho interno, derechos que están dirigidos a proteger su esfera jurídica para salvaguardar a su ser o esencia de persona: en definitiva, estos derechos están encaminados a proteger su propia personalidad.

Lo anterior comprende, y es aquí donde radica la dificultad que mencionaba, un catálogo extenso de derechos subjetivos e irrenunciables que deben ser ejercitados indubitablemente por todo menor. Delimitar, concretar, regular, y cumplir dichos derechos no es tarea sencilla, lo anterior no debe ser signo de desesperanza por el contrario debe significar mayor ánimo, para imprimir más esfuerzos y lograr el fin último para la cual fue creada dicha norma jurídica. Si adelantamos un paso y vinculamos en su justa dimensión el ámbito jurídico con el ámbito psicológico, afirmaremos que el menor tiene derecho a una estabilidad emocional y a una salud plena y absoluta. En definitiva, el menor tiene derecho a una infancia libre de perjuicios y obstáculos ajenos a sus acciones y su capacidad de comprensión.

6.2 Todo menor de edad no puede ser considerado como incapaz en virtud de que es una persona capaz de obrar

Bajo esta tónica las autoras Nuria González Martín y Sonia Rodríguez Jiménez mencionan que de acuerdo a esta primera idea debemos considerar que el “menor” no es un “incapaz”; por el contrario, es una persona capaz de obrar y/o actuar aun cuando este limitado el ejercicio de este derecho, lo cual justifica en este punto la función tuitiva que debe representar la patria potestad. En este contexto de ideas me remito a lo que

refiere la doctrina para este aspecto en particular, el cual refiere que la minoría de edad “es un estado civil que lleva implícita la protección, pero que en ningún caso debemos identificar con el estado civil de incapacitado, ni con la situación de hecho de la incapacidad”. Así, una cosa es afirmar que el menor tiene determinadas limitaciones y otra muy diferente, es admitir que es incapaz.³³

En este orden de ideas es oportuno mencionar la opinión consultiva “OC-17/2002 de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos que determina”:

... para fines que persigue esta Opinión Consultiva es suficiente la diferencia que se ha hecho entre mayores y menores de 18 años. La mayoría de edad conlleva la posibilidad del ejercicio pleno de los derechos, también conocida como capacidad de actuar. Esto significa que la persona puede ejercitar en forma personal y directa sus derechos subjetivos, así como asumir plenamente obligaciones jurídicas y asumir otros actos de naturaleza personal o patrimonial. No todos poseen esta capacidad: carecen de esta en gran medida los niños.

En este razonamiento encontramos una interesante bifurcación en el plano internacional; por una parte encontramos los Convenios internacionales que se refieren exclusivamente al menor y así destinan su contenido a este grupo de la sociedad; verbigracia, el Convenio del 12 de junio de sobre la tutela de menores, el Convenio del 5 de octubre de 1961 sobre la competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores y por último el convenio del 19 de octubre de 1996 sobre competencia y ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños. Por otra parte, observamos los convenios internacionales que se refieren al incapaz y dirigen su contenido a la protección y regulación de este sector; verbigracia, el convenio del 17 de julio de 1905 sobre la interdicción civil.

De lo anterior se deriva que tanto en el aspecto nacional, aunque con un grado de vaguedad como en el internacional, de manera fehaciente, los conceptos de menor y de incapaz son y deben ser diferenciados.

Por ello en muchas ocasiones se ha tergiversado y se le ha dado un mal uso a la palabra incapaz cuando no es la adecuada para referirse a un menor, pues el mal

³³ GONZÁLEZ MARTÍN, N., y RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, S., *El interés superior del menor en el marco de la adopción y tráfico internacional. Contexto Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de UNAM, México, 2011, p. 4.

empleo de esta palabra y su errónea aplicación al expresar la falta de madurez de un niño, sin duda alguna vulnera la esfera jurídica del menor, por limitarlo a expresar su opinión en todo proceso jurídico que afecte o modifique su esfera jurídica y en consecuencia su interés superior.

Me parece que en una escala de grises, se debe respetar y considerar su opinión cuando se trate de alterar o afectar su esfera jurídica, considerando la edad en todo acto jurídico en el que ellos intervengan, no sólo a aquellos niños que tienen más doce años de edad como lo instituye la norma jurídica en México; sino también a aquellos que estén en posibilidad de manifestar su decisión porque así se los permite su madurez cognitiva, además de considerar determinados criterios para lograr el pleno respeto a los derechos humanos del menor, preservando en todo momento la igualdad por el respeto de sus derechos en relación con los derechos terceros y exigir a las autoridades el cumplimiento de los mismos. Bajo esta coyuntura y debido a que los menores de edad por su propia naturaleza son seres vulnerables se puede comprender porque se privilegia con mayor relevancia el interés superior del menor ante cualquier otra pretensión.

Bajo esta tónica es menester reiterar que esto aporta en gran medida a vivir en un ambiente de justicia, es por ello por lo que en ese sentido Aristóteles concebía a la justicia como: “Dar un tratamiento igual a los iguales y un tratamiento desigual a los desiguales”; concientizando en todo momento tener la armonía y el respeto recíproco de un grupo de la sociedad frente a otro, lo cuales son parte integrante de la sociedad. Y es bajo esta premisa donde los menores de edad deberán brindar el mismo respeto a la vida y a los derechos de los homosexuales; pues es en este tenor de ideas, que en virtud de la correspondencia al respeto que los niños brindan a los demás grupos de la sociedad como son los homosexuales, ellos pueden exigir el mismo respeto que dan, respecto de los demás grupos que conforman esta sociedad.

6.3 Que se entiende por menor de edad en virtud de lo que instituye Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo uno

Una vez delimitada la palabra “menor” de la palabra “incapaz”, es menester abordar el concepto del menor sustentándolo en términos numéricos. Por lo que hace al aspecto numérico, es necesario mencionar que no existe unanimidad convencional.

Así, afirmamos que no todos los instrumentos convencionales coinciden en insertar la misma “norma material sobre calificación o concepto de menor”.

En este orden de ideas visualizamos que existe una gran interrogante, la cual podemos formular de la siguiente manera: ¿Es asequible la diferencia de trato respectó menores de edad, en virtud de la norma convencional que resulta aplicable o de la ley conforme a la cual deba ser examinada la minoridad?; en este tenor de ideas la Dra. Nuria Gonzáles Martín y la Dra. Sonia Rodríguez Jiménez aseveran lo siguiente:

En realidad, no parece justificable, sino criticable, pues con relación a este concepto de menor de edad, los Convenios que inciden en la protección del menor no deben ser examinados ni aplicados aisladamente sino insertos en el esquema internacional de la protección del menor, que a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, han sido construidos por los sucesivos Convenios que afectan a su protección.³⁴

En este tenor de ideas podemos afirmar que en virtud de lo que consagra la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo uno, del 20 de noviembre de 1989, respecto a lo que se entiende por niño es lo siguiente:

Artículo 1:

Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.³⁵

Aquí podemos apreciar que se considera como niño a todo ser humano menor de dieciocho años, con excepción de aquellos países que en su regulación jurídica interna reconozcan lo contrario, anticipando desde luego la mayoría de edad a sus ciudadanos.

De lo cual podemos inferir que tener menos de dieciocho años no es el parámetro absoluto para determinar la minoría de edad, aunque si lo es como límite

³⁴ *Ibidem*, p. 8.

³⁵ CARDENAS MIRANDA, Elva Leonor, *Instrumentos internacionales en relación con la familia y sus miembros*, Editorial Porrúa, México, 2011, p. 135.

máximo para la protección del interés superior de una persona, en virtud de lo que instituye este instrumento internacional y cuyo país a la que pertenece esta persona sea parte de la convención antes referida. Es importante puntualizar que los instrumentos internacionales han querido ver en el contorno local de actuación, la búsqueda del trato más favorable al menor de edad titular de derechos humanos en virtud de la salvaguarda de su interés superior; y esto no sólo obedece al cumplimiento del derecho interno, sino a un expreso imperativo convencional, es decir, que la minoría de edad sea garantizada no sólo porque el derecho interno así lo prevea, sino porque se haga valer el cumplimiento de control de convencionalidad respaldado por instrumentos de carácter internacional.

Bajo esta tónica podemos vislumbrar que están presentes dos criterios, uno directo y otro indirecto para fijar la minoría de edad, el primero que es un criterio directo consiste en que la edad para fijar la minoría de edad marca como límite la edad de dieciocho años, y el segundo de tipo indirecto que hace una excepción conforme a lo instituido en la Convención sobre los Derechos del Niño; de cuál se puede inferir que la edad límite para determinar la minoría de edad, puede verse reducida por el derecho interno de cada Estado contratante, en relación con lo que dispone el artículo uno del instrumento internacional antes citado.

6.4 Instrumentos internacionales que fijan la edad de los dieciocho años como edad límite para determinar la minoría de edad

Entre los instrumentos internacionales que fijan la edad de los dieciocho años como edad límite para determinar la minoría de edad figuran los siguientes: la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (artículo 2), el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Solucionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que Complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada (artículo 3); el Convenio de La Haya del 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la Ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños; El cual en su párrafo segundo dispone que “el Convenio se aplica a los niños a partir de su nacimiento y hasta que alcancen la edad de dieciocho años”. Así también se considera el mismo parámetro en los siguientes instrumentos internacionales: La Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias en su (artículo 2) el cual

instituye que se considera menor a quien no haya cumplido la edad de dieciocho años, en el mismo sentido se contempla el parámetro de la minoría de edad hasta que el menor de edad haya cumplido dieciocho años y en esa misma situación está el Convenio de La Haya del 15 de noviembre de 1965, sobre la competencia de autoridades, ley aplicable y reconocimiento de decisiones en materia de adopción y el Convenio de La Haya del 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional.

Cabe mencionar que existe un punto de inflexión para determinar la minoridad de una persona a través de diversas vías jurídicas que están inmersas en instrumentos convencionales, verbigracia el Convenio de La Haya del 5 de octubre de 1961 sobre Competencia de Autoridades y Ley Aplicable en Materia de Protección de Menores, en cuyo artículo 12 determina que será “menor” aquel que lo sea acumulativamente tanto en su ley nacional como en la ley de su residencia habitual. En este tenor de ideas percibo que se ha generado una confusión, al instituir que el requisito para fijar la minoría de edad dependa de la regulación de dos normas jurídicas diferentes.

Sin embargo, es menester mencionar, que en la mayoría de las normas jurídicas que regulan la minoría de edad se prevé que la edad límite para considerar a una persona menor de edad es antes de los dieciocho años.

Bajo esta tónica la doctrina asevera que “la cooperación internacional aconseja la utilización de calificaciones autónomas propias y específicas del derecho internacional privado” y evitar así las diferentes calificaciones que se puedan llegar a dar en los diferentes Estados contratantes de un determinado instrumento convencional.

6.5 El interés superior del menor y su fundamento jurídico.

En este orden de ideas, corresponde analizar la definición de interés superior del menor y su fundamento jurídico en nuestra Constitución.

Para la Dra. Nuria González Martín y la Dra. Sonia Rodríguez Jiménez, el interés superior del menor debe tener como primer punto normativo de referencia el artículo cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual señala en

su párrafo noveno: “En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral”. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.³⁶

De manera paralela, a la transcripción literal del párrafo noveno del artículo cuarto de nuestra Constitución Federal es menester citar la siguiente tesis jurisprudencial por la relación que guarda con el precepto constitucional antes referido:

MENORES DE DIECIOCHO AÑOS. EL ANÁLISIS DE UNA REGULACIÓN RESPECTO DE ELLOS DEBE HACERSE ATENDIENDO AL INTERÉS SUPERIOR Y A LA PRIORIDAD DE LA INFANCIA. De la interpretación del artículo 4, noveno párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con la Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, reglamentaria de aquel precepto y con la Convención sobre los derechos del Niño, se advierte que el interés superior de la infancia junto con el derecho de prioridad, implican que las políticas, acciones y toma de decisiones del Estado relacionadas con los menores de 18 años deben buscar el beneficio directo del infante y del adolescente a quienes van dirigidas, y que las instituciones de bienestar social, públicas y privadas, los tribunales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos, al actuar en sus respectivos ámbitos, otorguen prioridad a los temas relacionados con dichos menores. De ahí que para el análisis de la constitucionalidad de una regulación respecto de menores de 18 años, sea prioritario, en un ejercicio de ponderación, el reconocimiento de dichos principios.³⁷

Continuando con este orden de ideas citaré la siguiente tesis jurisprudencial para ilustrar de manera más clara los derechos que debe primar en el reconocimiento y protección del interés superior del menor:

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. PARA SU ADECUADA PROTECCIÓN EN EL TRÁMITE DE LA ADOPCIÓN, EN CASO DE COLISIÓN ENTRE DERECHOS PRIMARIOS Y SECUNDARIOS, POR REGLA GENERAL, DEBEN PREVALECER LOS PRIMARIOS.

El interés superior del menor, es una institución jurídica compleja, que pretende que todos los poderes, así como los órdenes de gobierno, emprendan cualquier acción que esté a su alcance

³⁶ Cfr., GONZÁLEZ MARTÍN, N., y RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, S., *El interés superior del menor en el marco de la adopción y tráfico internacional. Contexto Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de UNAM, México, 2011, p. 20.

³⁷ Tesis, XLV/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVII, febrero de 2008, p. 1292.

para asegurar el bienestar de los menores. Sin embargo, dentro de los intereses superiores del menor, surgen distintos derechos que pueden clasificarse en primarios y secundarios. Los primarios o básicos deben observarse en todo niño, sea adoptado o no, pues son necesarios para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad; por ejemplo: crecer en el seno de una familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión; el derecho a la educación, a jugar, a descansar, a alimentarse y a la salud, por mencionar algunos. En tanto los derechos secundarios, son aquellos que el legislador reconoce en las normas, para que los niños que aún no cuentan con los primarios (o sólo parcialmente), puedan acceder a estos. Uno de ellos, en sentido amplio (*lato sensu*), es la adopción y, en sentido estricto (*stricto sensu*), es el derecho al debido proceso en la adopción. Ahora bien, el Juez a cuya potestad se someta el trámite de adopción, debe realizar un ejercicio de ponderación, en caso de que exista una colisión entre dos derechos que pretenden tutelar el interés superior del menor; uno primario, verbigracia, el derecho a permanecer con una familia adoptiva que, presumiblemente, satisface sus necesidades básicas de afecto y atención, y uno secundario, por ejemplo, el derecho a que quien otorgó el consentimiento para que se le adoptara fuera debidamente asesorado por el Consejo de Familia. En este tipo de conflictos, Robert Alexy ("*La Construcción de los Derechos Fundamentales*", primera edición, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2012, páginas 30 y 31), plantea que, a fin de decidir qué derecho debe prevalecer sobre otro, es factible aplicar la "ley de la ponderación". La mencionada regla, en esencia, postula: "cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción de otro". De acuerdo con tal postulado, la ponderación, puede dividirse en tres "pasos" o "escalones". En el primer escalón, se trata del grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios. A este sigue, en el segundo escalón, la determinación de la importancia de la satisfacción del principio contrario. Por último, en el tercer nivel, se determina si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la no satisfacción o restricción del otro principio. Con base en lo anterior, por regla general, deben prevalecer los derechos primarios, frente a los secundarios que, en su mayoría, son de carácter procesal, porque, el interés superior del menor, como institución que rige el actuar de los poderes públicos, obliga a que los juzgadores, en todo momento, adopten las decisiones que produzcan mayor beneficio para el desarrollo presente y futuro del infante; y, entre los derechos primarios e insoslayables que para su bienestar tiene todo niño, no sólo los adoptados, están el derecho el desarrollo cognitivo, psicológico y emocional, los que se encuentran por encima de aquellos meramente adjetivos que, precisamente, fueron establecidos por el legislador para que el menor alcanzara el bienestar que se espera viviendo con una familia adoptiva. Máxime cuando un derecho procesal secundario pone en riesgo uno primario, sería un contrasentido que se le diera preponderancia a un derecho secundario, cuando un derecho primario frente al bien jurídico tutelado justifica su existencia.³⁸

³⁸ Tesis, III/2016, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. II, marzo de 2016, p. 1727.

Como podemos percibir en ambas jurisprudencias, lo que se pretende es respetar, proteger y reconocer el ejercicio de los derechos primarios de los menores de dieciocho años en aras de salvaguardar el interés superior de los mismos, a través de diversos órganos de impartición de justicia generando múltiples obligaciones a diferentes instituciones de bienestar social, públicas y privadas, a los tribunales, a las autoridades administrativas y a los órganos legislativos, para actuar en el contorno de sus competencias con la mayor diligencia, procurando en todo momento que el menor o adolescente reciba el mayor beneficio.

6.6 La satisfacción del derecho a la salud, como derecho primario y derecho humano que constituye una parte vital en la salvaguarda del interés superior del menor

Ahora corresponde abordar el tema de la salud como parte del elenco de derechos humanos a los que debe tener acceso todo menor de edad de conformidad con lo que instituye el párrafo noveno del artículo cuarto de la constitución mexicana en lo que respecta a los derechos de los menores; en virtud de que es exactamente en este precepto constitucional donde se regula el interés superior del menor.

Como acertadamente lo exponen las autoras Nuria González Martín y Sonia Rodríguez Jiménez, la salud implica el sano desarrollo del menor tanto física como psíquicamente, y en la segunda jurisprudencia se considera a la salud como un derecho primario en el interés superior del menor, que está por encima de cualquier otro derecho, de hecho, hace a alusión a la palabra insoslayable para referirse al bienestar que debe tener todo menor para su sano desarrollo, cognitivo, psicológico, y emocional, derechos que bajo cualquier circunstancia deben primar o prevalecer sobre los derechos meramente adjetivos o secundarios, como bien lo puntualiza la jurisprudencia en comento, los derechos secundarios son aquellos que el legislador reconoce en la norma jurídica para que aquellos niños que no puedan acceder a los derechos primarios. Es por ello por lo que los derechos primarios por la importancia que revisten, son de obligatoria observancia en todo proceso de adopción.

6.7 Robert Alexy “La fundamentalidad de los derechos adquiere su vitalidad en torno a las expectativas individuales que cada derecho posee para darles la máxima protección jurídica y garantizar su acceso expedito por parte de su titular”, como lo son los derechos de los menores en razón del interés superior que está expresamente instituido en el artículo cuarto párrafo noveno de la Constitución Federal

De acuerdo con el autor Robert Alexy la fundamentalidad de los derechos adquiere su grado de importancia en virtud de su preservación normativa, en razón de ello el poder constituyente evalúa la selección expectativas individuales, las establece como derechos fundamentales porque considera que para el funcionamiento jurídico que se desea implantar es necesario dar la máxima protección jurídica a determinadas pretensiones y expectativas que sean articuladas jurídicamente no sólo como bienes constitucionalmente protegibles, sino también como apoderamientos a los sujetos de tales expectativas, para que puedan hacer valer frente a todos esos ámbitos protegidos cuando menos su núcleo esencial, se garantiza así una potencial disponibilidad inmediata de los derechos fundamentales por su titular.³⁹

En este tenor de ideas asevero que la presencia del concepto de interés superior del menor y el elenco de derechos humanos que están inmersos en este concepto, obliga a todos los operadores jurídicos a una mayor diligencia y labor en el diseño de los parámetros máximos y mínimos, es decir, de lo que debe estar contemplado en el ámbito del interés superior del menor además de lo ya regulado en la norma suprema; pues es en virtud de estos parámetros máximos y mínimos en los que debe promoverse el arquetipo del interés superior del menor. Estos parámetros deben considerar como criterio rector el desarrollo integral del menor y el ejercicio pleno de los derechos del menor, para así poder consolidar normas jurídicas eficaces que protejan en lo posible al menor en todos los ámbitos jurídicos.

En esta tesitura citaré la siguiente jurisprudencia:

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. SU CONCEPTO. En términos de los artículos 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y 3 de la Convención Sobre los Derechos del Niño (ratificada por México y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25

³⁹ ROBERT ALEXY, *Derechos sociales y ponderación*, Editorial Fontamara, 2ª. Ed., México, 2013, p. 119-120.

de enero de 1991), los tribunales deben atender primordialmente al interés superior del niño, en todas las medidas que tomen concernientes a estos, Concepto Interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cuya competencia aceptó el Estado Mexicano el 16 de diciembre de 1998 al ratificar la Convención Interamericana de Derechos Humanos) de la siguiente manera: “la expresión interés superior del niño... implica que el desarrollo de este y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de estas en todos los órdenes relativos a la vida del niño”.⁴⁰

Respecto del análisis de la jurisprudencia anteriormente citada, considero que un primer esfuerzo es promover la autonomía de menores, proporcionarles los medios necesarios para incentivar su independencia y crecimiento.

Desde luego el interés superior del menor debe corresponder a un contexto puntual de una concreta realidad social, cultural, política y jurídica; pues recordemos que la definición de interés superior del menor no es un concepto estático, pues la realidad social podría dejar en estado de indefensión a los menores de edad si nos encapsulamos en una definición acotada, porque la diversidad de factores sociales que surgen día a día alteran de forma directa o indirecta la vida jurídica del menor. Es por este dinamismo tan acelerado que debemos procurar que las medidas tuitivas respondan verdaderamente al objetivo del interés superior del menor sin importar si los tiempos cambian, el desarrollo, el bienestar y la salud en todas sus aristas debe primar en la vida del menor adoptado.

Engarzando la idea anterior con la trascendencia del interés superior del menor podemos apreciar que un elemento importante en la conformación de este concepto, debe tener como referente la dignidad humana, debe mantenerse intacto este elemento, potenciar y salvaguardar en todo momento los cuidados especiales generados por su falta de madurez, experiencia y pericia en la autodeterminación de su vida.

A continuación, citaré la siguiente jurisprudencia para destacar determinados aspectos que tienen que ver con la importancia de que la opinión del menor de edad deba ser valorada y tomada en cuenta de acuerdo a su madurez cognitiva como

⁴⁰ Clave: la., Núm. : XLI/2007. Amparo directo en revisión 908/2006.18 de abril de 2007.

anteriormente lo había expuesto, recordando desde luego que la jurisprudencia mexicana ha sido congruente con estos aspectos.

MENORES DE EDAD. EL JUEZ ESTA OBLIGADO, AUN DE OFICIO, A ESCUCHARLOS EN CUALQUIER JUICIO DONDE TENGA QUE RESOLVERSE SOBRE LA PATRIA POTESTAD, GUARDA CUSTODIA, ASI COMO EL MINISTERIO PÚBLICO DE LA ADSCRIPCIÓN, TENIENDO EN CUENTA LA FACULTAD QUE TIENE DE VALERSE DE CUALQUIER MEDIO A FIN DE SALVAGUARDAR EL INTERÉS SUPERIOR DE AQUELLOS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ). De la interpretación conjunta y sistemática de los artículos 157 y 345 del código sustantivo civil para el Estado de Veracruz, 225 y 226 del ordenamiento procesal respectivo, debe entenderse que en todos aquellos juicios civiles donde tenga que resolverse sobre la patria potestad, guarda y custodia de menores de edad sin importar la acción intentada, el juzgador, aun de oficio, debe escucharlos a fin de evitar conductas de violencia familiar y normar correctamente su criterio sobre la situación que guardan con sus progenitores, así como al Ministerio Público de la adscripción ante el desacuerdo de los cónyuges sobre ese tenor, teniendo en consideración además la facultad de poder valerse de cualquier conocimiento de la verdad, como podría ser, a guisa de ejemplo, la investigación que se aporte por parte de trabajadores sociales, análisis psicológicos en relación no sólo con el menor, sino también con los padres, apoyándose para ello en instituciones como el SISTEMA NACIONAL PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LA FAMILIA (DIF) o los servicios de salud pública, sin importar que el artículo 157 del código civil sustantivo, sólo se refiera a los asuntos de divorcio, pues en este caso opera el principio jurídico, de que donde impera la misma razón debe aplicarse la misma disposición, todo con el fin de salvaguardar el interés superior de los menores.⁴¹

En este orden de ideas podemos vislumbrar que en todo proceso legal que afecte la esfera jurídica del menor, es necesario que se tome en cuenta su opinión, siempre que de ello dependa su bienestar y su sano desarrollo físico, psíquico, emocional, y mental. Y si los impartidores de justicia consideran que requieren de asistirse de psicólogos, en el ámbito profesional para apuntar a un criterio más fiable, deben recurrir en todo momento a la disciplina de la psicología para salvaguardar en todos los ámbitos el interés superior del menor.

⁴¹ Cfr., GONZÁLEZ MARTÍN, N., y RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, S., *El interés superior del menor en el marco de la adopción y tráfico internacional. Contexto Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de UNAM, México, 2011, p. 34.

6.8 La relevancia de que en todo juicio de orden familiar al que sea sometido un menor, no se le obligue a desahogar su opinión con una estructura formal o rígida como lo exige la ley con el resto de los demás sujetos a proceso, en atención al interés superior del mismo

Es oportuno mencionar que en todo juicio de controversia del orden familiar, la opinión del infante no debe ser desahogada con una estructura formal o rígida como lo exige la ley para el desahogo de las pruebas testimoniales con el resto de los demás sujetos a proceso, pues esto puede ocasionar perturbación en un menor. Con esto lo que se busca es tener la mayor garantía de que el interés superior del menor debe primar en todo momento, en cualquier litigio que ponga en riesgo su sano desarrollo y su bienestar integral. La siguiente jurisprudencia expone de manera más evidente los elementos que comprenden el análisis de este aspecto.

MENORES, TESTIMONIO DE LOS, EN LOS JUICIOS DE CONTROVERSIA DEL ORDEN FAMILIAR. SU RECEPCIÓN Y DESAHOGO NO ESTÁN SUJETOS A LAS FORMALIDADES QUE RIGEN LA PRUEBA TESTIMONIAL, POR QUE SE TRATA DE UN ELEMENTO DE CONVICCIÓN QUE DEBE SER APRECIADO LIBREMENTE PARA DECIDIR CON BASE EN EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. En los juicios de controversia del orden familiar en los que interviene un niño o una niña no es prudente someterlo a responder un interrogatorio de prueba testimonial con las formalidades escritas que dicha prueba requiere, pues precisamente por su corta edad, no está en condiciones de expresar sus conocimientos en relación con las cuestiones debatidas, atendiendo al principio contenido en el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño que establece que los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten; de manera que es necesario que su opinión sea escuchada libremente a fin de que el juzgador tenga bases para determinar si la convivencia del niño o niña con determinada persona puede lesionar su interés superior; de ahí que será el prudente arbitrio del director del proceso el que sirva de guía para establecer el mecanismo del interrogatorio y su contenido, para lograr que se cumpla cabalmente y de modo objetivo con la tutela especial del infante y el compromiso de dirimir la contienda relativa bajo el principio rector del interés superior del niño, pues las partes deben sujetar sus propios derechos procesales a la observancia de este alto principio, máxime que éste cobra mayor relevancia en el sentido de que no sería deseable someter al infante a una estructura formal o rígida de un interrogatorio que pudiera ocasionarle perturbación.⁴²

Derivado del análisis de la jurisprudencia citada del libro: “El interés superior del menor en el marco de la adopción y tráfico internacional” de la coautoría de Nuria González Martín, y Sonia Rodríguez Jiménez se puede apreciar, que aun cuando el

⁴² *Ibidem*, p. 34.

menor no tenga un juicio propio para someterlo a una estructura formal de interrogatorio, si tendrá el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afecten su esfera jurídica, opinión que será valorada por el juzgador, en aras de tener las bases suficientes para decidir si la convivencia de un niño o una niña con determinada persona lesiona o no su interés superior.

En este contexto el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, protege el interés superior del niño a través del derecho de todo menor a las medidas de protección que deben hacerse valer por parte de su familia, la sociedad y del Estado. Disposición que a continuación cito.

Artículo 19. *Derechos del niño.*

1. Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.⁴³

6.9 En virtud de lo que representa el interés superior del menor, en caso de suspensión de garantías en nuestro país un menor jamás debe ser receptor de estas decisiones tomadas por el Estado

Es menester poner de relieve que México como país contratante de la Convención Americana sobre Derechos Humanos cuyo tratado entró en vigor en nuestro país el 24 de marzo de 1981, debe observar que en caso de suspensión de garantías, lo menores de edad no deben entrar en esta decisión de Estado, pues se debe proteger en cualquier situación y con todos los medios posibles el interés superior del menor en virtud de lo que regula el artículo 27 de la convención anteriormente mencionada; artículo que a continuación cito.

Artículo 27, suspensión de garantías.

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitado a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

⁴³ Cfr., CARDENAS MIRANDA, Elva Leonor, *Instrumentos internacionales en relación con la familia y sus miembros*, Editorial Porrúa, México, 2011, p. 376.

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.⁴⁴

En torno a esta coyuntura del análisis de la Convención Americana de los Derechos Humanos respecto de la protección de los derechos del niño que se regulan en el presente instrumento internacional y de los cuales jamás se autorizará su suspensión por muy grave que sea el problema, “el Pacto de San José de Costa Rica” o Convención Americana sobre Derechos Humanos hace hincapié en que correlativo a la aplicación de los artículos anteriormente citados **deben primar también los principios del interés superior del menor**, los cuales a la perspectiva del Pacto de San José de Costa Rica son: **protección integral, justicia especializada, presunción de minoridad, principio de lesividad, confidencialidad y privacidad, y formación integral, y reinserción en la familia y la sociedad.**

Termina señalando que los menores de edad por su condición pueden y deben gozar de mayores y especiales garantías a las establecidas por los adultos, **pero en ningún caso suprimir las garantías ya establecidas por este instrumento internacional o debilitarlas.**

6.9.1 México y su postura frente a la protección de los derechos del niño en virtud de lo que reconoce el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

Por su parte México señaló en sus comunicaciones escritas y orales que los niños no deben ser considerados objetos de protección segregativa, sino sujetos de pleno derecho que deben recibir protección integral y gozar de todos los derechos que tienen las personas adultas, además de ser titulares de un catálogo de derechos específicos que se les reconoce por la particularidad de que los niños son seres vulnerables y se encuentran en pleno desarrollo. No sólo se deben proteger sus

⁴⁴ *Ibidem*, p. 378-379.

derechos, sino también es necesario adoptar medidas especiales de protección, como lo instituye el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Bajo este esquema México con la entrada en vigor de este instrumento internacional finaliza diciendo que:

... el niño es sujeto de derechos, incluso antes de su nacimiento, sin perjuicio de que la capacidad de ejercicio se adquiera hasta la mayoría de edad, es decir, “sea un menor trabajador, sea un menor estudiante, sea un menor discapacitado, sea un menor infractor, tiene el derecho a la tutela, por su condición especial de menor de edad”.

Con lo anteriormente expuesto podemos aseverar que en todas sus aristas los derechos de los niños, recobran una posición hegemónica tanto en la rama del derecho familiar, como en el derecho constitucional, civil, familiar, penal e internacional.⁴⁵

6.9.2 El interés superior del menor y el lugar primordial que guarda en torno a los procesos en el ámbito penal reconocidos por diversos instrumentos internacionales

En el aspecto penal con respecto a la situación jurídica de los menores de edad es preciso abordar aquello que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos manifestó en sus intervenciones escritas y orales, en torno a la opinión consultiva 17/2002 (*Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*); opinión que solicitó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 28 de agosto de 2002. Lo cual cito a continuación de la obra “El interés superior del menor en el marco de la adopción y tráfico internacional” de las autoras: Nuria González Martín y Sonia Rodríguez Jiménez.

... en la aplicación de medidas de privación de libertad de un niño, es preciso considerar dos principios: a) la privación de la libertad constituye la *última ratio* y por ello es necesario preferir medidas de otra naturaleza, sin recurrir al sistema judicial, siempre que ello resulte adecuado; b) es preciso considerar siempre el interés superior del menor lo cual implica reconocer que este es sujeto de derechos. [...]. Los artículos 8 y 25 de la Convención Americana en concordancia con

⁴⁵ Cfr., GONZÁLEZ MARTÍN, N., y RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, S., *El interés superior del menor en el marco de la adopción y tráfico internacional. Contexto Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de UNAM, México, 2011, p. 47-48.

el artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, recogen garantías que deben observarse en cualquier proceso en el que se determinen derechos de un niño.⁴⁶

En este sentido, y particularmente en relación con determinados procesos judiciales, la Observación General número 13 relativa al artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, en torno a la igualdad de derechos, instituye que todas las personas tienen derecho a ser oídas ante un tribunal plenamente competente y manifestar lo que a su derecho convenga; pero también es importante poner de relieve que en lo referente a los procesos penales donde estén involucrados los menores de edad debido al grado de afectación que puedan sufrir estos y atendiendo a la salvaguarda del interés superior del menor, se omitirá la publicidad de las sentencias de aquellos procesos penales en los que hubiesen participado estos.

Bajo este análisis es menester citar el artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas en lo que respecta a sus fracciones primera y cuarta.

Artículo 14.

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.⁴⁷

⁴⁶ *Idem*, p. 48.

⁴⁷ *Cfr.*, CARDENAS MIRANDA, Elva Leonor, *Instrumentos internacionales en relación con la familia y sus miembros*, Editorial Porrúa, México, 2011, p. 62-63.

6.10 Autoridades, organismos e instituciones que intervienen en la protección de los derechos del niño atendiendo al interés superior del menor en cumplimiento de sus obligaciones instituidas en la ley

En esta óptica jurídica detallaré otros aspectos que también concentran una importancia profunda respecto del interés superior del menor en un ámbito jurídico, sociológico, y psicológico.

En primer lugar, mencionaré la trascendencia que implica el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, pues es inexorable no abordar este numeral cuando implica la regulación de instituciones públicas o privadas de bienestar social, tribunales, autoridades administrativas y órganos legislativos de llevar a cabo la mayor responsabilidad y diligencia posibles para proteger el interés superior del menor.

Bajo esta perspectiva el artículo antes referido también regula, que los Estados miembros se comprometan a garantizar la protección y el cuidado necesarios para el bienestar integral del menor, empleando todas las medidas necesarias legislativas y administrativas adecuadas para lograr este objetivo. Sin embargo, per sé a todos los esfuerzos realizados en este rubro, aún no se ha cumplido con este objetivo en México.

En consonancia con ello los Estados miembros deben asegurar que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado y protección de los menores, den cumplimiento a las normas que se han creado por consenso de diversos Estados soberanos, pensando puntualmente en relativo a la seguridad, sanidad, número y competencia de personal que se encargara del cuidado de menores; así como supervisar que las instituciones encargadas de la seguridad y cuidado de los niños desempeñen de manera eficaz sus funciones. Desde luego esta última fracción del artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño tiene que ver exactamente con aquellas obligaciones en torno a la seguridad del propio menor, es por ello por lo que cuando un menor de edad se encuentra en estado de vulnerabilidad o es un menor expósito se debe exhortar en términos de esta convención a que sea auxiliado por una institución pública o privada de acuerdo con las circunstancias del caso.

En lo que concierne al tema de la salud se prevé que los menores desamparados deben ser asistidos por servicios médicos en el plano físico y

psicológico que les permitirá gozar de una salud integral, como lo manifiesta el principio II de la Declaración de los derechos del Niño de fecha 20 de noviembre de 1959; recordando que estos servicios deben ser proporcionados por personal plenamente capacitado y con el número de empleados necesarios para brindar un servicio eficaz, como lo es en el caso del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de Familia en México.

Bajo este análisis citaré el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño a efecto de poner de relieve la importancia que resalta para este instrumento internacional el interés superior del menor en materia de salud, en aras lograr una buena salud física, emocional, psíquica y mental en el menor; hilvanado desde luego este rubro de la salud con el cumplimiento de los objetivos que persigue el interés superior del menor.

Artículo 3.

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.
2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.
3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las medidas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.⁴⁸

En virtud de este esquema citaré también el principio II de la Declaración de los Derechos del Niño para ilustrar con mayor apreciación el análisis que realice en torno al interés superior del menor y su vínculo con las instituciones públicas y privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 135.

Principio II:

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, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a la que se atenderá será el interés superior del niño.⁴⁹

Por lo que hace a la igualdad de las personas ante la ley, aun siendo menores de edad, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos menciona en su artículo 24 que en virtud de la igualdad de la que se reconoce en ese instrumento internacional; todos deben gozar de la protección que la ley contempla sin discriminación alguna, así también lo reconoce el artículo 19 del mismo instrumento internacional referido.

Otro aspecto importante que debemos abordar es el de la familia, pues esta institución juega un papel importante en la evolución personal del niño y en la protección y respeto a sus derechos al momento de hacerlos valer en cualquier ámbito jurídico; de ahí la importancia que los instrumentos internacionales y las leyes de cada país protejan y apoyen la preservación de un núcleo familiar para el menor.

En este tenor de ideas, la atención que debe procurar y encumbrar el Estado con los menores debe estar robustecida por instituciones adecuadas las cuales definitivamente deberán estar asistidas por personal capaz, competente, además deben contar estas instituciones con instalaciones suficientes y optimas y tener una amplia experiencia en este ramo de actividades, para otorgarles una mejor protección al menor.

Por esta razón se le da un lugar privilegiado a los derechos de los niños, pues se ha considerado que la auténtica y plena protección de los menores radica en que ellos puedan gozar ampliamente de sus derechos económicos, sociales y culturales que les reconocen diversos instrumentos internacionales; instrumentos internacionales que abordaré a lo largo de este capítulo a efecto de comprender a plenitud la importancia del interés superior del menor en el contexto nacional e internacional. Es menester mencionar que los Estados contratantes de los tratados internacionales en materia de derechos humanos tienen la obligación de adecuar su derecho interno en aras de

⁴⁹ *Ibídem*, p. 26.

privilegiar la protección de los derechos humanos y evitar que como consecuencia de la actividad legislativa que se lleva a cabo en el derecho interno de cada Estado miembro se generen conflictos entre los mismos al momento de hacer valer cualquiera de ellos, garantizando por todos los medios posibles la protección de todos los derechos del niño en aras de salvaguardar el interés superior del mismo.

6.11 La trascendencia del interés superior del menor regulado en Convención Americana de Derechos Humanos.

En este corolario de los derechos del niño es menester mencionar que el interés superior del menor entraña una gran trascendencia en la defensa de todos los derechos en todos los ámbitos del estudio del derecho como pueden ser: penal, familiar, civil, constitucional, laboral e internacional y en todos los niveles de impartición de justicia.

Bajo esta tónica y por la importancia que representa el interés superior del menor es de necesaria referencia referir en la trascendencia que guarda en la Convención Americana de Derechos Humanos, pues es a través de este instrumento internacional donde se obliga a los Estados miembros a tomar todas las medidas necesarias que garanticen una eficaz protección de los derechos del niño, en contra de actos discriminatorios por parte de las autoridades y de la sociedad y de la violencia que se pueda presentar en su núcleo familiar, en este tenor de ideas los artículos 19 y 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento internacional regulan estos aspectos a fin de evitar arbitrariedades y vejaciones que sean cometidos en los Estados contratantes en contra de los derechos del menor.

No es de menor importancia abordar el tema del proceso penal y su relación en los menores, cuando de ello dependa su situación legal; en este contexto abordaré la importante trascendencia que involucra a jueces, a principios y a normas de debido proceso legal.

Comenzaré por mencionar el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos el cual esgrime que los Estados Partes tienen la obligación de respetar y reconocer los derechos y libertades de todo ciudadano pactados en este

instrumento internacional y a garantizar el libre acceso y pleno ejercicio de estos derechos y libertades, siempre que toda persona que los quiera hacer valer, este sujeta a la jurisdicción de un Estado que sea contratante de este instrumento internacional; en el que en todo caso el país contratante deberá reconocer estos derechos sin discriminación alguna.

En esta coyuntura todos los derechos y libertades inherentes a la persona, las garantías para ejercitar esos derechos y la impartición de justicia constituyen una tríada, adquiriendo relevancia cuando están íntimamente coordinados en un esquema más complejo que es conocido como derecho interno, el cual constituye una parte vital del sistema jurídico de cada Estado contratante.

Respecto del artículo 8 Convención Americana de Derechos Humanos puedo aseverar que en su contenido se contempla un elenco de garantías mínimas de corte procesal que se encuentran estrechamente hilvanadas en consonancia con lo que instituye el artículo 25 de la misma convención respecto de la protección judicial; por lo cual es menester mencionar que este precepto permite la posibilidad de interponer un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes para ampararse contra actos que violenten sus derechos fundamentales reconocidos en la propia Constitución mexicana, o en la presente convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones laborales o por las mismas autoridades; así lo manifiesta el artículo 25 del instrumento internacional referido.

En esta tónica podemos comprender que los objetivos regulados en los preceptos anteriormente abordados están directamente articulados con los objetivos que regula el artículo 19 de la convención en comento, respecto al derecho de todo niño a las medidas de protección que garanticen la salvaguarda del interés superior que por su condición de menor requiere, debiendo ser reconocidos y respetados estos derechos por parte de su familia, la sociedad y el Estado, aún más cuando se encuentre involucrado en un problema de carácter penal, procurando en todo momento la salvaguarda del interés superior.

Por otra parte, con los objetivos del artículo 40 de este mismo instrumento internacional, se robustecen los objetivos que persigue el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos en virtud de hacer respetar y hacer valer las

medidas de protección que por su condición de menor requieren por parte de su familia, y del Estado, los cuales en el contorno de su marco jurídico están obligados a aplicar en beneficio del interés superior del niño, normas que están plasmadas en la Constitución, y en este instrumento internacional, engarzando la primacía del interés superior del menor, en torno a los derechos y principios que se le deben reconocer en todo proceso judicial, donde estén en riesgo sus derechos y libertades, procurando que se observen estas directrices que son encomendadas para su plena observancia a la Comisión Americana de Derechos Humanos a través de su Secretaría General de Organización, valiéndose de todos los recursos necesarios que le sean asignados para el cumplimiento de estas importantes e imprescindibles tareas.

6.12 El interés superior del menor y su vínculo con la Convención Sobre los Derechos del Niño

Otro instrumento internacional de gran envergadura que por su gran relevancia en el tema del interés superior del menor se debe abordar, es la Convención Sobre los Derechos del Niño, tratado internacional que entró en vigor en México el 21 de octubre de 1990, y que por la relevancia que cobra en el tema de los derechos del menor es necesario analizar de manera particular los siguientes artículos: 2, 3, 6, 9, 12, 18, 20, 21, 37 y 40.

En virtud de lo que regula el **artículo 2** de Convención Sobre los Derechos del Niño, puedo aseverar que en este numeral se establecen los parámetros necesarios para generar en los Estados miembros los medios de garantía idóneos para obligar a estos Estados contratantes al reconocimiento, respeto y cumplimiento de los derechos acordados en este instrumento internacional a cada niño que tenga la nacionalidad de alguno de los estados miembros, en aras de salvaguardar el interés superior del menor.

Respecto del **artículo 3**, de la convención antes referida, puedo aseverar que su principal tópico para salvaguardar el interés superior del menor es garantizar que las instituciones públicas y privadas de asistencia social tengan una consideración preponderante en observar el interés superior del menor para procurar su sano desarrollo en todos los aspectos, asegurando en todo momento la protección y cuidado del menor a través de hacer cumplir los deberes que tienen los padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley para velar por su bienestar integral; con ese fin

los estados contratantes tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas para el logro de estos objetivos.

A este respecto es menester mencionar que los Estados contratantes deberán observar que las instituciones encargadas del cuidado de los niños cumplan con las normas jurídicas previstas en diversos ordenamientos jurídicos del derecho interno e instrumentos internacionales, normas jurídicas que deberán ser exigibles para el correcto funcionamiento de las instituciones destinadas al cuidado de los menores por las autoridades competentes de cada Estado contratante de la Convención Sobre los Derechos del Niño, especialmente aquellas que tienen que ver con los aspectos de seguridad, de sanidad, número y competencia de su personal, así como observar lo relativo a la existencia de una supervisión adecuada.

Por lo que se refiere al **artículo 6** de la Convención antes referida, se instituye que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida, en este tenor de ideas los Estados partes garantizaran en la mayor medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

En torno al **artículo 9** del instrumento internacional en comento, se aprecia una importante regulación respecto del deber de los Estados miembros de procurar que los menores de edad conserven los vínculos parentofiliales con sus progenitores, y de separar si así lo ameriten las circunstancias, a los menores de sus padres de conformidad con la ley y los procedimientos legales aplicables cuando estas medidas sean necesarias para cumplir con el interés superior del menor.

El Estado tiene además la obligación de brindar información básica sobre el paradero de algún familiar o de familiares ausentes, cuando ello se derive de la separación de uno o ambos padres con el menor, por causas de detención, encarcelamiento, exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento por cualquier causa, mientras la persona esté bajo la custodia del Estado); sólo será negada esta información cuando ello resulte nocivo para el bienestar del niño. En este sentido, también los Estados contratantes se aseguraran de que la información presentada, no implique per sé consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

Con relación al **artículo 12** es menester aseverar que los Estados contratantes tienen la obligación garantizar que en todo proceso judicial o administrativo en el que se vea involucrado un menor, el que se considere la opinión del menor edad, atendiendo a su grado de madurez; tomando en consideración las normas que regulan este procedimiento en consonancia con el derecho interno de cada Estado miembro.

En lo referente al **artículo 18** se vislumbra una latente preocupación de la Convención Sobre los Derechos del Niño de asegurar que los Estados miembros de este instrumento internacional velen por que ambos padres o el representante legal cumplan con la responsabilidad imperante de la crianza y el desarrollo del menor.

En lo que respecta a aquellos niños que son privados de su núcleo familiar porque así lo exija la salvaguarda del interés superior del menor, los Estados miembros tienen la responsabilidad y obligación de brindarles protección y asistencia con el propósito de que se cumpla con los cuidados propios de la institución jurídica de la adopción, a efecto de que estos menores que están en estado de desamparo, tengan la oportunidad de vivir una vida lo menos compleja posible para lograr el objetivo del interés superior del menor, que es su bienestar integral, lo cual implica su sano desarrollo físico, mental, psíquico y emocional. En este tenor de ideas al consolidar procedimientos legales propios de la adopción, los Estados contratantes darán garantía de la continuidad de su sano desarrollo y naturalmente de que el ambiente donde se desenvuelven los niños es propicio para vivir armónicamente.

En virtud de lo que dispone el **artículo 20** de la Convención Sobre los Derechos del Niño, es menester referir que considera como parte de la protección al interés superior del menor el que el derecho interno de cada Estado miembro le reconozca la protección y asistencia especial cuándo los niños temporal o permanentemente sean privados de su núcleo familiar, o cuando su interés superior exija que no estén en ese medio familiar.

Por lo que hace al **artículo 21** del presente instrumento internacional, se puede apreciar que regula lo relativo a la equivalencia de leyes en el proceso de adopción cuando se trata de llevar a cabo una adopción en el ámbito internacional. Velarán además porque la adopción de un menor en un país extranjero sea efectuado por autoridades competentes, en correspondencia con las leyes y procedimientos

aplicables, haciéndose llegar estas autoridades de datos e información fidedigna de los adoptantes para proteger el interés superior del menor; considerando que es necesario llevar a cabo la adopción en vista de que no es viable que el menor continúe una relación con sus padres, parientes o representantes legales y en el entendido de que las personas interesadas en adoptar hayan otorgado su consentimiento sobre la base del asesoramiento del que puedan ser asistidos.

La Convención sobre los Derechos del Niño es muy puntual en torno a las razones que deben existir para llevar una adopción en materia internacional, en el entendido de que debe prevalecer una garantía en el seguimiento que se le dará al menor en el exterior, como se instituye en el inciso b del artículo 21 de la Convención Sobre los Derechos del Niño; el cuál reconoce que la adopción de un menor en un país extranjero es considerado como otro medio de cuidar al niño, en el caso de que este no pueda ser colocado en un lugar de guarda, o entregado a una familia adoptiva, o no pueda ser atendido de forma adecuada en el país de origen.

De este mismo numeral se desprende en su inciso c que en toda adopción en materia internacional se debe garantizar la equivalencia de leyes del país que piensa dar en adopción al menor con respecto al país a donde se pretende recibirlo.

Otro aspecto de gran trascendencia que debe de estar debidamente garantizado y que debe ser observado por los Estados contratantes y por las autoridades que intervienen en todos los procesos de adopción internacional, es evitar que la colocación de un menor de edad en un país extranjero no dé lugar a beneficios lucrativos indebidos para quienes participan en ella.

La garantía en la concertación de estos acuerdos bilaterales o multilaterales van avalados por la aprobación del sistema jurídico de cada uno de los Estados contratantes que firmaron y ratificaron la Convención sobre los Derechos del Niño, los cuales en la medida de sus posibilidades se esforzarán dentro del marco de sus competencias, para garantizar que la colocación de un menor en otro país se efectúe por medio de autoridades y organismos competentes.

Con respecto al **artículo 37** de la convención en comento y respecto a la relación que este artículo guarda con el interés superior del menor, se puede vislumbrar

de manera puntual los lineamientos que regulan la conducta de los menores en el ámbito penal. En este tenor de ideas la convención en comento agrupa los mayores beneficios de los que debe gozar un menor frente a un proceso legal en materia penal, enfatizando que ningún menor será sometido a torturas, penas crueles, inhumanas o degradantes ni se le podrá imponer pena capital o prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación en delitos cometidos por menores de 18 años, entre los derechos que reconoce esta convención resaltan los siguientes: la detención o encarcelación de un menor será utilizada como un último recurso y por el periodo más breve que proceda; determinación que deberá ser aplicada en términos de lo que dispone la ley de la materia.

Aunado a lo anterior todo el que sea privado de su libertad será tratado atendiendo a las necesidades propias de su edad. En el caso de que algún menor sea privado de su libertad, tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia o visitas, salvo en circunstancias excepcionales.

Dentro del catálogo de derechos que reconoce este artículo respecto de la privación de la libertad, aún está el del acceso expedito a una asistencia jurídica y en el supuesto evento a que haya lugar una impugnación en torno a la legalidad de la privación de la libertad de un menor, se le deberá respetar el derecho a impugnar que claramente reconoce el presente instrumento internacional; el cual deberá ser resuelto por un tribunal competente, quien tendrá la obligación de emitir una inmediata decisión sobre dicha acción.

En virtud de este elenco de prioridades de corte jurídico reconocidos en la Convención Sobre los Derechos del Niño es de vital importancia resaltar, que en lo que corresponde a auspiciar el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de terceros, los Estados miembros tienen la labor de proteger, reconocer y cumplir en el contorno de sus competencias los medios de garantía respecto del tratamiento que debe proliferar en los menores de edad por parte de las autoridades que integran el poder judicial, el cual en caso de que un menor deba compurgar una pena, este una vez cumplido su castigo, pueda reintegrarse y lograr una conducta que abone a una labor constructiva dentro del tejido social.

Es menester subrayar que en lo relativo a la retroactividad es muy puntual lo que refiere la letra a, del inciso 2, **artículo 40** de la Convención en comento; pues es necesario enfatizar que en virtud de los actos en los que hubiese incurrido un menor con antelación y de las que haya sido acusado o se declare culpable, no procederá la aplicación de una ley ulterior donde exista una nueva sanción sobre estas conductas típicas.

Hilvanado a lo anteriormente expuesto, todo menor que haya cometido una conducta típica, deberá tener como garantías mínimas las siguientes:

- I) Se presumirá su inocencia hasta que no se demuestre lo contrario conforme a la ley.
- II) Se informara sin mayor dilación de los cargos que le sean atribuidos a algún menor, y cuando sea procedente a través de sus padres o representantes legales; dispondrán de asistencia jurídica para la preparación y presentación de su defensa.
- III) Toda conducta típica efectuada por un menor, será dirimida por un órgano judicial competente y en una audiencia equitativa conforme a la ley.
- IV) En relación con las pruebas testimoniales que debe ofrecer un menor de edad durante un proceso penal, es menester mencionar que el presente instrumento internacional es muy puntual en esgrimir que todo menor de edad que se encuentre sujeto a proceso tendrá el derecho de interrogar a los testigos de cargo y a ofrecer en su defensa la intervención de testigos de descargo, en aras de robustecer con mayor fuerza sus pretensiones.
- V) Si durante el proceso penal el idioma pronunciado no fuera hablado o comprendido por el menor de edad sujeto a proceso, este tendrá derecho a asistirse de un intérprete sin costo alguno.
- VI) Como parte de este abanico de derechos, todo menor sujeto a proceso gozará de la secrecía necesaria por parte de los órganos judiciales, a fin de que su juicio se desarrolle en el contorno de la norma jurídica y de forma imparcial, respetando en todo momento su vida personal e íntima a lo largo del procedimiento.
- VII) Bajo esta coyuntura es oportuno abordar que con respecto a las medidas que deben adoptar los Estados contratantes para promover el establecimiento de

leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicas para niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales, se encuentran:

- a) El establecimiento de una edad mínima, antes de la cual se presumirá que un menor no tiene la capacidad para infringir las leyes penales.
- b) Las medidas anteriormente citadas serán adoptadas por los Estados contratantes a efecto de respetar plenamente los derechos humanos de los menores de edad y sus garantías legales.

Con respecto a las medidas que garanticen la salvaguarda del interés superior del menor que deben adoptar los Estados contratantes en todo proceso penal al que este sujeto un menor de edad destacan por su grado de importancia las siguientes: el cuidado, las ordenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, agotando todas las posibilidades alternas, para evitar la internación en instituciones reformativas, en aras de que el niño sea tratado de manera adecuada a su bienestar.

Por ello me parece oportuno mencionar que en caso de que un menor deba ser juzgado, los órganos judiciales deben garantizar que se guarde proporción en correspondencia a las circunstancias que guarda todo menor procesado frente a las infracciones a las que se ha hecho acreedor.

Pues bien todo este escrupuloso análisis de la Convención Sobre los Derechos del Niño encuentra su razón de ser en torno a que en todo lo relativo a los menores de edad siempre estará latente el interés superior del menor, procurando siempre su sano desarrollo, físico, mental, psíquico y emocional. Y en este sentido en todos los asuntos legales en los que esté involucrado un menor de edad siempre se le dará prioridad a sus derechos en virtud de lo que advierte el interés superior del menor.

CAPÍTULO 7. LA ADOPCIÓN DE MENORES EN LOS MATRIMONIOS ENTRE HOMOSEXUALES TRANSGREDE EL ARTÍCULO CUARTO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

7.1 Análisis del derecho a la salud desde la perspectiva constitucional y la Ley General de Niñas, Niños y Adolescentes vigente en el Distrito Federal

En este último capítulo trataré a fondo el aspecto constitutivo de una evidente transgresión a los derechos de los menores por lo que se refiere a su esfera jurídica en el ámbito nacional y también en el panorama internacional.

Bajo este orden de ideas, empezaré por desentrañar los aspectos más relevantes respecto del derecho a la salud como derecho humano de segunda generación, desde una óptica del interés superior del menor.

Con respecto al contenido del derecho a la protección de la salud, es conveniente poner de relieve que este derecho humano de segunda generación está regulado en el párrafo cuarto del artículo cuarto de nuestra Carta Magna el cual reza lo siguiente:

... toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.

Facultades que corresponden al Congreso de la Unión, respecto de las leyes que se dicten en materia de Salubridad General de la República.

El doctor Armando Hernández Cruz, define en su obra “Los derechos económicos, sociales y culturales y su justiciabilidad en el derecho mexicano”, que salud “es la ausencia de enfermedades e implica una situación física y mental sana”.

Bajo esta coyuntura el mismo autor manifiesta que ha sido preocupación de los gobiernos de la república elevar los niveles de salud del pueblo mexicano; sin embargo, por situaciones de orden geográfico, administrativo y fundamentalmente económico, no se ha logrado que la protección de la salud sea otorgada por igual a todos habitantes

del país, en la Carta de los Derechos del Hombre consta como primordial para el desarrollo de la humanidad el derecho que todo individuo tiene a la salud.

Y enfatiza que fue hasta 1982, que se reforma y adiciona la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y se hace mención de que toda persona tiene derecho a la protección de la salud creándose la obligación por parte del Estado de prestar los servicios necesarios para cumplir con dicha disposición.

En este tenor de ideas el doctor Armando Hernández Cruz refiere que la manifestación política y social del Estado Mexicano, de elevar a rango máximo de todos los mexicanos a que la salud sea protegida, se suma al amplio catálogo de derechos humanos de necesaria presencia para vivir de manera armónica como seres humanos que somos dentro de una sociedad. Quizás debería ser colocado en una tabla de prioridades en primer lugar junto con el derecho al trabajo, a la educación y la vivienda.⁵⁰

Como es de evidente apreciación, la cuestión de la salud en todas sus aristas denota una importancia vital en el catálogo de derechos humanos en nuestro país. De ello se desprende que si el interés superior del menor está por encima de cualquier pretensión, la salud física, mental, emocional y psíquica de un menor de edad debe prevalecer de cualquier forma y frente a cualquier situación en la célula más importante de la sociedad que es la familia, por ello debe ser protegido y respetado el derecho a la salud del que gozan los menores de edad, en todos sus ámbitos jurídicos.

A guisa de ejemplo es menester resaltar que el derecho a la salud de los menores de edad también está reconocido en la actual Ley General de Niñas, Niños y Adolescentes en su artículo 13 fracción IX, poniendo de relieve que los derechos que contempla este numeral son enunciativos mas no limitativos, es decir, que los menores gozan de un amplio espectro de derechos que garantizan en todos sus sentidos el cumplimiento del interés superior del menor. En esta tesitura el artículo 43 de la misma ley refiere que todo menor de edad tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y sustentable, y en condiciones que le permitan tener un bienestar integral en el cual pueda permear un desarrollo físico como mental, material, espiritual, ético, cultural y

⁵⁰ HERNÁNDEZ CRUZ, Armando, *Los derechos económicos, sociales y culturales y su justicibilidad en el derecho mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2010, p. 55-56.

social, acordes desde luego a las expectativas que pretende lograr el interés superior del menor.

En óptica el doctor Armando Hernández Cruz asevera que la garantía consagrada en el párrafo tercero artículo cuarto de la Constitución Federal instituye el derecho de todo ser humano a la protección de la salud y por tanto, esa garantía debe reflejar un auténtico mecanismo de protección eficaz en el tema de la salud, el cual se debe percibir con el goce de un adecuado sistema de prestación de servicios médicos.

Por ello el mismo autor manifiesta que en la doctrina se considera que la normativización del derecho a la salud es el principal medio de garantía ya que para llevar a cabo la normativización de este derecho, se requiere la emisión de una norma o ley secundaria para lograr la eficacia de esta prerrogativa. En este tenor de ideas considero que este importante medio de garantía permite el cumplimiento de una obligación atribuible al Estado mexicano, además de ser la normativización uno de los medios de garantía más importantes en lo que se refiere a derechos económicos, sociales y culturales.⁵¹

En esta lluvia de ideas podemos delinear el contorno y los alcances de los derechos del menor instituidos en el párrafo noveno, décimo y undécimo del artículo cuarto de nuestra constitución; por ello citaré los párrafos antes mencionados a efecto de comprender lo referido:

Artículo 4, párrafo noveno:

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

Párrafo décimo:

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

Párrafo undécimo:

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

⁵¹ *Ibíd*em, p. 58.

En este esquema podemos apreciar que los menores de edad tienen protegida en el aspecto constitucional su esfera jurídica, a efecto de que le sean satisfechas sus necesidades más urgentes como es la alimentación, la atención médica y en su caso la hospitalaria y el vestido; bajo esta tónica el derecho a la salud constituye un derecho humano de segunda generación.

Recordemos que dentro del elenco de derechos humanos de segunda generación está el derecho a la salud como un derecho de tipo social; cuya trascendencia para el sistema jurídico mexicano radica en que frente al Estado este derecho forma parte de los derechos de acción, el cual el mismo Estado deberá garantizar su eficacia a través de su cumplimiento. Por ello los llamados derechos individuales a diferencia de los derechos de acción, al integrarse a las normas jurídicas se vuelven derechos subjetivos públicos, los cuales implican para el Estado una obligación omisiva (de no hacer); cuya diferencia respecto de los derechos sociales que son derechos de acción, estriba en que los derechos sociales garantizan su eficacia a través de determinar y establecer políticas, bases y directrices para hacer posible la eficacia de este derecho y el goce de una mejor calidad de vida, como lo es el derecho a la salud. Esto cobra mucha importancia porque a través de estas políticas, bases y directrices pueden acceder a este derecho con mayor facilidad los menores de edad y ejercerlo con mayor eficacia.

Es menester mencionar que estos derechos fueron plasmados desde hace seis décadas por diversos documentos declarativos del ámbito internacional entre los que destacan la “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”, aprobada el 2 de Mayo de 1948 y la “Declaración Universal de los Derechos Humanos” proclamada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea las Naciones Unidas, esto por lo que se refiere al panorama internacional. En el ámbito nacional estos derechos sociales como lo es el derecho a la salud, fueron reconocidos por primera vez en la Constitución mexicana del año de 1917; bajo esta coyuntura esta segunda generación de derechos humanos hace pasar en el contexto político de México como Estado nación de una democracia formal a una democracia material, es decir, este fenómeno produce el tránsito de un Estado de derecho a un Estado Social de Derecho.

Bajo esta tesitura y por su propia naturaleza el derecho a la salud como derecho social requiere mayor destino de recursos económicos por parte del Estado, por ello es

un derecho que implica por su propia naturaleza una relevancia mayor en la vida jurídica de nuestro país, tanto en el ámbito nacional como internacional. Pues recordemos que estos derechos con premisas de justicia social constituyeron la brecha que inspiró a incorporar los derechos de corte social en diversas constituciones como fue el caso de la Constitución Soviética de 1923.

En suma estos derechos de segunda generación o posteriormente llamados derechos económicos, sociales y culturales constituyen un abanico de expectativas que entre sus objetivos se contempla el que el Estado adopte diversos medios de garantía y directrices a fin de que la sociedad acceda al ejercicio pleno de estos derechos, cumpliendo con la satisfacción de demandas en el ámbito económico, social y cultural.

7.2 Derecho de la niñez

En consonancia con lo anterior es menester mencionar que el artículo 16 del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, instituye lo siguiente:

Artículo 16.

Derecho de la Niñez:

Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo.⁵²

En este artículo se puede apreciar claramente que todo menor de edad tiene derecho a que su familia, la sociedad y el Estado le brinden todas las medidas de protección a fin proteger su interés superior, pues recordemos como lo he mencionado en capítulos anteriores de esta tesis, que el interés superior del menor debe primar en todo momento y bajo cualquier circunstancia.

⁵² Con información obtenida en línea: "Departamento de Derecho Internacional de la OEA en español" [fecha de consulta: 28 de diciembre de 2016]. Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados>.

Con respecto al tema del interés superior del menor, el doctor Armando Hernández Cruz asevera que referente al rubro: “Los derechos del menor y de la familia” alude a la protección del menor de edad respecto de su integridad física como psicológica, en este sentido se ha tornado también una preocupación latente en los tiempos modernos; no sólo a nivel internacional sino en forma especial en nuestro país, aun cuando contamos con mayor información sobre estos temas.

Él aclara que los beneficios y medios de garantía de estos derechos deben extenderse no sólo a las niñas o niños que son los primeros titulares de este derecho, sino también debe de considerarse dentro de este parámetro a los menores de edad que son adolescentes, incluyendo a aquellos individuos que están el rango de los 12 a los 18 años de edad.

Derivado de lo anterior el mismo autor manifiesta que el Estado debe asumir determinadas obligaciones correlativas a este derecho como: el establecer un sistema de protección a la organización y desarrollo integral de la familia. Pese a ello el doctor Armando Hernández Cruz hace énfasis en que aun cuando en el décimo párrafo del artículo cuarto de la Constitución Federal se señala como obligación a cargo de los ascendientes, tutores y custodios el preservar y el exigir el cumplimiento de estos derechos y principios, debería ser el propio Estado quien debería supervisar y exigir el cumplimiento y goce de los derechos del menor referidos en la propia Constitución mexicana, cuyo alcance como lo menciona el propio autor consiste en la satisfacción de necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para el desarrollo integral de las niñas y los niños.

Dentro de los medios de garantía de un derecho social el autor manifiesta que es necesario considerar como medios de garantías sociales el llevar acabo cambios o ajustes en la sociedad para lograr el cumplimiento de este derecho. Además, debe tenerse en cuenta que los padres o tutores responsables del menor colaboren con la preservación de la salud de los niños, ya que por su edad no pueden ejercer este derecho por sí mismos.

Por último, como parte del análisis que el doctor Armando Hernández Cruz realiza en este apartado respecto al rubro “Los derechos del menor y de la familia”, clasifica a este derecho como un derecho de corte social, que protege a los menores

edad (menores de 18 años) como un grupo socialmente vulnerable, frente a los mayores de edad o adultos, que es el grupo social que puede transgredir sus derechos.⁵³

Por otra parte, en un estudio de derecho internacional que realizó la investigadora Nuria González Martín adscrita al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, cuyo documento de trabajo se titula: “Un acercamiento a las nuevas estructuras familiares: la adopción homoparental”, enfatiza que corresponde determinar una valoración competente respecto de aquellos menores que sean adoptados y por tanto cuidados y educados por matrimonios homosexuales, más que al legislador, a los operarios que estudian la materia a fondo, ella hace hincapié en que las pautas para poder aceptar o no estas adopciones las deben determinar las investigaciones científicas de psicólogos, psiquiatras y psicopediatras, que irán de la mano de amplias consideraciones éticas y morales.

7.3 La trascendencia en regular la diferencia de edad entre el adoptante y el adoptado en la legislación mexicana, como elemento a considerar en el proceso de adopción y el tener presente que el propio Código Civil Federal y el vigente en el Distrito Federal considera como hijos consanguíneos a aquellos menores de edad que son acogidos y protegidos mediante este acto jurídico para ingresar a una nueva familia con padres adoptivos.

Bajo este contexto la investigadora Nuria González Martín menciona que en las relaciones de parejas heterosexuales cada consorte aporta algo distinto al menor, respecto de su educación y bienestar. Pese a ello la doctora Nuria González Martín puntualiza que existe un aspecto muy importante a considerarse y es que entre los requisitos solicitados en los diferentes Códigos Civiles existe un aspecto de gran relevancia, el cual se manifiesta cuando se lleva a cabo el proceso de adopción, en virtud de que al realizar este acto jurídico se tenga el debido cuidado de que medie “x” número de años entre la edad del adoptante y la edad del adoptado como una exigencia imprescindible y fundamental.

⁵³ Cfr., HERNÁNDEZ CRUZ, Armando, *Los derechos económicos, sociales y culturales y su justiciabilidad en el derecho mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2010, p. 69-70.

Es menester mencionar que se exige este requisito toda vez que se considera que la diferencia de edad garantizaría en primer lugar que la persona que pretendiera adoptar tuviera la madurez suficiente para cuidar del adoptado y pudiera con ello formar una nueva familia en donde cada uno jugara papeles particulares propios de la figura que le corresponde desempeñar dentro de un núcleo familiar, como se da en otras familias a manera de convivir de forma armónica dentro de una sociedad. Y por otra parte garantizar que no haya lugar a contraer nupcias entre el adoptante y el adoptado, en virtud de ello el artículo 397 del Código Civil vigente para el Distrito Federal dispone en su fracción II que el adoptante debe tener más de veinticinco años cumplidos al momento de que el juez emita la resolución que otorgue la adopción y que tenga además diecisiete años más que el adoptado, por otra parte, la fracción III del mismo numeral menciona que el adoptante debe acreditar medios suficientes para proveer la subsistencia y educación del menor, **como hijo propio**; cómo podemos apreciar en esta fracción III del mismo artículo 397 menciona la palabra “**hijo**” equiparándola a tal grado de ser concebido un menor adoptado como un descendiente consanguíneo de padre biológico.

El Código Civil Federal vigente instituye en su artículo 390 exactamente lo mismo que el artículo 397 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, puntualizando que el adoptante debe tener veinticinco años, y que el adoptado sea menor por 17 años con respecto a la edad del adoptante, además en la fracción primera de este numeral se manifiesta que el adoptante debe contar con 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; en el mismo artículo 390 del Código Civil Federal vigente fracción segunda se instituye que siempre se debe atender al interés superior de la persona que se adopte y en la fracción tercera del mismo artículo menciona que el adoptante debe ser una persona apta y adecuada para poder estar en posibilidad de llevar a cabo la adopción.

De este artículo en particular se puede apreciar que en principio se le da la categoría de hijo consanguíneo a aquella persona menor de edad que no tiene ningún vínculo de esta naturaleza con otra que pretende adoptar, tan así es que se menciona en el texto del propio artículo 390 del Código Civil Federal: deberá tener los medios bastantes para proveer el cuidado de la persona que trata de adoptarse, la cual deberá

considerarse como hijo propio, es muy escueto este enunciado; pero también es muy claro, pues hace énfasis en la frase **“hijo propio”** con la intención de que sean evidenciados los alcances que esta frase denota.

Inmediatamente después en la fracción II de mismo artículo, se expresa que siempre se debe atender al interés superior del menor que se va a adoptar, y por último en la fracción última de ese mismo artículo referido, alude a que aquella persona que pretenda adoptar, debe estar apta y adecuada para llevar a cabo este acto jurídico; desafortunadamente las palabras apta y adecuada en esta situación adolecen de vaguedad, pues aún no se han delimitado que implica el ser considerado persona apta y adecuada y bajo qué características no es permissible ser catalogado como persona apta y adecuada.

Es importante recordar que hoy en día en México las adopciones son plenas esto implica que un menor adoptado adquiere los mismos derechos que un hijo consanguíneo y así lo refiere en el mismo sentido el artículo 390 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, al instituir que la adopción es un acto jurídico que constituye de manera irrevocable una relación de filiación entre adoptante y adoptado.

De lo que se desprende que una relación paterno-filial derivada de la adopción se pueda equiparar a un parentesco consanguíneo como lo instituyen ambos códigos civiles, siempre que en el contexto natural sea posible un vínculo biológico entre ascendientes y descendientes de nuestra propia especie humana, de lo contrario esto no tendría razón de ser; pues sería irracional crear figuras incompatibles con la condición natural del ser humano que contravengan la propia anatomía humana, además de ello sería absolutamente ilógico.

Por ello en tanto prevalezca en el contexto natural una relación paterno-filial real, la norma jurídica equipará la relación que surja del adoptante y el adoptado a un parentesco consanguíneo.

Este aspecto de procrear naturalmente a un hijo consanguíneo, constituye la base de los modernos métodos de reproducción, pues esto parte del deseo de ser padres, como sucede en la procreación de un nuevo ser humano a través de la fecundación de un óvulo y un espermatozoide, independientemente de la forma de

reproducción legalmente permitida, por ello naturalmente se requiere de estos factores para la procreación humana; lo cual significa que aun cuando exista la ausencia de alguno de los progenitores se puede llevar a cabo la reproducción humana, pero esto no es equiparable a decir que es idóneo y además normal que un menor de edad tenga dos progenitores del mismo sexo, sean estos hombres o sean mujeres; pues esto no es en lo mínimo nada natural, en virtud de que no es parte de la naturaleza de origen del menor de edad que le permitió darle vida, pues como bien sabemos para engendrar un nuevo ser humano se requiere de la presencia necesaria de un óvulo y de un espermatozoide para concebir una nueva vida humana.

Es por ello que, naturalmente un menor de edad tampoco está preparado para asimilar el convivir con dos personas del mismo sexo y de los cuales legalmente pueden ser considerados como consortes para convivir maritalmente y compartir con un menor adoptado un mismo núcleo familiar.

7.4 La anatomía de un menor de edad y el rol que le corresponde desempeñar en el contexto natural que lo rodea y del cual debe el derecho marcar un equilibrio claro para una sana convivencia con todas las formas de pensar que están inmersas en la sociedad.

Desde luego no es idóneo que un menor de edad sea adoptado por un matrimonio homosexual, en virtud de que no es parte de su naturaleza de origen y por otra parte porque su pueril madurez mental no comprende la configuración de esa forma de familia como parte de su normal y natural medio, además de que su anatomía humana no le permite ejercer determinadas conductas propias de una persona homosexual; si estas características no están presentes en su condición natural de ser humano, tampoco deben ser impuestas por otras personas para satisfacer los deseos de determinadas preferencias sexuales.

Bajo esta tónica y en el entendido de que es necesario para la procreación humana la fecundación irremplazable de un espermatozoide con un óvulo, es menester mencionar que se puede gestar vida a un nuevo ser humano a través de la fusión del gameto masculino con la fusión del gameto femenino para dar lugar a un embrión y posteriormente a un feto, que es la etapa previa al nacimiento de un nuevo ser humano; esto no implica que no existan más formas de reproducción humana, pero aun

cuando se lleve a cabo la reproducción por otro método moderno como la fecundación in vitro o la inseminación artificial, son necesarios estos dos tipos de gametos el masculino y el femenino para dar lugar a un cigoto y así dar vida a un nuevo ser humano.

Por ello en este tenor de ideas pienso que la naturaleza obliga a la forma de vida que prevalece en este planeta a la existencia de estas dos formas de células para dar origen a una nueva vida humana.

7.5 La adopción desde una óptica psicológica y el resultado del estudio psicológico, “ADOPCIÓN: DESEO Y CRIANZA”, realizado por la UNAM, en conjunto con la Universidad Iberoamericana, y la Asociación Mexicana de Psicoanálisis respecto a la adopción entre matrimonios del mismo sexo.

Ahora bien, con lo anteriormente expuesto y desde una óptica psicológica puedo aseverar que se trastoca el artículo cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; toda vez que como acertadamente lo refiere el estudio titulado: “ADOPCIÓN: DESEO Y CRIANZA”, realizado por los psicólogos: Brenda García Hernández y Santiago José Ortega Serrano de la UNAM, en conjunto con la Universidad Iberoamericana, y la Asociación Mexicana de Psicoanálisis, el resultado que se determinó respecto del análisis de los distintos estilos de parentalidad adoptiva, fue que con respecto a la adopción entre parejas del mismo sexo se arroja un impacto negativo en perjuicio de la salud de los menores, toda vez que en el estudio se refleja que a los menores se les debe brindar atención especial por su propia condición natural de vulnerabilidad y debe de surgir en los adoptantes el deseo de ser padres, de criar a un menor como hijo propio, lo cual como resultado del estudio que llevaron a cabo estos investigadores, el deseo de ser padres por parte de los adoptantes constituye uno de los elementos más importantes en todo proceso de adopción de menores, pues ello garantizaría ofrecer afecto, cuidados y protección a los menores en aras de brindarles un medio adecuado a sus necesidades y a sus expectativas.

En este orden de ideas el estudio en comento asevera que todo hijo debe surgir del deseo de ser padres ya sea por la vía biológica o por la vía adoptiva; en esta tesitura ellos consideran que la adopción debe ser considerada como una figura jurídica que tiene por objeto proveer a un niño que se ha visto privado de un núcleo familiar, de

las condiciones sociales, afectivas, educativas, y económicas de la mejor forma posible asemejando a las esperadas en una comunidad con vínculos de parentesco natural. Por ello es por lo que en la presente investigación, la adopción implica “aceptar como hijo a un menor que no lo es por la vía biológica, formando una familia nueva o ampliándola, con todos los derechos y obligaciones legales mismas que tiene una familia biológica. No obstante, es importante mencionar que la definición se termina de completar cuando no sólo se marca una dirección en la relación, es decir, toda relación de acuerdo a este estudio implica los dos términos, que en este caso es la parentalidad y la filiación; lo cual trae aparejado que no sólo los padres acepten como hijo al menor adoptado, sino también que el hijo adoptado acepte como padres a los adoptantes. Derivado de ello es importante tener presente que las razones de los adoptantes deben ser lo suficientemente importantes y no por el sólo hecho de sentirse acompañados por otra persona, como generalmente sucede en los casos en los que la pareja vive sola en el hogar, o también por el hecho de seguir manteniendo una relación sentimental con el otro miembro de la pareja, todo ello en aras de lograr una mayor cohesión en la nueva familia.

En correspondencia con ello es importante mencionar que el eje afectivo y el eje emocional, son los ejes necesarios que vinculan al padre y al hijo desde una perspectiva totalmente psicológica. En este tenor de ideas como lo refiere el propio estudio, es importante que los menores adoptados tengan proximidad con las figuras masculinas y femeninas durante su normal desarrollo, pues esto permite que se logren identificaciones emocionales, entre el padre, la madre y el mismo como hijo de ambos.

De ello se deriva la concepción de gestar una diada en un primer momento con la madre, toda vez que es un vínculo necesario para el sano equilibrio emocional y afectivo del menor y en un momento ulterior una triada en donde ya interactúan la madre, el padre y desde luego el menor adoptado; todo ello se es relevante en virtud de lo que refiere el estudio en comento, esto permite que se establezca la base sobre la que se desarrollará la salud mental futura del niño, por otra parte, es menester mencionar que es atribuible a la función materna y paterna la relevancia de que ambos personajes contribuyan al desarrollo psíquico del menor a lo largo de su proceso de vida.

7.5.1 La adopción de menores el reclamo de un derecho por parte de los matrimonios del mismo sexo, de acuerdo con los resultados obtenidos en la investigación psicológica: “ADOPCIÓN: DESEO Y CRIANZA”.

En esta investigación se puntualiza que las parejas homosexuales al pretender adoptar, ven en el proceso de adopción de un menor de edad el reclamo de un derecho, derecho que desde luego tienen los matrimonios heterosexuales y el cual también quieren ejercer como matrimonio homosexual, pues para las uniones homosexuales el reconocimiento de este derecho en la norma jurídica representa una igualdad de derechos frente a los matrimonios heterosexuales los cuales si pueden ejercer el derecho a adoptar. **En este sentido las parejas homosexuales pretenden contraer un matrimonio legal no por el hecho de que se les reconozca legalmente su matrimonio, ni por el verdadero deseo de ser padres, sino por el deseo de reclamar un derecho que si tienen los matrimonios heterosexuales como es el derecho a adoptar; en este sentido la parejas homosexuales no están motivadas por el auténtico deseo de ser padres y brindarle al menor adoptado una vida de excelente calidad.**

Es por ello por lo que el estudio en comento califica en estos términos a la adopción entre matrimonios homosexuales, lo considera como un acto de tipo político, más allá de tener el deseo de lograr una parentalidad y crear una nueva familia, en donde se le proporcione al menor de edad lo necesario para su sano desarrollo, para gozar de un ambiente afectivo y disfrutar de un estado emocional saludable; a esto los psicólogos lo llaman motivaciones latentes de la adopción y hacen énfasis en que deben prevalecer estas motivaciones para construir una simbiosis necesaria entre los padres y el hijo y por ende para tener una mejor comunicación entre ellos, **además es menester mencionar que en este estudio se asevera que el deseo de ser padres está presente en cualquier tipo de parentalidad ya sea en la biológica o en la adoptiva.**⁵⁴

Correlativo a ello, es necesario mencionar que en este importante proceso de adopción se gesta un paralelismo trascendental y crucial entre la espera de la entrega del niño con la espera natural del embarazo, esto permite crear un escenario

⁵⁴ GARCIA HERNANDEZ, B., y ORTEGA SERRANO S.J., *Adopción: Deseo y crianza, análisis de los distintos tipos de parentalidad adoptiva*. UNAM, UNIVERSIDAD IBEROAMERICANA, ASOCIACIÓN MEXICANA DE PSICOANÁLISIS. MÉXICO, 2010, p. 7-24.

psicológico adecuado para recibir al menor adoptado, en virtud de que crea un nido psicológico idóneo para el desarrollo del menor evitando con ello sentimientos ambivalentes originados en los niños, como pueden ser: tristeza, miedo e incredulidad, esto permitirá tener un encuentro entre padres e hijos adoptados con mayor naturalidad y flexibilidad.

Cabe resaltar que en todo proceso de adopción, los menores adoptados enfrentan un proceso de adaptación drástico y complejo en su estilo de vida, pues lo difícil estriba en la necesidad del menor de consolidar su identidad integrando las dos figuras paternas tanto la adoptiva como la biológica, bajo esta disyuntiva los menores adoptados tienen que lidiar con este difícil obstáculo inicial, el cual se traduce en un rechazo de parte de los padres biológicos para poderlos criar; de manera tal que resulta importante y necesario que las personas que pretenden adoptar se sensibilicen ante las carencias emocionales que sufrió el niño por tal rechazo.⁵⁵

En torno a este estudio es importante subrayar que los menores adoptados a diferencia de los niños que pertenecen a familias biológicas, presentan un riesgo inminente de tener **manifestaciones psicopatológicas**, por ello requieren de mayor cuidado y un medio propicio y adecuado para tener un sano desarrollo emocional y tener un bienestar integral.

En este tenor de ideas no es de menor importancia mencionar que en el presente estudio se parafrasea a la psicóloga Ana Molto por la relevancia que implica afirmar que un hijo no es adoptado sino hasta que no es introducido en la tradición de la familia, esto se puede traducir en que en toda adopción está latente una influencia directa en la conducta, personalidad, hábitos y estilo de vida del menor con respecto al estilo de vida de los adoptantes, en razón al modelo de vida y la tendencia a determinados hábitos y costumbres que se practiquen en el medio donde esté viva.⁵⁶

En particular la presente investigación enmarca la intensión de crear vínculos afectivos y de comunicación entre el hijo adoptivo y los adoptantes, auspiciando la importancia de la función de la figura materna al momento de que esta se pueda moldear en una forma constitutiva en los objetos internos y afectos fundantes en la vida

⁵⁵ *Ibíd*em, p. 15.

⁵⁶ *Ibíd*em, p. 18.

de todo ser humano, poniéndose de relieve en la trascendencia de los procesos emocionales y racionales de su vida adulta; por esa razón esto permite que se dé una individualización del niño de forma muy notoria, el cual proporcionará las herramientas emocionales que promuevan su constitución como sujeto.

Me parece que esto cobra importancia en el sentido en que dicho suceso permite generar una identidad e independencia propia y necesaria en el desarrollo de todo menor ya sea este hijo biológico o adoptado. Esto da la pauta a permitir darle al menor una estabilidad psíquica bien fraguada, esto se puede traducir en procurar una salud mental excelente para el menor, además de brindarles a través de estos vínculos afectivos una mayor seguridad en ellos mismos para desenvolverse de manera más fácil y con mayor confianza en su vida.

En concordancia con este estudio, es menester poner de relieve que en el caso de los niños adoptados, quienes en las etapas iniciales de su vida se encuentran al cuidado de una institución, la función materna se ve desplazada a las cuidadoras, las cuales sólo cumplen con lo esencial respecto de la crianza de estos niños; y en el aspecto emocional y el ámbito psíquico la elaboración de vínculos queda medida por la institucionalización correspondiente, es decir, su deseo es cuidar a los niños, mas no desempeñar funciones propias de un progenitor.

Con referencia a la mujer que desea adoptar: “La experiencia clínica nos ha colocado reiteradamente ante personas, particularmente mujeres, que sin haber procesado el duelo por el hijo no engendrado por ella, advienen a la condición de madres adoptantes transportando un duelo no resuelto, que pulsa continuamente más allá de tener consigo una criatura adoptada”. Lo cual perturba la configuración de los vínculos filiales y e intrafamiliares. Por lo que en acuerdo con este estudio una persona puede tener un hijo si así lo formula su deseo, sin embargo, no es obligación ser padres o tener hijos, pero debemos concientizar que del otro lado está el niño quien si tiene el derecho de tener alguien que cumpla la función materna y paterna.⁵⁷

⁵⁷ Cfr., GARCIA HERNANDEZ, B., y ORTEGA SERRANO S.J., *Adopción: Deseo y crianza, análisis de los distintos tipos de parentalidad adoptiva*. UNAM, UNIVERSIDAD IBEROAMERICANA, ASOCIACIÓN MEXICANA DE PSICOANÁLISIS. MÉXICO, 2010, p. 26.

Si para las mujeres u hombres estériles es difícil superar el duelo de no poder engendrar un hijo biológico, ¿qué sucede con aquellas parejas homosexuales que pudiendo procrear descendencia deciden no hacerlo?, acaso ¿ellos también tendrán que enfrentar algún duelo por tomar una decisión de esta naturaleza en su vida? Y si se presentan un duelo por asumir esta decisión ¿este duelo a diferencia de las personas estériles es un duelo consentido?; paralelo a ello nacen dos interrogantes más que se formulan de la siguiente manera: ¿es posible psicológicamente superar este duelo? y ¿tienen un problema psicológico estas personas que deciden no procrear hijos biológicos y por ello se inhibe su deseo de hacerlo?

Estos cuestionamientos surgen en virtud de la imperante situación que se manifestó respecto del duelo que atraviesan las personas que no pueden procrear hijos biológicos o no lo desean, toda vez que como lo refiere el estudio en comento es importante que se superen este tipo de duelos psicológicos, porque si una pareja decide adoptar a un menor, sería grave que aun persistieran problemas de carácter psicológico por no poder engendrar hijos biológicos; pues esto daría lugar al advenimiento de conflictos injustificables derivados de problemas psicológicos, los cuales depararían en perjuicio del aspecto emocional y del ambiente psicológico del menor adoptado.

7.5.2 La necesidad de que prevalezcan ambas figuras: masculina y femenina como parte del desarrollo psicosexual de todo menor adoptado.

Bajo esta coyuntura cabe mencionar, que así como la función materna es importante para el desarrollo del menor también lo es la labor paterna, la figura paterna también representa una gran función en el desarrollo saludable del menor, así como en su presencia activa. Pero también es necesario mencionar que la ausencia de esta figura paterna en el menor implica a futuro ciertos trastornos mentales.

No obstante, es de gran importancia el que se garantice un respeto absoluto a la individualidad del menor adoptado en términos de la psicología, lo cual implica que los deseos de cada uno de los padres, proyectados en el menor sean lo suficientemente acotados así como en la medida de lo posible disminuyan sus fantasías narcisistas. Si en las parejas heterosexuales se presenta el caso de que ambos consortes idealizan a un hijo con los deseos que ambos padres hubiesen querido hacer y tener cuando

tenían la edad del menor; me atrevo a aseverar que seguramente sucede lo mismo en las parejas homosexuales que pretenden adoptar a un menor, pues este también es idealizado por los adoptantes homosexuales.

Pues si bien es cierto como lo evidencia el multicitado estudio en psicología que he venido refiriendo, los padres biológicos durante el embarazo van teniendo un desarrollo psíquico que los preparará para llevar a cabo su parentalidad. Ambos padres, sobre todo la madre, durante este periodo tienen fantasías de desear y amar a su hijo como les hubiera gustado ser amados y deseados, en esos momentos, ella necesitará del apoyo del hombre, porque ambos se verán gratificados viendo el desarrollo embriológico del aún no nacido, durante estas vistas al ginecólogo es donde se va formando la conciencia de ser padre y de ser madre. En el caso de padres adoptivos, este deseo se expresa desde la toma de decisión y en el momento en que se empiezan a solicitar ante los organismos correspondientes el proceso de adopción.⁵⁸

Del párrafo anterior se desprende que el *imago* de ambos padres, es decir, esa imagen interna, que se puede concebir como aquella representación de una persona determinada que en la mayoría de las veces suele actuar de manera inconsciente, permita una mejor cohesión entre la comunicación y los vínculos que se establecen entre padres e hijos, generando una mayor cohesión entre padres e hijos integrado genuinamente una cualidad paternal para lograr una gradual triada, es decir, la participación activa del padre con la interacción de la madre y del hijo en el nuevo núcleo familiar; desde luego todo este importante proceso de integración conlleva un proceso psíquico necesario para ambos padres.

Como se ha mencionado reiteradamente, la participación de ambos padres es importante en el desarrollo psíquico y emocional en los menores de ambos sexos, pero en el caso particular de la niña, el estudio en comento pone de relieve siete etapas que marcan la sexualidad de la menor:

- 1) El nacimiento donde se da un recibimiento mutuo, la niña por la madre y esta por el padre. En el caso de los padres adoptivos, el nacimiento será la llegada de la niña al hogar.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 28.

- 2) A través de que los padres se comuniquen con ella, la niña ha de saber quién es su madre y quien es su padre como las “dos raíces de su vida simbólica”.
- 3) Etapa donde la niña oye hablar de ella misma, sobre su persona, características y sobre su cuerpo, incluyendo el sexo. En muchas ocasiones la niña empieza a sentirse atraída por el padre y por otros niños, lo cual se le debe hacer ver que es lo bueno y lo correcto.
- 4) Alrededor de los dos años de edad, la niña empieza, con ayuda de los padres, a desarrollar destrezas manipulando su entorno. Es la etapa donde los niños empiezan a explorar los objetos que se presentan a su alrededor. Ambos, padre y madre, ayudan a la niña a que este mundo externo no sea tan caótico y sea placentero y deseable de explorar.
- 5) A los tres años de edad, la niña atraviesa por el complejo de Edipo al descubrir las diferencias sexuales de los niños “el padre es el objeto de los pensamientos y las fantasías de la niña, la niña habla de esto primero con la madre para poder renunciar al padre y después el mismo padre es quien la ha de desilusionar para evitar que quede fijada en el Edipo”.
- 6) Es la etapa de la pubertad, a partir de la menarca, la niña necesitara del apoyo de la madre para poder integrar su feminidad ante sí misma y la familia. Por otro lado, se ve conveniente que el padre mantenga una actitud respetuosa frente a la feminidad de la púber.⁵⁹

En virtud de los resultados que arroja la presente investigación podemos apreciar como lo refiere el propio estudio en comento, que la función del padre es importante porque ayuda a remarcar la diferenciación femenina de la masculina. **En este sentido, es conveniente que las madres solteras adoptivas, puedan permitir que el hijo conviva con distintas figuras del sexo masculino, como lo son los tíos y los primos, tanto para el desarrollo psicosexual de la niña como la del niño, por ello es necesario que la madre de acceso al padre para que ejerza la función paterna,** función que también representa el establecimiento de límites, normas de conducta y la misma separación con la madre.

En el caso de la relación padre-hijo, la formación de la imagen paterna se construye en tres pasos: por los mensajes verbales y preverbales que la madre emita sobre la

⁵⁹ Cfr., GARCIA HERNANDEZ, B., y ORTEGA SERRANO S.J., *Adopción: Deseo y crianza, análisis de los distintos tipos de parentalidad adoptiva*. UNAM, UNIVERSIDAD IBEROAMERICANA, ASOCIACIÓN MEXICANA DE PSICOANÁLISIS. México, 2010, p. 31.

figura paterna; la fantasía que el niño tenga sobre su padre y por el contacto directo con el padre. En este tenor de ideas, el niño formará su imagen paterna también por la relación del padre con la madre. Al ser la madre el primer vínculo amoroso en el desarrollo humano, el infante tenderá a mirarla constantemente de manera real y afectiva. Es por ello importante que en la relación de pareja, la madre pueda voltear a ver al padre (real y afectivamente), no sólo como padre del niño, sino como compañero y pareja sexual. De esta manera, el niño sabe que existe un tercero, el padre, que es a quien la madre mira.⁶⁰

7.6 La imposición permanente de un núcleo familiar con un matrimonio del mismo sexo, afecta el desarrollo psicosexual del menor imposibilitándolo a lograr su individualización, independencia y diferenciación sexual para lograr la identidad sexual que constituye la piedra angular de la personalidad del ser humano, en detrimento de la salud del menor

Por ello, tanto la madre como el padre juegan una participación importante en el desarrollo psíquico, emocional y mental del menor. La intervención de las dos figuras en el desarrollo del niño permite lograr en el niño, tres factores importantes: su individualización, su independencia y la diferenciación sexual, la cual permite una clara identificación sexual, y todo ello conforma la piedra angular de toda personalidad. La participación de ambas figuras (paterno y materno) en la adopción, permite el desarrollo integral del menor, haciendo énfasis en que siempre que existan las dos figuras o existiendo una sola de ellas, se le permita al menor la convivencia con una persona del sexo faltante, que pueden ser (tíos, tías) en aras de fortalecer mejor los tres aspectos antes mencionados.

En este tenor de ideas estos elementos son necesarios en el desarrollo integral de todo menor. Y puedo inquirir y aseverar que al no generarse correctamente estos procesos psicológicos necesarios en el desarrollo psíquico y emocional del menor depararían en perjuicio de su estabilidad emocional.

Bajo esta tónica al haber una influencia directa en el estilo de vida y hábitos cotidianos de un menor que convive día a día con una pareja homosexual, se genera un perjuicio en la salud emocional y psíquica del menor, pues como es de evidente

⁶⁰ *Ibidem*, p. 32.

apreciación un menor no tiene la madurez mental por su corta edad de poder lograr una adecuada individualización, independencia y diferenciación sexual, y al no darse un adecuado proceso en la consolidación de estos tres factores de vital importancia para el equilibrio de la salud emocional y psíquica del niño, se impide lograr una clara identificación sexual, lo cual como lo mencione anteriormente constituye la piedra angular en la personalidad de todo ser humano. En este tenor de ideas al no lograrse estos trascendentes procesos psíquicos para una clara identificación sexual, el menor de edad es afectado en detrimento de su salud psíquica y emocional comenzando a desarrollar psicopatologías a temprana edad.

Es por ello por lo que al no garantizarle al menor una salud plena e integral en todas sus aristas en el momento en que realizan los procesos de adopción entre parejas del mismo sexo, sin duda alguna constituyen violaciones a su derecho humano a la salud regulado en el artículo cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, propiamente en lo que corresponde al interés superior de la niñez instituido en el párrafo noveno, considerado en este precepto constitucional como “**el derecho de los menores**”, de cuál ellos gozan preferente y ampliamente por encima de cualquier otra pretensión que exista; derechos que como lo expuse anteriormente también están reconocidos en los párrafos: noveno, décimo y undécimo del artículo cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por lo que se refiere a nuestro derecho interno en la salvaguarda del interés superior del menor; el cual cito a continuación:

Artículo 4, párrafo noveno:

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

Párrafo décimo:

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

Párrafo undécimo:

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

De ello podemos apreciar que el interés superior de la niñez será el eje rector en las decisiones y actuaciones del Estado en todo lo que corresponda garantizar a los niños el derecho a la satisfacción de sus necesidades más apremiantes como lo es el derecho a la alimentación, la salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral; puntualizando además que este principio deberá primar en el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

Pero para el aspecto que estoy examinando que es el tema de la salud, claramente se manifiesta que este derecho está dentro del elenco de los derechos humanos que implican la satisfacción de las necesidades más apremiantes del menor, en este sentido, este derecho humano de segunda generación se encuentra estrechamente vinculado con el interés superior del menor por lo que se refiere al tema de salud con respecto a los menores de edad; derecho que constituye un derecho humano de segunda generación de gran envergadura y que evidentemente se ve vulnerado cuando se llevan adopciones por matrimonios del mismo sexo, debido a que estas adopciones inhiben un adecuado desarrollo de individualización, independencia y diferenciación sexual, lo que deviene en una ausencia total de identificación sexual por parte del menor; pues este por su falta de madurez mental no comprende aun diversas conductas que para las personas homosexuales pueden ser de lo más natural, sin saber que para los niños estas conductas además de ser agresivas en su desarrollo psíquico, laceran drásticamente su salud y equilibrio emocional, confundiendo con mayor probabilidad cuál es su rol dentro de la sociedad, no permitiendo fraguar una firme identidad sexual, lo cual es importante porque constituye la piedra angular en la personalidad de todo ser humano.

Al no dar lugar a desarrollar estos tres importantes procesos en la personalidad de todo ser humano en beneficio de su salud, este tipo de adopciones entre parejas del mismo sexo, sin duda alguna afecta evidentemente la salud psíquica y emocional de los menores, generando confusión en su identidad sexual y anquilosando su proceso psíquico para lograr una adecuada personalidad.

Evidentemente, es menester esgrimir que cuando se aprobó en la Ciudad de México a través de la Asamblea Legislativa el que pudieran contraer matrimonio personas del mismo sexo, sale a flote el afirmar que se aprobó no por un motivo totalmente altruista o jurídico, sino con un fin político, para tener un mayor electorado y

cristalizar objetivos que obedecían más a intereses de carácter político que a intereses propiamente jurídicos; dando lugar con ello a seguir detentando control y poder político en diversos sectores de la sociedad. Esto lo expongo en virtud de que a raíz de aprobarse los matrimonios del mismo sexo automáticamente por antonomasia se reconocen también los otros derechos de los que anteriormente estaban reconocidos a las parejas heterosexuales y entre los que destacan el derecho a poder adoptar. Además, lamentablemente los menores de edad adoptados por personas homosexuales están mayormente propensos a sufrir bullying de parte de sus compañeros de escuela, tanto en el ambiente académico como en el ambiente social o con sus vecinos o conocidos.

7.7 La viabilidad de que existan cláusulas pétreas o intangibles en todas aquellas normas jurídicas dirigidas a garantizar la protección del interés superior del menor en el derecho interno y de inhibir que los efectos de otras normas jurídicas trasciendan a aquellas normas destinadas a la protección de los derechos del niño

En mi opinión estimo que es saludable que con respecto al interés superior del menor reconocido en el artículo cuarto párrafo noveno de la Constitución Política de Estados Unidos Mexicanos deben existir cláusulas pétreas o de intangibilidad instituidas en la Carta Magna para todas aquellas reformas a la norma jurídica en donde se afecte de manera directa o indirecta la esfera jurídica del menor, en este sentido, debería de estar previsto en el derecho interno la procedencia del amparo como una vía para evitar reformas que afecten a aquellas normas jurídicas que salvaguarden el interés superior del menor o que los efectos jurídicos de una norma jurídica reformada no trasciendan en perjuicio de otra norma jurídica que protejan el interés superior del niño o en su caso que en aquellos aspectos torales donde esté involucrado el interés superior de la niñez prevalezcan cláusulas pétreas o intangibles no solamente para la norma constitucional sino también para las normas secundarias que de ella emanen, siempre que tenga que ver con la defensa de los derechos de los niños; las cuales deberán estar instituidos en los propios textos constitucionales, en aras de brindar una mayor protección a los derechos de los menores, cuando estos se encuentren en grave riesgo de ser trastocados.

Sin embargo, el doctor Luciano Silva Ramírez manifiesta que en los últimos tiempos la Suprema Corte se ha encaminado hacia la procedencia del amparo contra el procedimiento de reforma a la Constitución, en virtud de lo que se plantea en el Amparo en revisión 1334/98, hecho valer por Manuel Camacho Solís.⁶¹

Así también pienso que debe existir una protección más amplia al interés superior del menor tratándose de aquellas reformas a normas jurídicas que aun cuando no tienen una relación directa con los derechos del niño, sus efectos legales si trascienden en perjuicio de la esfera jurídica del menor y por tanto del interés superior del mismo; a pesar de que se argumente tanto ámbito judicial con el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como en el ámbito legislativo como es el caso de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal de que no se trata de un nuevo acto legislativo y por tanto no se puede declarar como inconstitucional la adopción entre las parejas del mismo sexo, en virtud de no se modificó en lo sustancial lo relativo a la adopción, insisto en que los efectos del matrimonio entre parejas del mismo sexo como lo es el derecho a adoptar siguen siendo permisibles por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, si es que en un momento ulterior se diera el caso de declarar inconstitucional el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Pero a *contrario sensu*, si fuera el caso de que estuviera permitido el matrimonio entre personas de mismo sexo, pero no el derecho de adoptar a menores por parte de este tipo de matrimonios, ¿sería razonable pensar en que no existe ningún problema entre lo que instituye una norma jurídica y otra?; como se expone en el párrafo anterior respecto de lo que la corte considera o no un nuevo acto legislativo en torno a la reforma de una norma jurídica.

Finalmente, analizando de manera inversa lo que determina la corte respecto de la constitucionalidad de la adopción de menores por parte de matrimonios de mismo sexo, tampoco para el caso de observar este criterio poco razonable de la corte se estaría modificando en una óptica a *contrario sensu* la actual norma jurídica que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, si solamente se modifica la norma jurídica que regula la institución de la adopción, para prohibir la adopción entre matrimonios del mismo sexo. A este respecto sería exactamente igual, como

⁶¹ SILVA RAMÍREZ, Luciano, *El control judicial de la constitucionalidad y el juicio de amparo en México*, Editorial Porrúa, 3ª. ed., México, 2014, p. 67.

actualmente lo esgrime la corte para el caso declarar constitucional la adopción de menores entre matrimonios del mismo sexo, pues toda vez que en el supuesto caso se reforme la norma jurídica que regula la adopción para prohibir la adopción entre matrimonios homosexuales y no la norma jurídica que regula el matrimonio entre personas del mismo sexo, se debería considerar por tanto como un nuevo acto legislativo la reforma hacia la norma jurídica que regula la adopción mas no hacia norma jurídica que regula el matrimonio en concreto, de acuerdo con el criterio que sigue la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pues no se está modificando la norma jurídica que regula el matrimonio, solamente se estaría modificando la norma jurídica que regula la adopción.

Por el contrario, la corte respondería como un acto de discriminación hacía este tipo de matrimonios y por tanto como violatorio del derechos humanos y con ello sería suficiente para declarar la inconstitucionalidad a la prohibición de adopción entre matrimonios del mismo sexo; pero no sería también un acto de discriminación por edad el que sufren los menores al no tener la capacidad de autogobernarse y tomar sus propias decisiones y negarles la posibilidad de decidir que con quien quieren vivir, sin con un matrimonio heterosexual o un matrimonio homosexual.

7.8 El criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto a la adopción entre matrimonios del mismo sexo.

A este respecto el ex ministro ponente Sergio Valls Hernández en respuesta a la acción de inconstitucionalidad planteada por el entonces Procurador General de la República Arturo Chávez Chávez, estimó que la reforma en torno al matrimonio es constitucional en razón de que existe un marco de derecho comparado, que acepta primero las uniones civiles y después los matrimonios entre personas del mismo sexo con base en los principios igualdad y de no discriminación.

El ponente argumenta que no es inconstitucional la disposición en la Ciudad de México que redefine al matrimonio, porque al contrario de lo que argumenta el Procurador, sí satisface una razonabilidad objetiva, y no violenta el artículo cuarto de la Constitución Federal por los siguientes razonamientos:

1. El matrimonio, establecido en el Código Civil del D.F., no se encuentra definido en el texto constitucional y deja en plena libertad a la función legislativa del Distrito Federal en la materia.

2. El procurador sostuvo que la Constitución protege un tipo de familia ideal conformado por padre, madre e hijos, cuando lo que esta establece no garantiza la protección a un sólo tipo de familia, sino a la familia como tal, por lo que corresponde al legislador regular la organización, y desarrollo de la misma.

3. La familia es sobre todo un concepto sociológico que depende de los aspectos dinámicos de la cultura y la sociedad en una época determinada, lo cual conlleva al poder del legislador de admitir la realidad social existente para protegerla. Sabemos que en la actualidad existen muchos tipos de familia sin que pueda privilegiarse la estructura de una en particular. El matrimonio tampoco es una institución inmutable que además del matrimonio tradicional, también existe otro tipo de parejas que es imprescindible aceptar con base en los lazos afectivos, sexuales, de identidad, de solidaridad y de compromiso mutuo para llevar una vida en común, con los derechos y obligaciones aplicables tanto a los matrimonios heterosexuales como a los integrados por personas del mismo sexo.

4. La Constitución mexicana consagra el principio de igualdad y no discriminación incluyendo la orientación sexual y ello permite concluir que no se opone a la ampliación del matrimonio a otras parejas, como tampoco está determinado por la sexualidad de sus miembros. Las normas impugnadas de ninguna manera violentan la constitución.

5. La inclusión en el Distrito Federal de uniones civiles (sociedad de Convivencia) entre parejas del mismo sexo, se ha dado justamente con base en la comprobación de su presencia, pero no ha sido suficiente para garantizarles el tratamiento extenso que se da al matrimonio. Las parejas del mismo sexo no se distinguen de las heterosexuales y no puede otorgárseles una categoría legal distinta. Deben preservarse los derechos al libre desarrollo de la personalidad, la identidad personal y sexual y otorgar pleno respeto a la dignidad humana.

6. Se declaran infundados los argumentos relativos a los conflictos entre la ley recientemente modificada y las normas del resto de las entidades federativas, en virtud de que la Constitución establece las reglas de competencia para el matrimonio en particular.

7. No procede analizar la disposición sobre adopción, pues no se trata de un nuevo acto legislativo. En el proceso de aprobación el legislador no tuvo intención de tratarla.

8. Independientemente de que la acción de inconstitucionalidad remite al tema del matrimonio entre personas del mismo sexo al de adopción, por la estrecha relación que guardan entre sí, no procede analizar la impugnación de una norma general que no fue reformada, esto es, de la adopción. Si bien se reconoce que el precepto sobre el matrimonio pudiera incidir en otros preceptos del Código Civil del D.F. y en muchas otras leyes, no se está impugnando un sistema normativo, no corresponde a la Suprema Corte de Justicia declarar la invalidez de una norma general que no fue objeto de reforma, sino en todo caso, corresponde al Poder Legislativo modificarlas.

9. Finalmente, la ponencia propuso analizar en primer término la improcedencia de la acción en contra de la adopción, pues de ello dependerá la construcción de esta y el análisis de la posibilidad o prohibición de adoptar por parte de los nuevos matrimonios.⁶²

Derivado de los argumentos del ex ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Sergio Valls Hernández de estar a favor de la adopción de menores entre matrimonios del mismo sexo, considero de gran importancia exponerlos los siguientes aspectos:

1. El matrimonio legal es un derecho de cada individuo y lo puede ejercer de manera libre atendiendo a los principios de igualdad y no discriminación consagrados en la propia Constitución, pero no por ejercer este derecho se debe perjudicar la esfera jurídica de un grupo vulnerable como son los menores de edad.

⁶² SAUCEDO GALVÁN, Beatriz, *Parejas del mismo sexo, matrimonio y adopción en México y España*, Editorial Círculo Rojo, 2ª. ed., España, 2013, p. 109.

2. El legislador no está facultado para imponer modelos de familias, en donde aquellos individuos que conforman parte de la sociedad elijan que tipo de familia se ajusta a su estilo de vida; pues de ser así también debería el legislador permitir matrimonios polígamos a aquellas personas que deseen vivir así, bajo el esquema de que cada individuo integre la familia que quiere; y que además de ello se les permita adoptar al número de menores que deseen; sólo entonces el legislador se percatará que la libertad que todos ejercemos debe estar plenamente limitada por la ley, y en esta tesitura la convivencia con todos los integrantes que forman parte de la misma sociedad sería armónica y mantendría un adecuado equilibrio en el ejercicio de las libertades y los derechos que reconoce la Constitución Federal.

3. Si bien es cierto que la familia es un concepto sociológico, no me aparto de la razón de cada individuo pueda formar el tipo de familia que desee, o integrar un nuevo núcleo familiar si así lo desea, de acuerdo con las circunstancias en las que se encuentre. Pero no porque en la realidad social este reconocido por la norma jurídica el respeto y la libertad a elegir la preferencia sexual que mejor se desee, implique que aquellas personas homosexuales deban tener leyes especiales para su estilo de vida, pues el darles más derechos no significa que tengamos una sociedad más incluyente y más plural, ello me parece incorrecto y además atenta contra la dignidad humana y menoscaba los derechos y las libertades de los demás; como es el caso de la adopción entre matrimonios homosexuales.

Además, pienso que aun cuando se presenten problemas de actualidad en nuestra realidad social, esto de ninguna manera debe ser sinónimo de pensar que creando leyes los problemas acabaran; pues debemos recordar que el derecho no puede dar solución a todos los problemas que aquejan a nuestra sociedad, pues para ello existen otras ciencias del conocimiento que aportan soluciones concretas a problemas específicos que padece nuestra sociedad, y en este tenor de ideas es menester poner de relieve que el derecho no es un estilo de moda, es un instrumento que horma la conducta del hombre en un tiempo y en un lugar determinado, sin que ello signifique que de acuerdo con la realidad social en que vivimos se deba legislar en virtud de determinados intereses particulares, cuando debería ser todo lo contrario se debe legislar atendiendo a una generalidad de intereses en común.

Sólo así podremos convivir todos los individuos que integramos la misma sociedad de manera saludable y en armonía.

6. Por último, considero importante exponer lo que la doctora Beatriz Saucedo Galván afirma respecto del proceso de adopción, opinión que comparto plenamente:

El proceso de adopción se satisface mediante la identificación entre adoptantes y adoptados. La Suprema Corte ha aceptado entre los criterios para proteger el interés superior del menor, lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que establece que dicho concepto requiere de interpretación y aplicación a cada caso concreto, a partir de las disposiciones que atiendan al desarrollo y libre ejercicio de los menores.⁶³

Por otra parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación resuelve la acción de inconstitucionalidad 8/2014 promovida por la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Campeche en contra del artículo 19 de la Ley Regulatoria de las Sociedades Civiles de Convivencia del Estado de Campeche, en virtud de que tal disposición normativa es discriminatoria del derecho a formar nuevos modelos de familia en donde se incluyan parejas del mismo sexo; por ello el ministro presidente de la Suprema Corte Luis María Aguilar Morales afirmó que la prohibición para adoptar que se imponía a las sociedades en convivencia constituye una medida discriminatoria por razón de preferencia sexual, en virtud de que dicha figura es la única vía que les permite a las parejas homosexuales u homoparentales de concretar un parentesco civil.

En este tenor de ideas el ministro de la Suprema Corte José Ramón Cossío Díaz asevera que la prohibición para adoptar contenida en la legislación de Campeche implica una medida de discriminación de tipo genérico, en razón de que afecta por igual a parejas del mismo o de diferente sexo que estuvieran unidas mediante sociedad en convivencia.

A este respecto la ministra Margarita Luna Ramos, esgrimió que el ya declarado inconstitucional artículo 19 de la Ley Regulatoria de las Sociedades Civiles de Convivencia del Estado de Campeche es contrario a los artículos 1 y 4 de la

⁶³ *Ibidem*, p. 121.

Constitución Federal, así como de los artículos 1, 17 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

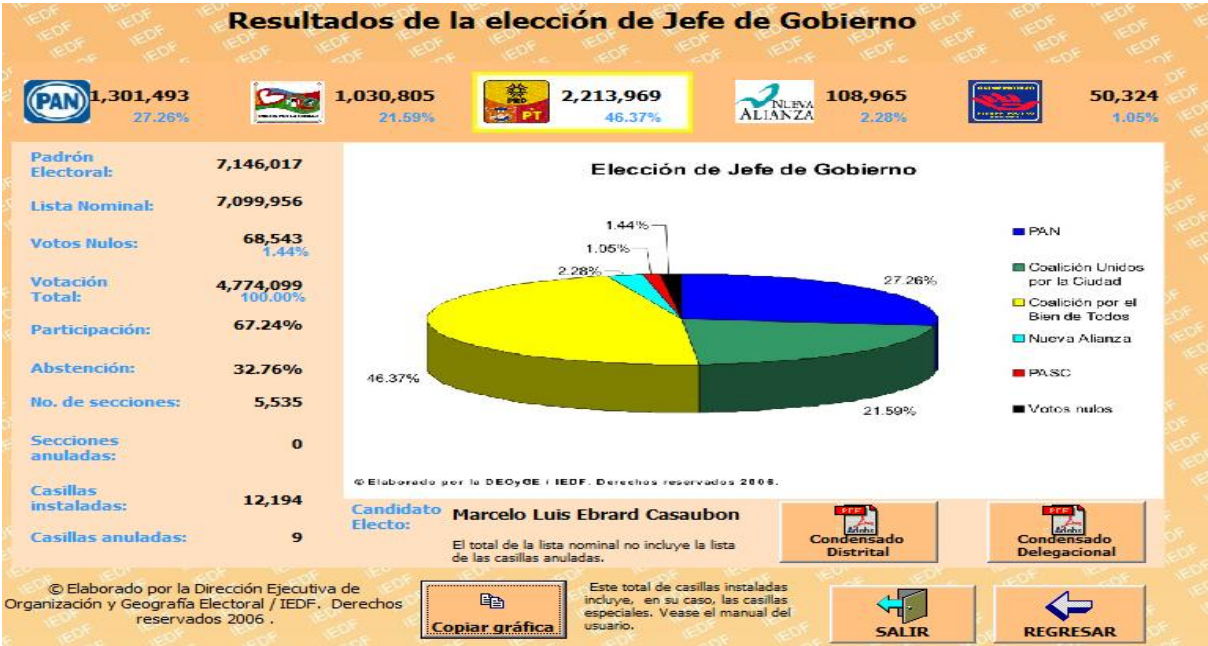
Sin embargo, derivado del análisis que realice en los capítulos anteriores del presente trabajo, considero que esta reforma al matrimonio en nuestro país sin lugar a dudas se llevó a cabo con fines políticos, particularmente para tener mayor electorado en cargos de elección popular; jamás se hizo pensando en aportar un beneficio a los menores edad que carecen de una familia, o al respeto a la igualdad de derechos y libertades que deberían permear en una sociedad incluyente y plural respecto del estilo de vida que practique cada individuo en particular, o para erradicar la discriminación a cualquier grupo vulnerable; mucho menos se hicieron estos cambios a la norma jurídica en aras de salvaguardar el interés superior del menor, como lo he manifestado a lo largo de este trabajo exponiendo las premisas y las razones necesarias para evaluar los aciertos y desaciertos de esta reforma al matrimonio y sus implicaciones en la esfera jurídica del menor y por ende en el interés superior del mismo.

Por ello, para robustecer mejor lo anteriormente expuesto respecto del electorado que participo en la Ciudad de México a nivel jefe de Gobierno en los respectivos ejercicios electorales del año 2006 y del 2012, años en los que se gestó la transición de la reforma al matrimonio y que constituyeron el parteaguas para organizar dicha reforma al matrimonio y abrir la brecha a las parejas del mismo sexo para adoptar en calidad de matrimonio legalmente establecido, cito información pública solicitada al Instituto Electoral del Distrito Federal en fecha: 21 de agosto de 2017 en la que pido información relativa a los porcentajes de la participación electoral de ambas elecciones, así como número de votos que cada partido político contendiente logró en ambas sufragios electorales, a efecto de contrastar la diferencia amplia entre una elección cuyo triunfo dio lugar a la reforma al matrimonio en la Ciudad de México y la otra elección que recibió los beneficios por parte de los electores en respuesta a las múltiples negociaciones, intereses particulares y valores entendidos que se gestaron entre factores reales de poder y grupos minoritarios de la sociedad como fue el caso de los cabildeos que se gestaron entre los activistas de la comunidad (LGBTTTI) y la mayoría relativa de la ALDF.

Recordemos que la reforma al matrimonio en la Ciudad de México se aprobó en la fecha 21 de diciembre del año 2009 y fue publicada en la Gaceta Oficial del Distrito

Federal por instrucciones del jefe de gobierno capitalino Marcelo Luis Ebrard Casaubón el 29 de diciembre del mismo año, entrando en vigor la multicitada reforma en marzo del año 2010.

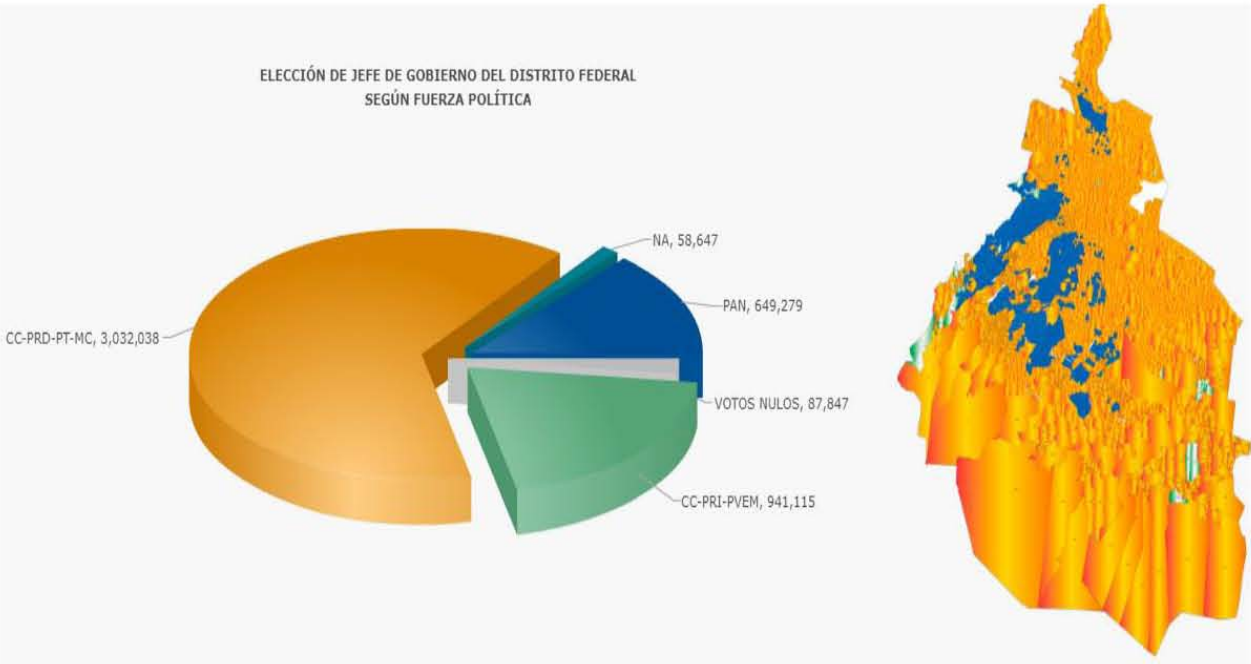
Gráfica número 1, sufragios en las elecciones del año 2006 para jefe de gobierno de la Ciudad de México. Información pública proporcionada por el Instituto Electoral del Distrito Federal en formato digital.



Gráfica número 2, sufragios en las elecciones del año 2012 para jefe de gobierno de la Ciudad de México. Información pública proporcionada por el Instituto Electoral del Distrito Federal en formato digital.

Datos generales		Votos por fuerza política							
Padrón Electoral	7,679,881	PAN	NUEVA ALIANZA	PRD	VERDE	PRD	PT	Votos	Totales
Lista Nominal	7,216,860							87,791	4,673,220
Lista Nominal de Electores del Distrito Federal Residentes en el Extranjero	10,782							56	7,859
Lista Nominal Total	7,227,642							56	7,859
Votación Total	4,768,926							87,847	4,768,926
Participación	65.98 %							1.84	100.00
Votos Nulos	87,847 (1.84%)							0.71	100
Secciones	5,532								
Casillas Instaladas	12,383								
Candidato Ganador	Miguel Ángel Mancera								

Gráfica número 3, sufragios en las elecciones del año 2012 para jefe de gobierno de la Ciudad de México, incluyendo la ubicación terrestre de mayor a menor porcentaje de sufragios que tuvo cada partido político para ese ejercicio electoral. Información pública proporcionada por el Instituto Electoral del Distrito Federal en formato digital.



CAPÍTULO 8 CONTRASTE ENTRE INVESTIGACIONES SOCIOLÓGICAS QUE SE PRONUNCIAN A FAVOR DE LA ADOPCIÓN ENTRE MATRIMONIOS DEL MISMO SEXO Y SUS RESPECTIVAS RÉPLICAS DERIVADAS DE OTRAS FUENTES DE INVESTIGACIÓN DE CARÁCTER JURÍDICO; INFORMACIÓN SOLICITADA AL CONSEJO NACIONAL PARA PREVENIR LA DISCRIMINACIÓN (CONAPRED).

8.1 Los primeros avances legislativos en favor del interés superior menor en materia de materia de adopción a principios del siglo XX que se gestaron en los Estados Unidos de América.

La preocupación por los niños expósitos no solamente fue un tema de alarma en otras partes del mundo, también lo fue en los Estados Unidos de América; en ese país la preocupación porque los niños abandonados o expósitos fueran acogidos por familias sustitutas fue de gran importancia para la sociedad norteamericana del siglo XIX y principios del siglo XX, pues esta situación respecto del tema del desamparo de los menores dio lugar a realizar las primeras reglamentaciones de carácter legal, que tuvieron como principal motivo proteger ante la ley el uso indiscriminado de menores huérfanos y abandonados como mano de obra infantil barata. Es por ello por lo que en el Estado de Massachusetts, en 1851, se promulgó por primera vez una ley destinada a proteger los intereses de los niños, posteriormente en 1917 en el Estado de Minnesota, se aprobó un código de menores y, en la década de 1950 más de cuarenta Estados pedían ya informes sociales para la evaluación de la idoneidad en los matrimonios que solicitaban adoptar a un menor. Esto constituyó el principal antecedente en materia de adopción en los Estados Unidos de América y en nuestro continente para salvaguardar el interés superior del menor.⁶⁴

Por otra parte, es importante mencionar que para la configuración del deseo de un hijo influyen distintos aspectos de la vida de cada persona, así como su historia previa, las relaciones con los propios padres y familiares, los valores que le han transmitido, aquello con lo que se identifica, la educación recibida, aquello que de forma más inconsciente le ha sido doloroso y rehúye, aquello con lo que ha hecho alianzas, con mayor o menor grado de conflicto, de temores, de expectativas y de satisfacciones.

⁶⁴ MIRABENT, Vinyet, y RICART Elena, *Adopción y vínculo familiar. Crianza, escolaridad y adolescencia en la adopción internacional*, Herder, España, 2012, pp. 18-19.

Cuando se vive en pareja cuentan también la relación mutua, el grado de entendimiento y de visión compartida del mundo, y la cualidad del vínculo. Una pareja madura que funciona con respeto mutuo por la identidad de cada uno de sus miembros vive el deseo de un hijo como una forma de hacer crecer el vínculo que les une.

Toda esta trama de sentimientos elaborados con tiempo constituye un largo proceso que irá preparando una matriz psíquica, un nido mental, que permitirá que anide el deseo del hijo y ayudará a tomar la decisión de buscarlo, ya sea por la vía biológica o adoptiva. La formación o ampliación de la familia tiene una larga gestación psíquica hasta el día que finalmente llega el hijo.

Por otro lado, en el ser humano existe una necesidad básica y fundamental para su desarrollo, la necesidad de apego, de acuerdo con los términos que describe Bowlby, que está relacionada con la necesidad de sentirse cuidado, deseado y querido por alguien con quien se tiene una relación significativa, alguien que pueda atender sus demandas básicas. El niño adoptado tiene la necesidad de establecer esta relación con sus padres adoptivos.

Bajo esta tónica, la filiación adoptiva empieza en la mente de los padres mucho antes de encontrarse con el niño, se va construyendo este nido mental, igual que en el embarazo biológico, y se van creando unas expectativas conscientes e inconscientes hacia este hijo, un hijo imaginario, hacia ellos como padres y hacia la familia que formaran.

La cualidad de este nido mental está muy condicionada por la cualidad de las expectativas, de los ideales, y éstos permitirán o no aceptar al hijo adoptivo con toda su realidad, que, al igual que ocurre con los hijos biológicos, nunca se ajustaran del todo a lo que los padres habían idealizado. Si éstos se sienten muy decepcionados con el hijo real y no pueden tolerar la distancia entre el hijo que habían imaginado y el que tienen, no podrán iniciar un proceso de parentalidad suficientemente sano, que permita el desarrollo y crecimiento del hijo, que acoja sus carencias y les haga sentir verdaderamente padres de este niño.

Es, pues, muy importante que las expectativas hacia la adopción sean apegadas a la realidad. Para que esto se dé, es necesario que el deseo de un hijo no esté basado en llenarlas frustraciones y renuncias que la vida haya podido conllevar. Es importante que las personas que solicitan realizar una adopción hayan elaborado suficientemente sus propios duelos, sus pérdidas y que estén mínimamente conciliadas con su realidad. A veces puede que esas personas no hayan podido realizar este proceso debido a los sentimientos difíciles e intensos que han vivido y que necesitan más tiempo para digerirlos.⁶⁵

En este sentido, es menester mencionar que es necesario la existencia de ambas figuras sexuales, en virtud de que por una parte la mujer aporta determinados componentes para lograr la identidad sexual y la personalidad de todo menor ya sea del sexo masculino o del sexo femenino y lo mismo sucede con el hombre; pues también él permite transmitir determinados elementos que constituyen la otra parte de la identidad sexual de todo ser humano, que como anteriormente lo había explicado esto constituye la piedra angular en la personalidad de todo ser humano. Además, debe existir el deseo de ambos miembros de la pareja de consentir la adopción de un menor, en esto radica que cada uno de ellos pueda externar y llevar a cabo el rol que le corresponde a efecto de que el menor de edad que será un integrante importante en la nueva familia que se formará, logre una sana convivencia entre los demás miembros de la sociedad, en el que permee el respeto y la armonía con las demás personas que integran la sociedad.

Es menester mencionar que en el campo de la psicología existen criterios de idoneidad para evaluar con mayor perspectiva que adoptantes son más aptos para la crianza y cuidado de los menores de edad. A continuación, citaré algunos criterios que las psicólogas clínicas Vinyet Mirabent y Elena Ricart expertas en el tema de la adopción de menores de edad consideran que deben ser imprescindibles al momento de llevar a cabo el proceso adopción de menores.

Criterios de idoneidad:

a) En primer lugar, es preciso trabajar la motivación para la adopción, lo que ha llevado al solicitante a tomar su decisión, y valorar si hay un verdadero deseo de

⁶⁵ *Ibidem*, p.38-40.

paternidad, con el consecuente ejercicio de las funciones parentales. Se trata de valorar si el menor podrá ocupar el lugar que le corresponde, de hijo, con reconocimiento y atención a sus necesidades, o si, de forma inconsciente, se le va a pedir, en cambio, que ejerza la función de llenar vacíos y necesidades de los adultos.

b) Es preciso que los solicitantes gocen de una suficiente salud mental, que hayan podido desarrollar una vida autónoma e independiente y que tengan una personalidad con un predominio sano y equilibrado. Que puedan sentirse mayoritariamente contentos y conciliados con su trayectoria en la vida.

Todo el mundo tiene alguna área más frágil en su personalidad y algún aspecto insuficientemente resuelto, pero ello no tiene que impedir el buen ejercicio de la parentalidad, si está contenido por el resto de aspectos sanos, o si está circunscrito a un área y no invade el funcionamiento global de la persona.

Se trata de garantizar unas capacidades emocionales y educativas para la crianza del hijo que incluyan cierta tolerancia a la frustración y a lo desconocido, ya que niño lo será de entrada y tendrá reacciones sorprendentes que puedan frustrar a los padres en sus expectativas de trato en algunos momentos de su vida en común. Será difícil construir el vínculo filial si se sienten demasiado frustrados y decepcionados.

c) Será, pues, importante no sufrir ninguna enfermedad grave, de riesgo para la vida. Se trata de garantizar una salud física, de no sufrir déficit sensoriales o minusvalías demasiado limitadoras, o, en su caso, de ver si hay recursos suficientes para afrontar la vida cotidiana con cierta autonomía.

Conviene proteger al menor para que no sufra una nueva pérdida afectiva rápidamente ni tenga que hacerse cargo de las limitaciones físicas de los padres a una edad muy temprana y en unas condiciones psíquicas aún muy precarias, ligadas a su historia previa. Un niño que llega con graves carencias necesita de unos padres con un mínimo de condiciones que le permitan paliar y reparar lo que ha vivido; Es por ello por lo que se necesitan papás mental, física y psíquicamente saludables. También es necesario que la decisión de adoptar sea compartida y asumida por los dos miembros de la pareja con el mismo grado de responsabilidad y compromiso.⁶⁶

⁶⁶ Cfr., MIRABENT, Vinyet, y RICART Elena, *Adopción y vínculo familiar. Crianza, escolaridad y adolescencia en la adopción internacional*, Herder, España, 2012, pp. 48-49.

8.2 Perspectivas respecto de la adopción entre matrimonios de mismo sexo, expresadas por la fundación Rafael Preciado Hernández A.C., con una óptica sociología en las formas de integrar una familia

Toda sociedad en sus diferentes etapas ha tenido que lidiar con temas polémicos que dividen y enfrentan, afortunadamente vivimos en un país donde estos asuntos se pueden convertir en ambiente de libertades y respeto a las diferencias garantizadas por el Estado.

Lo que es de todos conocido es que en un ambiente de intolerancia no hay expectativa de acuerdos aunque sean mínimos, aun cuando en México es muy difícil que exista consenso en estos temas, pues son diversos los aspectos en los que no hay empatía, no significa que ningún punto de vista pueda tener una inmediata solución para la superación de perspectivas en contrario; Es por ello por lo que esto da lugar a robustecer mayormente la información que se debate y con ello se da paso a hacer más transitable la convivencia social dentro de los causes de la tolerancia, y el derecho a la vida privada de todos los miembros que integramos la sociedad, así como la libertad que cada ser humano posee intrínsecamente para poder vivir una vida totalmente plena y armoniosa, en donde nuestras ideas y formas de pensar sean respetadas y podamos ejercer nuestro derecho a manifestar nuestras opiniones y formas de pensar como lo consagra el artículo 6 de nuestra Carta Magna, sin afectar los derechos de terceros o cuando se configure un acto típico ilícito.

En nada contribuye que una representación popular haya empleado su mayoría legislativa para aprobar la ley de tal trascendencia sin mediar consulta alguna para expertos y con la sociedad, siendo que por costumbre trata de poner a la consideración social cuestiones sin merito o que grupos afines a las causas homosexuales descalifiquen hasta la diatriba a sus contrapartes. En este contexto es más fácil querer pasar como argumento válido la creencia personal o de grupo, la sentencia facilona, y la conclusión apresurada.

Se interpreta la voluntad popular sin escrúpulo cuando es conveniente vestir de legitimidad su propósito.

Por otra parte, ellos han empleado una estrategia con buenos resultados y en la que se sentencia que toda idea que no se ajuste a su pensamiento, es automáticamente sin mediar análisis alguno culpable de discriminación hacia su persona y su condición. Esta forma de externar las posturas ha sido bien posicionada en la opinión pública.

Visto lo anterior, ambas figuras la identificación de sus tesis con la modernidad, con lo progresista y la asociación de las ideas contrarias con la discriminación ha venido siendo el eje de la estrategia de los grupos homosexuales para promover sus causas. Estrategia que por cierto ha sido muy rentable y que de algún modo ha conseguido marcar agenda sobre el tema. Y esto tal vez no debería sorprender a nadie, pues puede explicarse por el contexto social en nuestro país.

La juventud arroja causas que se clasifican como desafiantes del *status quo*. No se trata de negarles el derecho de compartir su vida con la persona que deseen independientemente de su sexo; tampoco impedirles que amparen a su pareja con derechos propios del cónyuge para eso existen las sociedades en convivencia.

La pregunta entonces seguiría siendo ¿por qué es necesario modificar de esta forma el matrimonio, en lugar de resolver las aspiraciones de la pareja homosexual mediante otros mecanismos? Salvo que se trate de una estrategia de más alcance como adoptar niños, los motivos de tanta insistencia empiezan a desdibujarse.

El matrimonio es una institución tan añeja como la convivencia misma de nuestra especie, con milenios de evolución; por ello las uniones entre hombres y mujeres en la figura del matrimonio han demostrado ser una institución adecuada para construir una sociedad a través de la estructura familiar.

Sin duda, en el presente la familia y el matrimonio mismo encajan algún desgaste inevitable dada su antigüedad y están aquejados de problemas que les amenazan como nunca antes, pero las causas parecen pertenecer a más factores externos y no a una decadencia inherente. Meter con calzador a las parejas homosexuales sólo lo debilitara más, con lo cual la familia y más tarde la sociedad en su conjunto podrían verse “alteradas” negativamente.

Perdonando el abuso de las comparaciones, sería como si por un compromiso determinado, al diseñador de un automóvil se le obligara a tomar un modelo y hacerle modificaciones que terminaran por convertirlo en otra cosa, menos en un auto, y sus jefes insisten en que se conserve tal nombre. Qué sentido podía tener tal empeño. El matrimonio y las personas del mismo sexo, tienen, pues, naturalezas distintas. Persiguen propósitos diferentes, aunque en algunos aspectos parecieran tocarse. Hacerlas coincidir por decreto no parece lo más sabio.

Más delicada aun es la pretensión de que las parejas homosexuales tengan el derecho de adoptar niños, con matrimonio o si él.⁶⁷

8.3 Aspectos a favor de la adopción entre parejas del mismo sexo, desde un análisis psicológico, publicado por la revista “La Curul” medio informativo del Congreso del Estado de Puebla”

En palabras del psicoanalista Antonio Bello Quiroz, a los 79 años Sigmund Freud opino que la homosexualidad desde luego no es necesariamente una ventaja, pero tampoco es nada de lo que haya que avergonzarse. No es un vicio, ni un signo de degeneración no puede clasificarse como una enfermedad.

Se iniciara por el lado contrario de los planteamientos. Se preguntan unos y otros sin podrían casarse y adoptar; ¿y porque no podrían hacerlo?

Ante la primera cuestión, el matrimonio, el asunto no tiene más complicación, se trata simplemente del respeto irrestricto de los derechos civiles, no de estos o aquellos, sino de las personas y punto.

Si el matrimonio, palabras más palabras menos, es un contrato legal que se celebra entre dos personas, entonces ¿en dónde está la limitante cuando estas son del mismo sexo? Las limitantes si las hay, no serán elección sexual sino por lo propiamente legal o jurídico, como ocurre para las parejas heterosexuales y entonces se resuelve con relativa facilidad, aun cuando sólo sea en sus límites teóricos.

⁶⁷ Moya Marín, Oscar, “Matrimonio homosexual y adopción intentando una mediación”, Bien Común, Fundación Rafael Preciado Hernández A.C., México, año XV, núm. 181, enero de 2010, pp. 20-24.

La segunda cuestión, es la que ahora nos interesa la posibilidad de adoptar o no; como se ha planteado ya, si nos preguntamos las razones por las que no deberían adoptar lo primero que se esgrime es la posibilidad que tienen las parejas homosexuales para transmitir “correctamente” una educación, en particular la de carácter sexual, a los niños / as de adopción. En el fondo de este planteamiento, que no argumento, lo que se encuentra es considerar a la homosexualidad como una desviación o una anormalidad, suponiendo de base una “naturalidad” a la familia y a la (hetero) “sexualidad”.

Al respecto de lo anterior, Freud en un trabajo que realiza en torno a un sueño de Leonardo da Vinci, en una nota a pie de página, acentúa que el psicoanálisis aportó dos hechos fuera de duda con respecto a la homosexualidad: uno, la fijación de la madre en cuanto a necesidades amorosas (el argumento es simple, constituye el primer objeto de amor para todos), y dos la tesis de que todas las personas son capaces de una elección homosexual de objeto. Si es así, entonces la homosexualidad o bisexualidad (si se quiere) subyace a toda elección de objeto; por tanto, si algo hay de natural en la sexualidad es justamente la homosexualidad, y más aún, lo que escandaliza a las “buenas conciencias”, si algo hay de propio en la sexualidad es su origen poliformo. Luego entonces no es algo que deba tratarse en sí porque de lo contrario habría que tratar, psicoanalíticamente (o peor aun medicamente) a todos los sujetos.

Pero para nuestros fines vale destacar que en esta afirmación freudiana hay algo más de fondo, la (hetero) sexualidad no es una cuestión de naturaleza no se nace siendo hombre mujer mucho menos femenino masculino. En realidad en el momento del nacimiento no hay identidad sexual, esta habrá de constituirse en el pasaje de un complejo (e inconsciente) entramado de identificaciones, alineaciones y separaciones, en un juego de espejos, que se conoce como complejo de Edipo-castración.

Puestos aquí, hay que destacar un punto relevante de este simulacro de debate que se desató a partir de que en la Ciudad de México se legisló con respecto a la reivindicación legal del matrimonio entre personas del mismo sexo y a la posibilidad de

adoptar, me refiero a la articulación de sexualidad y procreación, y sus vínculos con la adopción- filiación.⁶⁸

8.4 Posiciones en contra y en favor de la adopción homoparental desde la sociología y la psicología publicado por la revista número cuatro del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM de la autoría de Luis Rodrigo Navarro Reyes

Bajo la óptica de Luis Rodrigo Navarro Reyes el hogar es entendido como una unión de varias personas por distintas clases de vínculos: sentimentales, de solidaridad, autoridad entre otros, que conviven en un mismo espacio físico. Mientras que una familia, tiene algún grado de consanguinidad o parentesco en el que se cumplen necesidades de índole afectiva y sexual.

Existen diferentes clases de familia: la nuclear, la extensa, la nuclear poligenética, la ampliada, la homoparental entre otras.

La familia homoparental se forma a través de dos personas del mismo sexo, es decir, se conforma por una pareja de padres o madres abiertamente homosexuales, lo opuesto a una heterosexual, la que también puede ser compuesta por un sólo padre de diversa preferencia sexual, en los casos de padre o madre solteros. Este tipo de familias en particular no necesariamente deben adoptar para lograr establecer una familia sino que pueden allegarse de métodos diversos como la inseminación artificial, la maternidad subrogada, o bien el caso de un hijo resultado de una relación heterosexual previa.

Tanto este tipo de unión o matrimonio, como la permisión que tengan para poder adoptar son temas muy álgidos de debatir, puesto que se consideran fuera de la composición tradicional de una familia nuclear heteroparental.

Para la sociología, el término homoparental se refiere a un concepto más parental y menos al rol de los gays o las lesbianas, desde su condición sexual. Algo

⁶⁸ Bello Quiroz, Antonio, "MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO Y ADOPCIÓN: ¿ACCIONES ANTINATURA?", La Curul, Revista del H. Congreso del Estado de Puebla, México, núm. 07, marzo-junio de 2010, pp. 80-83.

que debe tenerse claro es que este tipo de familia es de las más nuevas y de las menos aceptadas dentro de las tipologías familiares.

Ante esta nueva alineación familiar existen posturas en contra, basándose en argumentos tradicionalistas, como el de María Agudelo Bedoya de la Universidad Pontificia Bolivariana, quien expresa que la institución de la familia está conformada por personas con roles tradicionales, padres con funciones económicas y autoridad y madres con funciones protectoras y reproductivas.

De igual modo, el sociólogo chileno Marcelo Robaldo, especialista en cuestiones de género, hace mención de que, en la opinión pública estadounidense, el matrimonio debe continuar siendo una institución y un vínculo heterosexual, por tanto, las relaciones gays no pueden considerarse relaciones de parentesco *per sé*.

Conforme a esta visión, la sexualidad necesita organizarse al servicio de las funciones reproductivas y el matrimonio debe conservarse como principal apoyo y equilibrio de todas las instituciones que giran alrededor de la familia, como núcleo u organización social primaria.

Según el Instituto Nacional de Estadística y Geografía, solo el 50 % son de tipo tradicional. En México, entre 250 mil hasta un millón de familias son homoparentales y únicamente el 43.7 % de las familias son nucleares heterosexuales. Esta cifra demuestra que las familias tradicionales no conforman la mayoría en la población mexicana, lo que lleva a trazar si este tipo de familia debería ser el único reconocido y protegido por la ley. Es necesario ampliar la definición de familia, por ser el origen de la sociedad. Las familias homoparentales son una forma incidental que debate la visión tradicional, y al ser materializadas, dan cuenta de que la visión se queda corta.

En muchas sociedades esta noción del matrimonio enfrenta los desafíos que plantea la realidad social en la que existe cierta cantidad de relaciones de parentesco que no se conforman según el modelo de la familia nuclear y reproductiva, y que por tanto exceden el alcance de las actuales concepciones jurídicas, operando según reglas que no se pueden formalizar.

8.4.1 Posturas en favor de la adopción de menores por matrimonios del mismo sexo que asume el autor Luis Rodrigo Navarro Reyes a través de su artículo que lleva por título: “Posiciones en contra y en favor de la adopción homoparental desde la sociología y la psicología”, publicado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

La Asociación Canadiense de Psicología, en 2003, emitió su postura sobre el tema en cuestión, y concluyó que los hijos nacidos en familias heterosexuales no presentan diferencias con los hijos de familias homosexuales en cuanto a su desarrollo psicosocial y su identidad de género.

La mencionada asociación afirmó, en 2003, que los factores de estrés encontrados en los padres gays, lesbianas y niños son en relación a la forma en que serán tratados por la sociedad, anteponiéndose a cualquier deficiencia en su rol parental.

The Child Welfare League of America afirma, con base en los estudios realizados, que los niños nacidos con uno o dos padres homosexuales tienen un funcionamiento emocional, cognitivo, social y sexual igual que los niños cuyos padres son heterosexuales. La evidencia muestra que el desarrollo óptimo de los niños está más influenciado por la naturaleza de las relaciones e interacciones dentro de la unidad familiar que por su forma estructural particular.

El heterosexismo prevalente, prejuicio sexual, la homofobia, y la estigmatización que dan lugar a la burla, la intimidación, la vergüenza de los niños acerca de la orientación sexual de los padres restringe su capacidad para formar amistades. Sin embargo, los niños parecen responder adecuadamente a los desafíos de comprender y describir a sus familias con sus compañeros y maestros. La CWLA, conocida por sus siglas en inglés, concluye que los problemas asociados con tales formaciones familiares no emanan del interior de la unidad familiar, sino de fuerzas perjudiciales externas. Los hijos de padres gays, lesbianas y bisexuales se desarrollan de mejor manera cuando la sociedad elimina actitudes nocivas y perjudiciales dirigidas a ellos y a sus familias.⁶⁹

⁶⁹ Con información obtenida en línea: “Revista de Derecho Privado”, cuarta época, año VI, núm. 11, enero-junio 2017, editada por la UNAM a través del Instituto de Investigaciones Jurídicas, [fecha de consulta: 11 de agosto de 2017]. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx>

CONCLUSIONES

1) La adopción no debe ser en todos los casos plena pensemos a guisa de ejemplo en aquellos casos donde el interés superior del menor este en grave riesgo de ser transgredido, como sucede en aquellos casos cuyo propósito es lucrar con la salud y la vida del menor adoptado traficando sus órganos, explotándolo laboralmente o sexualmente; en donde de un acto totalmente lícito como es la adopción se originan una serie de delitos como los anteriormente mencionados. El caso más emblemático y actual que ilustra lo que estoy exponiendo fue la desafortunada adopción de un menor de origen ruso adoptado por una pareja homosexual en Estados Unidos de América de nombres: Mark Newton y Peter Truong, quienes después de adoptar a este menor abusaron sexualmente de él y lo obligaron a ser víctima de abuso sexual por otras personas adultas, cuyos abusos sexuales perpetrados por estas personas fueron videograbados y colocados en un sitio especial de pornografía.

Es por esta razón que en casos como estos la adopción no debería ser plena sino solamente semiplena, es decir, que si no se garantiza una plena protección a los derechos, a la seguridad y al bienestar del menor esta adopción debería ser revocada.

2) Respecto a la adopción internacional considero que se deben exigir reglas jurídicas de adopción y de tutela de los derechos de los menores cuando menos equivalentes a las mexicanas para garantizar con mayor rigor la protección al interés superior del menor. Pues si el Estado de origen no obliga al Estado receptor a garantizar la protección de los derechos del menor adoptado y a que las autoridades competentes en el extranjero aprueben ese tipo de adopción, el Estado receptor no se preocupara en garantizar plena protección y seguridad a los derechos de aquellos menores que son adoptados en el extranjero, en estos términos lo planteaba el artículo 27 de la ya abrogada Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, ley que exigía reglas jurídicas de adopción equivalentes a las mexicanas tratándose de adopciones internacionales.

Desafortunadamente la vigente Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes ya no exige estas reglas jurídicas equivalentes en materia de adopción

internacional y por ello me parece que se transgrede el interés superior del menor, pues se pone en riesgo su integridad física, su salud y su vida.

3) Considero que en el caso particular respecto de la edad del menor que exige el Estado Mexicano para que el menor de edad pueda externar su opinión en virtud de su propia adopción debe prevalecer una consonancia respecto de lo que el Código Civil Federal y el Código Civil vigente para el Distrito Federal, regulan en torno a la edad que debe tener el menor para externar su opinión y la edad que se instituye en la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores de la cual México es parte; pues al existir esta ausencia de armonía entre uno y otro ámbito jurídico se afecta al interés superior del menor, en virtud de que mientras algunos menores de edad, mayores de doce años mexicanos se les toma en consideración su consentimiento para llevar a cabo su propia adopción dentro de nuestro país, a los otros menores de edad que van a ser adoptados por extranjeros se les exige que tengan más de catorce años para externar su opinión respecto de su propia adopción, como lo instituye el artículo 13 de la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores; cuando considero que se les debe brindar mayor protección y salvaguarda a estos menores que serán adoptados en el extranjero, en virtud de que serán trasladados a un país extranjero desconocido para ellos; pese a que sea un Estado miembro de los mencionados tratados internacionales de los que México también es parte, pues no dejan de ser leyes diferentes las que regulan estos actos jurídicos en el extranjero.

Por ello la insistencia de que debe existir una armonía con lo que dispone nuestro derecho interno y lo que se instituye en los instrumentos internacionales y bajo esta premisa se debe tomar en consideración la opinión de aquellos menores que tengan doce años, aun cuando no tengan más de catorce años como lo instituye el artículo 13 de la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores, por ello esto debe aplicar en todo tipo de adopciones que estén reguladas en nuestro derecho interno.

4) Derivado de los múltiples cambios que se han gestado en las últimas dos décadas y que han trascendido en muchos aspectos en nuestro mundo actual, es menester comentar que la ciencia y la tecnología han rebasado el mundo del derecho en general y al derecho familiar en particular, cambiando sus conceptos fundamentales

y planteado nuevos esquemas y desafíos en los que se debe llegar a una regulación integral que permita a su vez el progreso científico y el respeto a los derechos humanos, por ese motivo resulta preponderante hablar de manera concreta de la adopción de embriones humanos y el impacto que ha generado en los cánones socialmente establecidos

La adopción de embriones resulta un tipo de adopción *sui generis* porque lo que se adopta no es un menor de edad como tal, sino una persona en “potencia”.

Este tipo de adopción resulta de un procedimiento de procreación asistida que puede ser a través de inseminación artificial, fecundación *In vitro*, o gestación subrogada en donde hay un excedente de los embriones fecundados y son dados a una persona o pareja, con la cual el embrión no tiene vínculo genético.

La adopción de embriones podría considerarse como un tipo de adopción prenatal.

En nuestro país, este tipo de adopción no está contemplada en las legislaciones estatales, con la excepción del Estado de Tabasco, que permite la adopción de un menor, producto de un embarazo logrado a través de una técnica de reproducción asistida; sin embargo, esta legislación se refiere a la adopción del menor una vez que ha nacido este, y no en su etapa embrionaria.

En este sentido, la ley de adopciones del Estado de Veracruz prohíbe en su artículo 5 fracción I, de manera tajante, la adopción de menores antes de su nacimiento, lo cual me parece acertado pues en nuestro país todavía no contamos con el esquema jurídico necesario en materia de derechos humanos para llevar a cabo este tipo de adopciones.

5) Por lo que se refiere al tema de la capacidad, me parece que equiparar a un menor de edad como un incapaz provoca un notable error, pues un menor de edad tiene la capacidad de obrar o actuar aun cuando este limitado el ejercicio de este derecho, es por ello por lo que se justifica la función tuitiva de la patria potestad, para brindar mayor protección al menor, pero jamás debemos confundir a un menor de edad

con un incapaz, pues una cosa es admitir que el menor tiene determinadas limitaciones y otra muy diferente, es aceptar que es incapaz.

Por ello en una escala de grises, se debe respetar y considerar su opinión cuando se trate de alterar o afectar su esfera jurídica, considerando la edad en todo acto jurídico en el que ellos intervengan, no sólo en aquellos niños que tienen más de doce años de edad como lo instituye la norma jurídica en nuestro derecho interno; sino también a aquellos que estén en posibilidad de manifestar su decisión porque así se los permite su madurez cognitiva, además de considerar determinados criterios jurídicos para lograr el pleno respeto a los derechos humanos del menor, preservando en todo momento la igualdad por el respeto de sus derechos en relación con los derechos de terceros y exigir a las autoridades el cumplimiento de los mismos. Bajo esta coyuntura y debido a que los menores de edad por su propia naturaleza son seres vulnerables se puede comprender porque se privilegia con mayor relevancia el interés superior del menor ante cualquier otra pretensión.

6) En virtud de los aspectos que he abordado a lo largo de este trabajo de investigación es menester mencionar lo que implica la palabra menor por ser una palabra íntimamente vinculada con el tema de los derechos de los menores instituido en el artículo cuarto de la Constitución Federal y naturalmente con el tema del interés superior del menor; por ello considero de gran importancia referir la trascendencia de la palabra menor en concordancia con lo que establece el artículo uno de la Convención sobre los Derechos del Niño en la que con toda claridad podemos apreciar que se considera como niño a todo ser humano menor de dieciocho años, con excepción de aquellos países que en su regulación jurídica interna reconozcan lo contrario, anticipando desde luego la mayoría de edad a sus ciudadanos.

De lo cual podemos inferir que tener menos de dieciocho años no es el parámetro absoluto para determinar la minoría de edad, aunque si lo es como límite máximo para la protección del interés superior del menor.

7) En relación con el tema del interés superior del menor es menester mencionar que tiene su fundamento jurídico en el artículo cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual señala en su párrafo noveno: “En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés

superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez”.

El cuál cobra importancia en virtud de que siempre se debe primar la máxima protección tratándose de los derechos del menor, y privilegiar el pleno goce de sus derechos así como la satisfacción a sus necesidades más urgentes, otorgándoles mayor preferencia para el ejercicio de estos y garantizar por parte del Estado el cumplimiento absoluto de los mismos.

8) En torno al tema de la salud como un derecho primario vinculado al interés superior del menor, cobra importancia en virtud de que la salud constituye parte de los derechos básicos de obligada existencia para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad; por ejemplo: crecer en el seno de una familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, el derecho a la educación, a alimentarse y a la salud, por mencionar algunos.

Por ello en este entendido es que se ha considerado como derechos insoslayables para referirse al bienestar que debe tener todo menor en aras de lograr su sano desarrollo, cognitivo, psicológico, y emocional, derechos que bajo cualquier circunstancia deben primar o prevalecer sobre los derechos meramente secundarios los cuales en su mayoría son derechos de carácter procesal o también llamados derechos adjetivos. Por lo tanto, los derechos secundarios son aquellos que el legislador reconoce en la norma jurídica para que los niños que aún no cuentan con los derechos primarios puedan acceder a ellos, en aras de que un menor de edad pueda lograr su bienestar en una familia adoptiva. Por ello es por lo que los derechos primarios por la importancia que revisten, son de obligatoria observancia en todo proceso de adopción.

9) Es menester afirmar que en todo juicio de controversia del orden familiar, la opinión del infante no debe ser desahogada con una estructura formal o rígida como lo exige la ley para el desahogo de las pruebas testimoniales con el resto de los demás sujetos a proceso, pues esto puede ocasionar perturbación en un menor. Con esto lo que se busca es tener la mayor garantía de que el interés superior del menor debe

primar en todo momento, aun en aquellos juicios en los que la opinión del menor tenga un valor determinante en la defensa de sus derechos humanos.

10) En este corolario de los derechos del niño es menester mencionar el grado de importancia que guarda el interés superior del menor en la Convención Sobre los Derechos del Niño; bajo esta tónica es importante puntualizar que como parte de la relevancia que cobra el interés superior del menor en el referido instrumento internacional, los Estados miembros de la convención en comento deben poner especial atención a las instituciones públicas o privadas encargadas de la seguridad y protección de los derechos del menor desamparado, adoptando las medidas administrativas necesarias que se requieran para la salvaguarda del interés superior del menor.

A este respecto es importante mencionar que los Estados contratantes deberán observar que las instituciones encargadas del cuidado o la protección de los niños cumplan con las normas jurídicas previstas en el derecho interno así también deberán observar las normas jurídicas reconocidas en los instrumentos internacionales para su correcto funcionamiento en lo que corresponde a los aspectos de: seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

Además, los Estados miembros por lo que se refiere al derecho intrínseco a la vida que los niños poseen, deberán garantizar en la mayor medida posible la supervivencia y el desarrollo del menor como lo instituye el artículo 6 de la convención en comento, atendiendo en todo momento al interés superior del niño.

Por otra parte, los Estados contratantes deberán procurar que los menores de edad conserven los vínculos parento filiales con sus progenitores, y de separar si así lo ameriten las circunstancias a los menores de sus padres, de conformidad con la ley y los procedimientos legales aplicables cuando estas medidas sean necesarias para cumplir con el interés superior del menor, en virtud de lo que instituye el artículo 9 de la Convención Sobre los Derechos del Niño.

Bajo esta coyuntura el Estado tiene además la obligación de brindar información básica sobre el paradero de algún familiar o de familiares ausentes, cuando ello se derive de la separación de uno o ambos padres con el menor, por causas de detención,

encarcelamiento, exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento por cualquier causa, mientras la persona esté bajo la custodia del Estado); sólo será negada esta información cuando ello resulte nocivo para el bienestar del niño.

Además, en la presente convención también está contemplado el que los Estados contratantes garanticen que en todo proceso judicial o administrativo en el que se vea involucrado un menor, se considere su opinión, atendiendo a su grado de madurez.

En lo que respecta a aquellos niños que son privados de su núcleo familiar porque así lo exija la salvaguarda del interés superior del menor, los Estados miembros tienen la responsabilidad y obligación de brindarles protección y asistencia con el propósito de que se cumpla con los cuidados propios de la institución jurídica de la adopción, a efecto de que estos menores que están en estado de desamparo, tengan la oportunidad de vivir una vida lo menos compleja posible para lograr el objetivo del interés superior de la niñez, que es su bienestar integral, lo cual implica su sano desarrollo físico, mental, psíquico y emocional; en virtud de lo que instituye el artículo 18 de la convención referida.

En este tenor de ideas al consolidar procedimientos legales propios de la adopción, los Estados contratantes darán garantía de la continuidad de su sano desarrollo y naturalmente de que el medio donde se desenvuelven los niños es propicio para vivir armónicamente.

Otro aspecto de gran trascendencia contemplado en la presente convención es que debe estar debidamente garantizado y debe ser observado por los Estados contratantes y por las autoridades que intervienen en todos los procesos de adopción internacional, es el evitar que la colocación de un menor de edad en un país extranjero no dé lugar a beneficios lucrativos indebidos para quienes participan en ella, contemplado en el artículo 21 de la Convención Sobre los Derechos del Niño.

Con respecto al artículo 37 de la convención en comento y en torno a la relación que este artículo guarda con el interés superior del menor, se puede vislumbrar de manera puntual que en todo proceso penal al que sea sometido un menor, jamás será castigado con torturas, penas crueles, inhumanas o degradantes ni se le podrá imponer

pena capital o prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación en delitos cometidos por menores de 18 años.

11) En este orden de ideas es oportuno referir la importancia que cobra el derecho a la salud como derecho humano de segunda generación en la salvaguarda del interés superior del menor. Es de evidente apreciación, que el tema de la salud en todas sus aristas denota una importancia vital en el catálogo de derechos humanos en nuestro país, de ello se desprende que si el interés superior del menor está por encima de cualquier pretensión, la salud física, mental, emocional y psíquica de un menor de edad debe prevalecer de cualquier forma y frente a cualquier situación en la célula más importante de la sociedad que es la familia; en este esquema debe ser protegido y respetado el derecho a la salud del que gozan los menores de edad, en aras de procurar su bienestar integral.

Por esa razón la vigente Ley General de Niñas, Niños y Adolescentes en su artículo 13 instituye como derechos enunciativos mas no limitativos los siguientes: derecho a la salud, a la seguridad social, a no ser discriminado, a la vida, a la supervivencia y desarrollo y al derecho de prioridad; entre otros.

En esta misma tesitura el artículo 43 de la misma ley refiere que todo menor de edad tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y sustentable, y en condiciones que le permitan tener un bienestar integral en el cual pueda permear un desarrollo físico como mental, material, ético, cultural y social; acordes desde luego a las expectativas que pretende lograr el interés superior del menor.

12) En relación con los derechos de la niñez es importante poner de relieve que por lo que se refiere a la protección del menor de edad respecto de su integridad física como psicológica, ha tornado una preocupación latente en los tiempos modernos; no sólo a nivel internacional sino de manera particular en nuestro país, aun cuando contamos con mayor información sobre estos temas.

Es por ello necesario mencionar que los beneficios y medios de garantía de estos derechos deben extenderse no sólo a las niñas o niños que son los primeros titulares de este derecho, sino también debe de considerarse dentro de este parámetro

a los menores de edad que son adolescentes, incluyendo a aquellos individuos que están entre el rango de los 12 a los 18 años de edad.

Y debe ser el Estado quien debe supervisar y exigir el cumplimiento y goce de los derechos del menor referidos en la propia Constitución Federal tanto a las autoridades encargadas de la protección de los derechos del niño como a los ascendientes, tutores y custodios el preservar el cumplimiento de estos derechos, en virtud de que los menores de edad por su propia naturaleza no pueden ejercer este derecho por sí mismos.

13) Los requisitos que se exigen en el artículo 397 del Código Civil vigente para el Distrito Federal en sus fracciones II y III permiten vislumbrar de manera clara cuál es la intención de la adopción para el menor adoptado, pues en lo que respecta a la fracción II del numeral referido se instituye que para poder llevar a cabo el proceso de adopción en el Distrito Federal es necesario que el adoptante tenga más de veinticinco años cumplidos al momento de que el juez emita la resolución que otorgue la adopción y que tenga además diecisiete años más que el adoptado. Y en lo que corresponde a la fracción III menciona que el adoptante debe acreditar medios suficientes para proveer la subsistencia y educación del menor, como hijo propio; cómo podemos apreciar en esta fracción III del mismo artículo 397 menciona la palabra “hijo” equiparándola a tal grado de ser concebido un menor adoptado como un descendiente consanguíneo de padre biológico; es decir, que el menor adoptado deberá ser considerado como un hijo consanguíneo y su figura jurídica deberá ser equivalente en derechos y obligaciones al de un hijo procreado de forma biológica.

Por tanto, podemos afirmar que el lugar que guarda el menor adoptado en la nueva familia es equivalente a concebir que será considerado como un hijo consanguíneo dentro de una familia naturalmente conformada donde existan el padre y la madre o sólo uno de ellos, representando cada miembro que integra la familia los papeles propios que le corresponde desempeñar para los que biológicamente y naturalmente fuimos diseñados, por ello es por lo que existen además los impedimentos para contraer matrimonio entre el adoptante y el adoptado como lo existen en una familia conformada por hijos consanguíneos.

De lo que se desprende que de una relación paterno-filial derivada de la adopción se puede equiparar a un parentesco consanguíneo como lo instituyen ambos códigos civiles, siempre que en el entorno natural sea posible un vínculo biológico entre ascendientes y descendientes de nuestra propia especie humana, de lo contrario esto no tendría razón de ser; pues sería irracional crear figuras incompatibles con la condición natural del ser humano, que contravengan la propia anatomía humana, además de ello sería absolutamente ilógico.

14) Bajo esta coyuntura afirmo que en lo referente a tratar el aspecto de la procreación de seres humanos, es oportuno mencionar que independientemente de la base de los modernos métodos de reproducción humana, es necesario además del deseo de ser padres, como sucede en la mayoría de los casos, la presencia de un espermatozoide que fecunde a un óvulo independientemente de la forma de reproducción asistida legalmente permitida, pues naturalmente se requiere de estos factores para la procreación humana; lo cual significa que aun cuando exista la ausencia de alguno de los dos progenitores se pueda llevar a cabo la reproducción humana, pero esto no es equiparable a decir que es idóneo y además normal que un menor de edad tenga dos progenitores del mismo sexo, sean estos hombres o sean mujeres; pues esto no es en lo mínimo nada natural, en virtud de que no es parte de la naturaleza de origen del menor de edad que le permitió darle vida, pues como bien sabemos para engendrar un nuevo ser humano se requiere de la presencia necesaria de un óvulo y de un espermatozoide para concebir una nueva vida humana aun cuando se lleve a cabo la reproducción a través de un método asistido.

Es por ello por lo que naturalmente un menor de edad tampoco está preparado para asimilar el convivir con dos personas del mismo sexo y los cuales legalmente pueden ser considerados como consortes para convivir en un ambiente marital y compartir con un menor adoptado un mismo núcleo familiar.

15) En el ámbito psicológico la investigación “ADOPCIÓN: DESEO Y CRIANZA”, realizado por los psicólogos: Brenda García Hernández y Santiago José Ortega Serrano de la UNAM, en conjunto con la Universidad Iberoamericana, y la Asociación Mexicana de Psicoanálisis determinó, que las parejas homosexuales al pretender adoptar, ven en el proceso de adopción de un menor de edad el reclamo de un derecho, derecho que desde luego tienen los matrimonios heterosexuales y el cual al

igual que ellos quieren ejercer como matrimonio homosexual, pues para los matrimonios homosexuales el reconocimiento de estos derechos en la norma jurídica representa una igualdad de derechos frente a los matrimonios heterosexuales los cuales si pueden ejercer dicho derecho. En este entendido los matrimonios homosexuales quisieron tener el derecho a adoptar a menores de edad no por el deseo de ser padres y brindarle al menor adoptado una vida de excelente calidad, sino para ocupar la misma posición que ocupa un matrimonio heterosexual dentro de una sociedad, por esa razón el estudio en comento califica en estos términos a la adopción entre matrimonios homosexuales. Lo considera como un acto de tipo político, más allá de tener el deseo de lograr una parentalidad y crear una nueva familia, en donde se le proporcione al menor de edad lo necesario para su sano desarrollo, para gozar de un ambiente afectivo y disfrutar de un estado emocional saludable.

Además, es importante recordar que cuando se aprobó en la Ciudad de México a través de la Asamblea Legislativa el que pudieran contraer matrimonio personas del mismo sexo, sale a flote el afirmar que se aprobó no por un motivo totalmente altruista o jurídico, sino con un fin político, para tener un mayor electorado y cristalizar objetivos que obedecían más a intereses de carácter político que a intereses propiamente jurídicos. Esto lo expongo en virtud de que a raíz de aprobarse los matrimonios del mismo sexo automáticamente por antonomasia se reconocen también los otros derechos de los que anteriormente estaban reconocidos a las parejas heterosexuales y entre los que destacan el derecho a poder adoptar; y en este tenor de ideas las personas con preferencias homosexuales tuvieron mayor aceptación por el partido que propuso la reforma al matrimonio entre personas del mismo sexo y esto se consolidó en emitir su sufragio a favor del partido que enarbolo esta reforma en los ejercicio electorales que tuvieron lugar en el Distrito Federal.

Por otra parte, en consonancia con lo que se determinó en esta investigación psicológica: “una persona puede tener o adoptar a un hijo si así lo formula su deseo; sin embargo, no es obligación ser padres o tener hijos, pero debemos concientizar que del otro lado está el niño quien si tiene el derecho de tener a alguien que cumpla la función materna y paterna”.

16) La presencia activa de ambos padres es necesaria para el desarrollo psicosexual, psíquico y emocional de los menores adoptados tanto en el varón como

en la mujer, pues cada uno de los padres representa un papel importante en la formación psicológica de los hijos, en este entendido ambos padres permiten generar en el menor tres factores importantes: su individualización, su independencia y la diferenciación sexual, la cual permite una clara identificación sexual que constituye la piedra angular en la personalidad de todo ser humano.

Por una parte la madre por su condición natural tiende a proteger y a amar al menor como una parte importante de ella, pues a ello es atribuible el tiempo de nueve meses que estuvo en su cuerpo, en el caso de los menores adoptados el tiempo que transcurre en el proceso de adopción permite fraguar un nido psicológico en los adoptantes para prepararse a recibir al menor. Por lo que corresponde al padre su función cobra gran importancia en virtud de que a través de esta figura se puede marcar la diferenciación del género masculino con el género femenino es por ello por lo que cuando las madres o los padres son solteros es necesario que los hijos menores convivan con las figuras masculinas o femeninas de las que carecen en su núcleo familiar, esto permite generar en el menor un desarrollo psicosexual bien determinado.

Bajo esta coyuntura es importante mencionar que el eje afectivo y el eje emocional, son los ejes necesarios que vinculan al padre, a la madre y al hijo desde una perspectiva totalmente psicológica. Por ello es importante que los menores adoptados tengan proximidad con las figuras masculinas y femeninas durante su normal desarrollo, pues esto permite que se logren identificaciones emocionales, entre el padre, la madre y él mismo como hijo de ambos.

17) En mi opinión estimo que es saludable que con respecto al interés superior del menor reconocido en el artículo cuarto párrafo noveno de la Constitución Política de Estados Unidos Mexicanos deben existir cláusulas pétreas o de intangibilidad instituidas en la Carta Magna para todas aquellas reformas a la norma jurídica en donde se afecte de manera directa o indirecta la esfera jurídica del menor y propiamente al interés superior de la niñez, en este sentido, debería de estar previsto en el derecho interno la procedencia del amparo como una vía para evitar reformas que afecten a aquellas normas jurídicas que salvaguarden el interés superior del menor o que los efectos jurídicos de una norma jurídica reformada trasciendan en perjuicio de otra norma jurídica que regule el interés superior del niño.

Es por ello por lo que en aquellos aspectos torales donde esté involucrado dicho interés deben prevalecer cláusulas pétreas o intangibles no solamente para la norma constitucional sino también para las normas secundarias que de ella emanen, siempre que tenga que ver con la defensa de los derechos de los niños y su interés superior; las cuales deberán estar plenamente garantizados en los propios textos constitucionales, en aras de brindar una mayor protección a los derechos de los menores, cuando estos se encuentren en grave riesgo de ser trastocados.

18) Derivado del escrupuloso análisis que se realizó en la presente tesis pienso que esta reforma al matrimonio en nuestro país sin lugar a dudas se realizó con fines políticos, particularmente para tener mayor electorado en cargos de elección popular; nunca se hizo pensando en aportar un beneficio a los menores edad que carecen de una familia, o al respeto a la igualdad de derechos y libertades que deberían permear en una sociedad incluyente y plural respecto del estilo de vida que practique cada individuo en particular, o en aras de erradicar la discriminación a cualquier grupo vulnerable; mucho menos se hicieron estos cambios a la norma jurídica con la intención de salvaguardar el interés superior del menor, como lo he manifestado a lo largo de este trabajo exponiendo las premisas y las razones necesarias para evaluar los aciertos y desaciertos de esta reforma al matrimonio y sus implicaciones nocivas en detrimento del interés superior del mismo.

El matrimonio en el ámbito legal es un derecho de cada individuo y lo puede ejercer de manera libre atendiendo a los principios de igualdad y no discriminación consagrados en la propia Constitución Federal, pero no por ejercer este derecho se debe afectar la esfera jurídica de un grupo vulnerable como son los menores de edad.

Y no porque en la realidad social esté reconocido por la norma jurídica el respeto y la libertad a elegir la preferencia sexual que mejor se desee, implique que aquellas personas homosexuales deban tener leyes especiales para su estilo de vida, pues el darles más derechos no significa que tengamos una sociedad más incluyente y más plural, ello me parece irracional y además atenta contra la dignidad humana y menoscaba los derechos y las libertades de los demás; como es el caso de los menores de edad cuando son dados en adopción a matrimonios homosexuales.

En este entendido aun cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación determine que cualquier persona es libre de formar la familia que desee y que corresponde al legislador y no a la Corte el reconocer en la ley la libertad que tienen los individuos de formar la familia que deseen, el legislador no está facultado para imponer modelos de familias para que aquellos individuos que conforman parte de la sociedad elijan el tipo de familia que se ajuste a su estilo de vida; pues de ser así también debería el legislador permitir matrimonios polígamos a aquellas personas que deseen vivir así, bajo el esquema de que cada individuo integre la familia que quiere; y que además de ello se les permita adoptar al número de menores que deseen; sólo entonces el legislador se percatará que la libertad que todos ejercemos debe estar plenamente limitada por la ley, y en esta tesitura la convivencia con todos los integrantes que forman parte de la misma sociedad sería armónica y mantendría un adecuado equilibrio en el ejercicio de las libertades y los derechos que reconoce la Constitución Federal.

Derivado de ello afirmo que el derecho no es un estilo de moda, es un instrumento que horma la conducta del hombre en un tiempo y en un lugar determinado, sin que ello signifique que en virtud de la realidad social que vivimos se deba legislar de acuerdo con determinados intereses particulares, cuando debería ser todo lo contrario, se debe legislar atendiendo a una generalidad de intereses en común.

Además, al haber una influencia directa en el estilo de vida y hábitos cotidianos de un menor que convive día a día con una pareja homosexual, se genera un perjuicio en la salud emocional y psíquica del menor, pues como es de evidente apreciación un menor no tiene la madurez mental por su corta edad de poder lograr una adecuada individualización, independencia y diferenciación sexual, y al no darse un adecuado proceso en la consolidación de estos tres factores de vital importancia para el equilibrio de la salud emocional y psíquica del niño, se impide lograr una clara identificación sexual, lo cual como lo mencione anteriormente constituye la piedra angular en la personalidad de todo ser humano. En este tenor de ideas al no lograrse estos trascendentes procesos psíquicos para una clara identificación sexual, el menor de edad es afectado en detrimento de su salud psíquica y emocional comenzando a desarrollar psicopatologías a temprana edad.

19) Por último quiero aseverar lo que en algún momento el magistrado Lázaro Tenorio Godínez expreso en torno al tema que nos ocupa: “Que el tiempo aclare lo que por el momento la razón no puede ya que el día del mañana podamos pensar diferente, ante una nueva realidad que demuestre el beneficio social y el de los infantes.

Y confirmo además lo que muchas mesas de discusión pronunciaban, que respecto al tema de la reforma al matrimonio por parejas del mismo sexo, predominaron intereses particulares, cabildeo y presión de grupos homosexuales y activistas (LGBTTTI) para reformar el Código Civil en el tema del matrimonio y secundariamente para tener el derecho a adoptar.

Es menester también puntualizar que anteriormente la homosexualidad era considerada un trastorno mental en el Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales, por sus siglas en inglés (DSM), pero después de una intensa presión por parte de activistas homosexuales se originó entre los miembros de la Academia Americana de Psiquiatría, por sus siglas en inglés (AAP), un intenso debate, y a través de una votación y no de un sustento objetivamente científico se concluyó en quitar esa categoría de trastorno mental a la homosexualidad, en este análisis pienso que la reforma al matrimonio entre personas del mismo sexo no tiene un soporte científico confiable y serio, pues es evidente que no se hizo pensando en el bienestar del menor y mucho menos en proteger el interés superior del mismo.

Por otra parte, Vinyet Mirabent y Elena Ricart psicólogas clínicas y expertas en la adopción de menores asumen que la filiación adoptiva empieza en la mente de los padres mucho antes de encontrarse con “el niño” se va construyendo ese nido mental que al igual que en un embarazo biológico se van creando tanto para el futuro padre como para la madre expectativas conscientes e inconscientes en relación con el futuro adoptivo.

Además, es importante que para que realmente los adoptantes tengan un pleno deseo por llevar a cabo una paternidad; que su deseo por adoptar no esté ligado con llenar sus propias frustraciones y renuncias que la vida haya podido conllevar. Es por ello importante que las personas que solicitan realizar una adopción hayan superado suficientemente sus duelos, sus pérdidas y estén mínimamente conciliadas con su

realidad como acertadamente lo aseveran las psicólogas clínicas Vinyet Mirabent y Elena Ricart.

Es por ello por lo que pienso que una persona homosexual al no aceptar su propio cuerpo y su propia naturaleza de inicio ya tiene una frustración en la vida y si no logra superar estos conflictos internos, estos afectarían drásticamente el desarrollo emocional y la salud psicológica del menor, pues esto también afectaría la identidad sexual del menor y con ello su personalidad.

En este orden de ideas las mismas psicólogas clínicas Vinyet Mirabent y Elena Ricart afirman que se deben observar criterios de idoneidad para adoptar a un menor, y entre los criterios que tienen mayor relevancia ubicamos aquel en donde los solicitantes gocen de una suficiente salud mental, que hayan podido desarrollar una vida autónoma e independiente y que tengan una personalidad con un predominio sano y equilibrado; y que puedan sentirse mayoritariamente contentos y equilibrados con su trayectoria en la vida.

Bajo esta tónica es necesario garantizar al menor adoptado que no sufra una pérdida afectiva rápidamente ni tenga que lidiar con limitaciones físicas y de salud en general que sean atribuibles a sus padres adoptivos, pues esto irrumpiría su sano desarrollo y además sería doblemente difícil por las condiciones psíquicas tan precarias que padece, ligadas a su historia previa; es por ello por lo que un niño que llega con graves carencias afectivas, emocionales y económicas necesita de unos padres con un mínimo de condiciones que le permitan paliar y reparar lo que ha vivido; en este sentido necesitan un papá y una mamá física, mental y psíquicamente saludables.

Sin embargo, es menester mencionar que es fundamental la existencia de ambas figuras sexuales, en virtud de que por una parte la mujer aporta determinados componentes para lograr la identidad sexual y la personalidad de todo menor ya sea este o esta del sexo masculino o del sexo femenino, lo mismo sucede con el hombre; pues también él permite transmitir determinados elementos que contribuyen a la otra parte de la identidad sexual de todo ser humano. Además, debe existir el deseo de ambos miembros de la pareja de consentir la adopción de un menor, en esto radica que cada uno de ellos pueda externar y llevar a cabo el rol que le corresponde a efecto de que el menor de edad que será un integrante importante en la nueva familia, logre una

sana convivencia entre los demás miembros de la sociedad, en el que permee el respeto y la armonía con las demás personas que integran la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA.

BERESTEIN, Paula. *La adopción y el vínculo familiar: construyendo la historia*, Editorial Lugar Editorial, Argentina, 2014.

BRENA SESMA, Ingrid, *Las adopciones en México y algo más*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2005.

CARBONELL, Miguel, *Introducción General al Control de Convencionalidad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de UNAM, México, 2013.

CARDENAS MIRANDA, Elva Leonor, *Instrumentos internacionales en relación con la familia y sus miembros*, Editorial Porrúa, México, 2011.

DE LA MATA PIZANA, F., y GARZÓN JIMÉNEZ, R., *Derecho Familiar y sus reformas más recientes a la legislación del Distrito Federal*, Editorial Porrúa, 4ª. ed., México, 2008.

Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Editorial Porrúa, tomo I.

GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho Civil Primer Curso Parte General Personas Familia*, Editorial Porrúa, 12ª. ed., México, 1993.

GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, *Para entender la adopción en México*, Editorial Nostra ediciones, México, 2012.

GONZÁLEZ MARTÍN, N., y RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, S., *El interés superior del menor en el marco de la adopción y tráfico internacional. Contexto Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de UNAM, México, 2011.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho civil para la familia*, Editorial Porrúa, México, 2004.

HERNÁNDEZ CRUZ, Armando, *Los derechos económicos, sociales y culturales y su justicibilidad en el derecho mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2010.

MERCEL, Planiol, *Tratado elemental de derecho civil*, Editorial Porrúa, traducción de la 12ª edición francesa, por José M. Cajica Jr., volumen IV, México, 1946.

MIRABENT, Vinyet, y RICART Elena, *Adopción y vínculo familiar. Crianza, escolaridad y adolescencia en la adopción internacional*, Herder, España, 2012.

MORINEAU IDUARTE, Martha, *Derecho Romano*, Editorial Harla, México, 1987.

ROBERT ALEXY, *Derechos sociales y ponderación*, Editorial Fontamara, 2ª. Ed., México, 2013.

SILVA RAMÍREZ, Luciano, *El control judicial de la constitucionalidad y el juicio de amparo en México*, Editorial Porrúa, 3ª. ed., México, 2014.

SAUCEDO GALVÁN, Beatriz, *Parejas del mismo sexo, matrimonio y adopción en México y España*, Editorial Círculo Rojo, 2ª. ed., España, 2013.

TAPIA RAMÍREZ, Javier, Derecho de familia, Editorial Porrúa, México, 2013.

ZAVALA PÉREZ, Diego H., *Derecho Familiar*, Editorial Porrúa, 2ª. ed., México, 2008.

ARTÍCULOS EN REVISTAS.

MOYA MARÍN, Oscar, "Matrimonio homosexual y adopción intentando una mediación", ***Bien Común***; Fundación Rafael Preciado Hernández A.C., núm. 181, México, enero de 2010.

BELLO QUIROZ, Antonio, "MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO Y ADOPCIÓN: ¿ACCIONES ANTINATURA?", ***La Curul***, Revista del H. Congreso del Estado de Puebla, núm. 07, México, marzo-junio de 2010.

TESIS JURISPRUDENCIALES.

Tesis, III/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. V, enero de 2012, p. 4580.

Tesis, XLV/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVII, febrero de 2008, p. 1292.

Tesis, III/2016, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. II, marzo de 2016, p. 1727.

Clave: la., Núm. : XLI/2007. Amparo directo en revisión 908/2006.18 de abril de 2007.

FUENTES DE CONSULTA UNAM

Barroso Figueroa José, *La adopción efectuada por matrimonio homosexual*, Seminario de Derecho Civil Facultad de Derecho UNAM, México, 2014.

González Martín Nuria, *Un acercamiento a las nuevas estructuras familiares: la adopción homoparental*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de UNAM, México, 2006.

García Hernández, Brenda y Ortega Santiago José, *Adopción: Deseo y crianza, análisis de los distintos tipos de parentalidad adoptiva*. UNAM, UNIVERSIDAD IBEROAMERICANA, ASOCIACIÓN MEXICANA DE PSICOANÁLISIS. México, 2010.

SITIOS DE INTERNET

Con información obtenida en línea: “Departamento de Derecho Internacional de la OEA en español” [fecha de consulta: 28 de diciembre de 2016]. Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados>.

Con información obtenida en línea: “Revista de Derecho Privado”, cuarta época, año VI, núm. 11, enero-junio 2017, editada por la UNAM a través del Instituto de Investigaciones Jurídicas, [fecha de consulta: 11 de agosto de 2017]. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx>

LEGISLACIÓN

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial Gallardo Ediciones, México 2017.
- Código Civil Federal, Editorial Sista, México 2017.
- Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Sista, México 2017.
- Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, Editorial Sista, México 2017.
- Código Civil para el Estado de Tabasco. (Consultado en la página oficial del Congreso del Estado de Tabasco).
- Ley de Adopciones del Estado de Veracruz. (Consultado en la página oficial del Congreso del Estado de Tabasco).

FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO.

- Convención sobre los Derechos del Niño.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Opinión consultiva “OC-17/2002” de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.
- Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores.
- El Protocolo para Prevenir, Reprimir y Solucionar la Trata de Personas.
- La Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada.
- El Convenio de La Haya, relativo a la competencia, la Ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños.

- La Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias.
- Convenio de La Haya, sobre la competencia de autoridades, ley aplicable y reconocimiento de decisiones en materia de adopción.
- La Observación General número 13 relativa al artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas.
- Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Adopción de Menores.
- Convención de la Haya Sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional.