

# La adopción efectuada por matrimonio homosexual

José Barroso Figueroa\*

Sumario: 1. Introducción. 2. El interés prevalente en la adopción. 3. Recepción en el ámbito internacional de la adopción homogenérica. 4. Estudio crítico y estrictamente jurídico de la regulación en el Distrito Federal de la adopción por pareja homosexual. 5. Conclusiones.

## 1. INTRODUCCIÓN

Solamente unas breves palabras sobre el matrimonio homosexual: el problema que plantea la recepción legal del matrimonio homosexual, debe considerarse, en última instancia, como un tema de libertad. Nos parece claro que la decisión de cada quién de constituir una comunidad de vida con otra persona – sea del mismo o diferente sexo – constituye un derecho inalienable, personalísimo, que por tanto no puede ser afectado. Se trata de un derecho que evidentemente se inscribe dentro de los fundamentales del ser humano y que en el ámbito legislativo nacional queda claramente encuadrado dentro de lo dispuesto por el párrafo tercero del artículo 1º de la Constitución Política Federal, cuyo texto prohíbe toda discriminación motivada, entre otras causas, por “las preferencias” del individuo, entre las cuales, obviamente, está la sexual. En opinión de Martínez Morales, el párrafo tercero en cita, al prohibir cualquier clase o variante

---

\* Profesor titular “C” tiempo completo y Secretario General de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

de discriminación, está reiterando la parte inicial del mismo artículo 1º, que consagra para todo individuo, el goce de las garantías que otorga la Constitución.<sup>1</sup>

Concordantemente, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (de 10 de diciembre de 1948), de la cual México es parte, establece en su artículo 16.1 que los “hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin **restricción alguna** por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia...”; aunque la parte final del texto transcrito se refiere a restricciones derivadas de motivos específicos, al iniciar la disposición refiriéndose a “los hombres y las mujeres” y señalar que no puede serles restringido el derecho a casarse, lo que está consagrado en el fondo es la más amplia libertad para la persona de contraer matrimonio con quién mejor le parezca<sup>2</sup>.

Dos cuestiones a las que vale la pena hacer alguna referencia, son las que a continuación referiremos.

La primera, es que la denominación **matrimonio** cuando se adjudica a la unión de personas del mismo sexo, suele generar una reacción de instintivo o más bien irreflexivo rechazo, por parte de amplios sectores de la sociedad contemporánea, que si bien

no tendrían empacho en aceptar tales uniones como parte de la realidad social, en cambio abominan que se les llame precisamente matrimonio. Y es que tal vocablo se ha referido desde siglos atrás a la unión de pareja hombre–mujer. De asomarnos al Derecho Romano percibiremos que las definiciones de matrimonio más connotadas, lo caracterizan como una unión heterosexual; así lo hacen, por ejemplo, tanto Modestino como Justiniano<sup>3</sup>.

Y es que la palabra matrimonio lleva implícito un sentido femenino: “La palabra **matrimonium** se usaba normalmente para referirse a mujeres (por ejemplo, **in matrimoium dare** – o **ducere** o **collocare** – **filiam suam** ‘dar a su hija en matrimonio’), de un hombre, la expresión usual (para decir ‘casarse, tomar una esposa’) era **uxorem ducere** ‘conducir a una mujer’<sup>4</sup>.”

<sup>3</sup> Según Modestino (D. 23.2) “**Nuptiae sunt coniunctio et feminae consortium omnis vitae, divini et humani iuris comunicatio**. ‘el matrimonio es la unión del hombre y la mujer, una asociación de toda la vida, implicando la comunidad de intereses pecuniarios y religiosos’. En las Institutas de Justiniano (Inst. 1.9.2.): **Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum consuetudinem vitae continens**. ‘nupcias o matrimonio es la unión del varón y la mujer que lleva en sí un régimen inseparable de vida’”. Ambos conceptos están tomados de VENTURA SILVA, Sabino. *Derecho Romano. Curso de Derecho Privado*. Decimocuarta edición. Editorial Porrúa. México. 1997. Pp. 129 y 130.

<sup>4</sup> “GÓMEZ DE SILVA, Guido. *Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Española*. El Colegio de México. Fondo de Cultura Económica. México. 1996. P. 444.

<sup>1</sup> Cfr. MARTÍNEZ MORALES, Rafael I. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Quinta Edición. Oxford, University, Press. México. 2009. P. 1.

<sup>2</sup> La cuestión se reduce a este planteamiento: ¿constituye o no una facultad de todos individuo, la de formar una comunidad de vida con cualquiera persona de su agrado?

## La adopción efectuada por matrimonio homosexual

No podía ser de otra manera, ya que etimológicamente la palabra matrimonio está unida a la idea de madre (**mater**), que a su vez proviene del tema **matr**, mismo de la palabra matriz (**matriz, el útero**), tema al que se añade **ix**, terminación de sustantivos y adjetivos femeninos<sup>5</sup>, y es que el complemento **monium**, se ha entendido como carga o según decían las Partidas (Ley 2ª, del Título 2º, Libro IV) "**Matris, et munium**, son palabras del latín, de que tomó nome matrimonio que quier dezir tanto en romance, como officio de madre"<sup>6</sup>. Parece incongruente que se utilice la palabra matrimonio para aludir a la unión de dos varones, ninguno de los cuales, evidentemente, posee matriz.

En realidad el desacuerdo podría ser superado simplemente cambiando la denominación de matrimonio por alguna otra, cualquiera que ésta fuera. Empero, si hay empecinamiento por parte de los grupos homosexuales en que quede precisamente el concepto matrimonio, es porque el asunto no es puramente terminológico: detrás de él hay una amplia gama de consecuencias derivadas de la calidad de cónyuges que adquieren los miembros de la pareja al casarse y que se dan en los campos de la Seguridad Social, del

Derecho Agrario, del Laboral y otros más, incluido el Familiar, para diferentes efectos, incluso el que tiene que ver con la adopción.

La segunda cuestión, es que en el caso particular de México, la materia aparece contaminada por ciertos matices políticos, pues el partido que ha promovido y promueve los intereses de los grupos homosexuales, según la opinión generalizada, lo que pretende finalmente es atraerse el voto de dicho sector, lo cual podría ser definitorio en el caso de una elección cerrada en extremo, como lo fue la presidencial del 2006 (la ventaja del candidato vencedor fue menor al 1%, algo así como 250,000 votos). Es inadmisibles que eventuales intereses políticos desplacen a los fines socio-jurídicos de una institución de Derecho.

## 2. EL INTERÉS PREVALENTE EN LA ADOPCIÓN

Una cuestión fundamental para el tema que nos ocupa, representa la siguiente interrogante: ¿Qué interés debe considerarse como preponderante para la adopción?. Modernamente parece no existir controversia al respecto; es sin duda el del menor o, en su caso, del incapaz (en el Distrito Federal, pueden ser adoptados mayores incapacitados. Art. 390 del Código Civil). Pero no siempre ha sido así.

En la antigüedad, allí donde se admitía la adopción, el interés prevalente de manera casi exclusiva, o sin el casi, era el del adoptante. De este

<sup>5</sup> GÓMEZ DE SILVA, Guido. Op. Cit. Pp. 428 y 444.

<sup>6</sup> Cfr. ARIAS, José. *Derecho de Familia*. Editorial Guillermo Kraf Limitada. Buenos Aires. Argentina, 1952. P. 76. Y se agrega: "E la razón porque llaman Matrimonio al Casamiento, e non Patrimonio es esta. Porque la madre sufre mayores trabajos con los hijos que el padre".

modo ocurría en las culturas clásicas, lo mismo entre los hindúes que entre los griegos y los romanos; la explicación de ello es sencilla: la figura de la adopción tenía por objeto asegurar la persistencia del culto doméstico a los antepasados, a los penates. Había que garantizarle al fallecido una feliz estancia en el más allá.

Por lo anterior, resultaba indispensable la procreación. Había necesariamente que tener hijos, porque únicamente ellos estaban legitimados para rendir el banquete fúnebre. Para lograr este propósito, la religión solía acudir a diversas soluciones: la impotencia masculina era impedimento matrimonial y la esterilidad de la mujer causa de divorcio; se tenía la obligación de contraer matrimonio y si el esposo fallecía, el pariente más próximo – vg. el hermano del difunto – se encargaba de fecundar a la viuda para que el muerto tuviera descendencia. En último caso quedaba la adopción, con la cual alguien podía hacer suyo al hijo ajeno<sup>7</sup>.

Los hindúes sentían profunda preocupación por venerar a sus antepasados. Explica Ralph Tuner que en la antigua India “en todas partes se temía y reverenciaba a los espíritus de los antepasados”<sup>8</sup>

En el antiquísimo Código de Manú (circa 1500 A.C.) se disponía: “Al que

la naturaleza no ha concedido hijos, puede adoptar uno para que no cesen las ceremonias fúnebres”. Y es que al indo le afligía en extremo que concluyese un culto familiar; se lee en el **Bhagavad – Gita** (I, 40) “Ojalá nazcan siempre en nuestra descendencia hijos que nos ofrezcan el arroz, la leche y la miel... (por que la) extinción de una familia produce la ruina de la religión de esta familia; privados los antepasados de las ofrendas, caen en la mansión de los desgraciados.”<sup>9</sup>

En síntesis, podemos afirmar que teleológicamente la adopción estaba dirigida, como un último remedio, al beneficio del adoptante carente de descendencia, para que hubiera quien le ofrendara **post mortem**, el culto que haría su felicidad tras el fallecimiento. Los intereses del adoptado para nada contaban.

De igual manera ocurría en la comunidad panhelénica. En cuanto a este punto, el pensamiento griego guardaba una estrecha simetría con el hindú.

También entre los helenos el origen de la religión fue el culto a los muertos, según informa Justo Sierra, quienes habían traído esta práctica de culturas mesoasiáticas, particularmente de la indoeuropea aria<sup>10</sup>. Debía pues reflejarse, igualmente, esta creencia, en la urgente necesidad de perpetuar dicho culto.

<sup>7</sup> Cfr. FUSTEL DE COULANGES, Numa Dionisio. *Obras maestras*. Barcelona, España. 1965. P. 67.

<sup>8</sup> TURNER, Ralph. *Las grandes culturas de la humanidad*. Fondo de Cultura Económica, II. Los imperios clásicos. Cuarta impresión. México. 1985. P. 723.

<sup>9</sup> Citado por FUSTEL DE COULANGES, Numa Dionisio. Op. Cit. P. 62.

<sup>10</sup> Cfr. SIERRA, Justo. *Historia de la Antigüedad*. Obras completas X. Universidad Nacional Autónoma de México. 1984. P. 139.

## La adopción efectuada por matrimonio homosexual

Quien perpetuara el culto necesariamente debía ser un hijo. Pero no cualquier hijo; por ejemplo, no le correspondía al **notos** (bastardo, al que los latinos llamaron **spurius**); era imprescindible que se tratara del hijo fruto de matrimonio religioso<sup>11</sup>. A falta de este descendiente, podía recurrirse a la adopción, donde nuevamente su justificación reposaba en el interés del adoptante.

A un cierto individuo, en Atenas, se le disputaba su legitimidad de hijo adoptivo. Su defensor no argüía el interés de su defendido sino el del adoptante, el fallecido padre: Meneclis, decía el defensor, “no quiso morir sin hijos; deseaba dejar tras de sí alguien para que lo enterrase y le tributase después las ceremonias del culto fúnebre”<sup>12</sup>. Relata el defensor a continuación, las graves consecuencias que para el fallecido traerá consigo la omisión de ese culto, las penurias que le deparará la anulación de la adopción. Aun fallecido, el interés de Meneclis es el prioritario; así lo enfatiza el hijo enjuiciado. “Si anulais mi adopción, hareis que Meneclis haya muerto sin dejar hijo tras de sí, y, en consecuencia, nadie celebrará los sacrificios en su honor, nadie le ofrecerá las comidas fúnebres, y, en fin, quedará sin culto”<sup>13</sup>

Que la adopción era en interés del adoptante se reitera en numerosos

ejemplos. Sólo podía adoptar quien careciera de hijos, porque se adoptaba para perpetuar el culto y no por otra razón. La celebre controversia de Demóstenes contra Leocares, así lo demuestra<sup>14</sup>.

Cambiando de escenario, advertimos que también en Roma la adopción tenía por objeto beneficiar al adoptante, si bien hubo ahí una cierta evolución que permitió la adopción por parte de quien ya había procreado hijos. Originalmente, al parecer, era requisito para que procediera la adopción, la ausencia de hijos<sup>15</sup>, lo cual parece no ser requerido en tiempos de Gayo. En contraste, en los de Cicerón aparentemente la falta de descendencia biológica resultaba insoslayable premisa; en un cierto discurso Cicerón expresa: “¿Cuál es el derecho que regula la adopción? ¿No es preciso que el adoptante se encuentre en edad de no tener hijos y que antes de adoptar haya procurado tenerlos?. Adoptar es pedir a la religión y a la ley lo que no se ha podido obtener de la naturaleza”<sup>16</sup>. Es el verbo elocuente de Cicerón impugnando la adopción de Clodio, fundándose en que la persona que lo adoptó había procreado ya un hijo y que por tanto esa adopción es contraria al Derecho Religioso.

<sup>14</sup> Referencia hecha por FUSTEL DE COULANGES, Numa Dionisio. Op. Cit. P. 68.

<sup>15</sup> Cfr. BRAVO GONZÁLEZ, Agustín y BIALOSTOSKY, Sara. Así lo expresan, sin distinguir épocas, en su *Compendio de Derecho Romano*. Editorial Pax – México. Librería Carlos Cesarman, S.A. México. 1973. P. 40.

<sup>16</sup> Citado por FUSTEL DE COULANGES, Numa Dionisio. P. 68.

<sup>11</sup> Cfr. FUSTEL DE COULANGES, Numa Dionisio. Op. Cit. P. 64.

<sup>12</sup> Citado por FUSTEL DE COULANGES, Numa Dionisio. Op. Cit. P. 67.

<sup>13</sup> Citado por FUSTEL DE COULANGES, Numa Dionisio. Loc. Cit.

Fuera de los derechos griego y romano, en Occidente la adopción fue una institución de escasa difusión. Así en España, cuya legislación es antecedente necesario de la nuestra colonial, muy pocas son las noticias que se tienen de la etapa prerromana en cuanto a la adopción, por lo que no caben afirmaciones categóricas respecto a ella. Aun sobrevinida la dominación romana, no se conserva al presente “ninguna fuente de esta época que aluda directa o indirectamente a la adopción, pues en las inscripciones no aparece el menor indicio sobre su existencia.”<sup>17</sup> En la época visigótica tuvo mayor relevancia, aun cuando la legislación aragonesa, la más genuinamente española, la reguló con características *sui generis*. No la encontramos tampoco en el Código de Eurico ni el de Leovigildo (llamado Fuero Juzgo, en su versión romance)<sup>18</sup>. Empero, la circunstancia de que la adopción, raramente practicada, apareciera en la península como derivación y según el esquema del Derecho Romano, nos inclina a asumir que el interés del adoptado continuó relegado.

Tiene gran importancia el hacer referencia a la adopción en el Derecho Francés, concretamente por la gran influencia que este Derecho ejerció sobre nuestra legislación de los siglos XIX y XX. “El establecimiento de la adopción en Francia, durante la Revolución, fue una especie de resu-

rección”, escribe Planiol<sup>19</sup>. En efecto, la institución que nos ocupa, de facto había desaparecido de largo tiempo atrás, tanto en las provincias consuetudinarias como en el sur. Fue reintroducida por una decisión de la Asamblea Legislativa que ordenó, en 1792, se le incorporara en su plan general de leyes civiles. La Comisión redactora del Código no la introdujo en su Proyecto (redacción del año VIII); se incluyó a petición del Consejo de Estado, por instigación de Napoleón<sup>20</sup>, “que pensaba verosímilmente en asegurarse una descendencia por medio de la adopción”<sup>21</sup>; afirmaba el entonces Primer Cónsul: “El hijo adoptivo debe ser como el de la carne y los huesos”. Muy

<sup>19</sup> PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Tratado Elemental de Derecho Civil II*. Cárdenas Editos y Distribuidor. México, D.F. 1991. P. 220.

<sup>20</sup> Cfr. PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Loc. Cit.

<sup>21</sup> MAZEAUD Henri, León y Jean. *Leciones de Derecho Civil*. Parte Primera. Volumen III. Ediciones Jurídicas Europa – América. Buenos Aires. 1959. P. 549. Nota del autor: Mitad leyenda, mitad realidad, corre la versión de que Bonaparte deseaba fundar una dinastía que permanecería en el poder un milenio (recuerda al sueño de A. Hitler de instaurar un Estado Nacional Socialista cuya vigencia sería también de mil años). Pero esta aspiración tropezaba con la convicción del propio Napoleón, de que no podía engendrar hijos, por lo cual la única salida posible era la adopción. Su convicción provenía de que su consorte Josefina (Joséphine Beauharnais) había demostrado su aptitud física para concebir, pues de su primer matrimonio con Alexandre tenía la “parejita”, pero de su relación con el Gran Corzo, nada.

<sup>17</sup> GAMBOA ALIX, Germán. *La adopción*. José Ma. Bosch. Barcelo. 1960. P. 9.

<sup>18</sup> Cfr. GAMBOA Alix, German. Op. Cit. P. 11.

## La adopción efectuada por matrimonio homosexual

lejos estuvo el texto legal resultante de esa pretensión, texto que redujo esta figura a un mero modo de “transmitir el apellido y la fortuna, mucho más que un modo de crear una filiación”<sup>22</sup>. Debió sin embargo Bonaparte, tener el firme propósito de adoptar, pues incluso se conoce quién era el elegido.<sup>23</sup>

De todas formas es de apreciarse que hasta este momento histórico la adopción no había cobrado la finalidad que ahora tiene, la de ser un instrumento jurídico para la protección de los menores desamparados (o de los incapacitados si es el caso). El interés de quien iba a ser adoptado no contaba mínimamente. En realidad, la finalidad protectora no se hizo evidente en Francia sino hasta después de la Gran Guerra, como se denominó a la primera Guerra Mundial: “Luego de la guerra de 1914 a 1918, se pensó en hacer de la adopción una **institución caritativa**, susceptible de aportar un sostén a los huérfanos de guerra. La Ley del 19 de junio de 1923 transformó con esa finalidad la adopción... Los resultados de esta Ley fueron muy ventajosos: las adopciones pasaron, de un centenar por año, a un millar”<sup>24</sup>

En cuanto al Distrito Federal, la adopción fue una figura desconocida por la legislación decimonónica; ni el Código Civil de 1870 ni el de 1884 la incluyen. Aparece por vez primera en el artículo 221 y siguientes de la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917.

Es curioso advertir que no obstante que la adopción constituye una novedad aportada a la legislación nacional por esa Ley y a pesar de que ésta incluye una exposición de motivos (“Considerando”, dice textualmente la parte relativa, al abordar de manera panorámica la explicación de las disposiciones legales contenidas), no se razona ni explica el por qué se introduce una figura tan importante como es la de la adopción<sup>25</sup>; siendo así, resulta difícil la certidumbre acerca de si esta última fue adicionada con el propósito de beneficiar al adoptado o bien de satisfacer para el adoptante sin hijos, su natural anhelo de tenerlos; la parte final del párrafo octavo del “Considerando”, se limita a expresar: “...la adopción, cuyo establecimiento es una novedad entre nosotros, no hace más

<sup>22</sup> MAZEAUD Henri, León y Jean. Loc. Cit.

<sup>23</sup> Cfr. CARBONNIER Jean. *Derecho Civil*. Tomo I. Volumen II. Bosch. Barcelo. 1960. P. 376. Explica este autor que Bonaparte “tenía el propósito de adoptar a Eugène de Beauharnais y, en los grabados de la época, se le representa brindando a Josefina el título ‘De la Adopción’.”

<sup>24</sup> MAZEAUD Henri, León y Jean. Loc. Cit.

<sup>25</sup> En realidad, había una gran confusión en torno a ésta, entonces, novedosa institución. Una circular de 27 de julio de 1917, emitida por la Secretaría de Gobernación, reconoce que “se carece de la práctica necesaria para levantar las actas relativas en los libros del Registro Civil.” Y vaya solución la que se asumió para evitar esas dificultades: “Que los jueces del Estado Civil asienten las actas de adopción en los libros destinados a las de reconocimiento de los hijos naturales. Cfr. *Ley sobre Relaciones Familiares*. Ediciones Andrade, S.A. Segunda Edición. México. 1964. P. 10.

que reconocer la libertad de afectos y consagrar la libertad de contratación, que, para este fin, no sólo tiene un objeto lícito, sino con frecuencia, muy noble”.

El propósito de proteger mediante la adopción a infantes en situación de desamparo, se hizo patente ya entrando el siglo XX. Cabe señalar que la preocupación por asegurar a todo niño, en general, condiciones adecuadas para su conveniente desarrollo, fue un fenómeno global, que en el siglo pasado arraigó profundamente en la conciencia universal, como lo demuestran diversos instrumentos internacionales signados por prácticamente la totalidad de los países, para ese efecto.

Quizá el instrumento internacional más remoto dentro del género, sea la **Convención Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres y Menores** de 30 de septiembre de 1921 (reemplazada por la de 21 de marzo de 1950, de la que México es parte), seguida por la **Declaración de los Derechos del Niño**, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, que en el párrafo segundo de su Principio 7, coloca al “interés superior del niño”, como el principio rector en cuanto a la educación y orientación del niño; es claro que este convenio denota la preocupación internacional por procurar a los menores, las mejores condiciones para su adecuada formación física, intelectual y emocional.

Es interesante recordar también la **Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y el Bienestar de los**

**Niños, con Particular Referencia a la Adopción y la Colocación en Hogares de Guarda, en los Planos Nacional e Internacional**, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución de 3 de diciembre de 1986. Se reitera en este documento, el propósito de ubicar como prioritario el interés del infante, ubicado en una familia que no es la de su origen: “En todas las cuestiones relativas al cuidado de un niño por personas distintas de sus propios padres, los intereses del niño, en particular la necesidad de recibir afecto y su derecho a la seguridad y al cuidado continuo, deben ser la consideración fundamental”, añadiéndose en el artículo 14, que “Al considerar distintas posibilidades de adopción, los encargados de la colocación deberán elegir el medio más adecuado para el niño”.

Una nueva **Convención sobre los Derechos del Niño**, fue adoptada por la Organización de las Naciones Unidas treinta años más tarde, en 1989, también un 20 de noviembre. México se adhirió a este convenio mediante el instrumento de ratificación cuyo depósito efectuó en el mes de agosto de 1990, con lo cual, al ser parte del mismo, está obligado a cumplirlo. También en este pacto, se coloca al interés del menor en materia de adopción, expresamente, por encima de cualquier otro; en efecto, el artículo 21 expresa: “Los Estados parte que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial”.

Es crecido el número de instrumentos internacionales que de una u otra



## *La adopción efectuada por matrimonio homosexual*

manera se ocupan de atender los intereses de la infancia, por lo cual resultaría prolijo en exceso hacer referencia en un estudio de la naturaleza del presente, a cada uno de ellos; empero, es insoslayable la referencia a dos importantes convenciones de las que México es parte, la **Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores** (adoptada el 24 de mayo de 1984) y la **Convención sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional** (adoptada el 29 de abril de 1993). En ambos instrumentos se coloca como interés primordial el del menor. México se adhirió al primero de estos instrumentos el 12 de junio de 1986 y lo promulgó en el D.O.F. de 21 de agosto de 1987; el segundo lo ratificó el 14 de septiembre de 1994 y promulgó esa ratificación en el D.O.F. de 24 de octubre del mismo año.

Ahora bien, es claro que en ninguno de ellos se exige la diferencia de sexo entre los adoptantes, es decir, que se trate de un varón y de una mujer, pero también lo es que ello va implícito, es decir, se trataba no de un requisito sino de un presupuesto, o sea que se daba por supuesto que cuando se hablara de adoptantes cónyuges o concubenarios, la referencia estaba obviamente dirigida a una unión integrada por dos personas de diverso sexo, que era en esa época la única posible.

Todo lo anterior, es decir, la interrogante en torno a cuál es el interés prevalente en materia de adopción, va dirigida a la siguiente conclusión: con frecuencia se aduce que si la pareja

homosexual llena los requisitos legales, como aparentemente ocurre (sólo aparentemente) en el Código Civil del Distrito Federal, por qué se le va a privar del derecho que tiene a adoptar y, por tanto, de enriquecer su vida familiar con la presencia de un hijo, lo cual, podríamos decir genéricamente, anhele todo matrimonio (obviamente, el de homosexuales ahora lo es).

Pero, no, no, no; ese es un enfoque equivocado. Se está invirtiendo la cuestión: el punto, el centro de ella, es si tal adopción conviene o no a quien va a ser adoptado. El interés de los que pretenden adoptar es secundario... y hasta intrascendente.

Así planteado el dilema, deriva directamente a la pregunta; ¿en verdad conviene al menor (prescindamos, por ahora, de cualquier referencia al raro supuesto de cuando el adoptado es un mayor incapacitado) su adopción por pareja homosexual?

Ante todo, alejémonos de esa frecuente tendencia a la imitación extralógica, particularmente de modelos ajenos a nuestro medio e idiosincracia nacional. No nos dejemos arrastrar por aquello de que "hay que modernizar el Derecho de Familia" o bien actuemos bajo el deslumbramiento de que países presuntamente más cultos que el nuestro, "países de vanguardia", ya admiten el tipo de adopción que nos ocupa. Modernizar no significa cambiar por cambiar, aunque el camino elegido sea errado, así como tampoco conviene la imitación irracional e irreflexiva de soluciones creadas para realidades ajenas a la nuestra, que nos conducirán a una nefasta parodia. Pre-

guntémonos, simplemente, si el modo de vivir de la sociedad norteamericana, que reiteradamente vemos en la televisión y que cada vez influye más en el comportamiento de la nuestra, se ha traducido en ascenso o decadencia de la moral, de la noción de ética orientadora de las costumbres que hasta hace unas décadas nos eran propias.

¿Será que al interés del menor conviene que tenga dos papás o dos mamás?. ¿Es formativo para el menor el contemplar a dos varones o dos mujeres besándose o prodigándose de las caricias propias de los amantes? ¿le es constructivo ver esos deliquios amorosos entre dos personas del mismo sexo?. Lo menos que se puede decir, es que le sobrevendrá una confusión que bien se puede traducir en pérdida de identidad de género, pues la niña o el niño suelen identificarse para fortalecer esa identidad conativa, con el padre o con la madre, respectivamente. Hay que recordar que la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, en su artículo 8.1 dispone. “Los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad...”, identidad que obviamente incluye también la sexual. Tengamos presente que conforme al artículo 133 de la Constitución Política Federal, este Convenio, que México ratificó en agosto de 1990, por ese solo hecho está por encima de cualquier código civil local, ya que como tratado es “Ley Suprema de toda Unión”.<sup>26</sup>

<sup>26</sup> El proyecto de Decreto por el que se reforma el artículo 146 del Código Civil

para el Distrito Federal, en su primera parte denominada “Motivaciones y Justificación” concretamente en el párrafo 70, bajo el rubro “Evidencias empíricas sobre la crianza homoparental”, dice que “la evidencia científica” es en el sentido de que “los niños criados por padres heterosexuales no difieren de los criados por madres lesbianas” nótese que no se alude a niños adoptados por lesbianas, sino por madres lesbianas, lo cual hace presumir que el niño fue criado por su madre de esa tendencia, y no por una que conjuntamente con otra también lesbiana, lo adoptó. El lazo de filiación biológica, evidentemente, introduce una diferencia harto significativa. La alusión, además, sólo habla de madres, es decir de mujeres, pero nada se dice respecto de adopciones por varones homosexuales.

En seguida, de manera harto críptica que hace prácticamente imposible la corroboración, en tanto que las fuentes se mencionan pero sin ofrecer datos específicos, se añade siempre hablando de “familias de madres lesbianas”, lo siguiente: “Por ejemplo, en el estudio de Inglaterra, en las familias de madres lesbianas era más frecuente el juego de éstas con su prole, que en las familias heterosexuales (Golombok *et al* 2003)”. Adviértase que lo que se anota es que tales madres **jugaran** más con sus hijos que los padres heterosexuales, ¿y qué tanta relevancia tiene, de ser cierto este hecho, que jugaran más?; en verdad sí es importante que los padres jueguen con sus hijos, pero la formación de éstos, es más, mucho más, que el aspecto lúdico. A continuación, en el mismo párrafo se agrega que “en el estudio de Pennsylvania (Flaks *et al.*, 1995) las madres lesbianas tuvieron más habilidades de crianza que las heterosexuales”; bueno, y ¿qué?; en todo caso que las mujeres lesbianas posean “más habilidades” para la crianza califica a éstas (habría que ver los estratos sociales o el grado de educación de las mujeres contrastadas),

## La adopción efectuada por matrimonio homosexual

Es claro que la adopción por pareja homosexual, también llamada “homoparental” u “homogénica”, constituye una interferencia en el proyecto de vida de un menor, ya que lo conduce a una situación que evidentemente no es la regular (no lo es el tener dos madres o dos padres, en lugar de un padre y una madre, como normalmente acontece). Cada quien tiene derecho a formular su proyecto de vida y los pequeños no son la excepción. La Ley de los Dere-

---

pero nada nos dice de resultados, específicamente de si los infantes sufrieron problemas de identidad genérica, de cómo fueran acogidos en su medio social, etc. El párrafo aludido concluye afirmando: “en el estudio de Bélgica los niños de familias heterosexuales presentaron niveles más altos de conducta agresiva en comparación con los niños de familias homoparentales (Vanfraussen *et al*, 2002)”; este dato, puede ser revelador de que los niños criados por familias homosexuales (percibase que no se aclara si se trata de familias de varones o de lesbianas, por lo que asumimos que se trata de éstas últimas), son apocados, tímidos, lo cual los hace menos aptos para sobrevivir en una sociedad tan competitiva como la contemporánea; quizá los aplaste la repulsa general, la tendencia (que no compartimos, pero que es una realidad innegable) a ridiculizar a los homosexuales, eternamente ridiculizados en los medios (a lo que por cierto ellos contribuyen, al presentarse en los desfiles que seguido organizan, vistiéndose los varones con atuendos de bailarinas y descomunales pestañas). Bueno, pues este minúsculo y oscuro alegato, es a lo que la exposición de motivos del Proyecto llama, pomposamente, “evidencia científica”; resulta inconcuso que de existir, en efecto, una evidencia científica sólida y atendible, hubiera sido exhibida por los autores del Proyecto, lo cual no ocurre.

chos de las Niñas y los Niños (publicada el 31 de enero de 2000) en la fracción X de su artículo 60, establece como derecho de los menores acogidos en inclusas, “conocer su situación legal en todo momento y a participar en la elaboración de su proyecto individual de vida”.

Generalmente son dados en adopción niños muy pequeños que no tienen conciencia de que les aguarda un futuro, de ahí que la tarea de una elección afortunada deba corresponder a la autoridad. Preguntémosnos, si de estar en condiciones de elegir (esto es, de tener la capacidad suficiente para discernir lo que mejor le conviene), ¿alguien puede suponer que el menor preferiría una pareja homosexual a otra regular, o sea de mujer y hombre?.

¿Será conveniente para un niño tener dos papás o dos mamás y no, como es lo ordinario, una y uno?, ¿le conviene ser blanco de la burla de sus compañeros de primaria o secundaria (los pequeños y los adolescentes, por inconsciencia, suelen mofarse muy cruelmente de sus discípulos) o, al menos, de sus observaciones mal intencionadas?

Suele afirmarse de que si bien por ahora hay resistencia de los diversos sectores sociales para la práctica del tipo de adopción que comentamos, con el paso del tiempo dichos sectores se acostumbrarán y la situación se verá como normal. Aun suponiendo que esto pudiera ser así, ¿cuánto tiempo debería transcurrir para ello?, ¿qué número de menores tendrían que sufrir la desagradable experiencia antes de que sucediera como se dice?.

Es inconcuso que nada, nada, nos autoriza a arrogarnos el derecho de experimentar con vidas ajenas, sobre todo de seres indefensos como son los niños; un solo caso de padecimiento, de angustia o aflicción de un pequeño, desbarataría cualquier argumento esgrimido en contrario.

Por otro lado, si una niña o un niño van a ser puestos en contacto, en condiciones de absoluta privacidad, con personas que sabidamente sufren desviaciones sexuales, ¿no constituirá ello exponerlas extremadamente a atentados, ya que en su caso no existe siquiera la barrera de la sangre?

También suele aseverarse de manera inconsulta, lo siguiente: “esos pobres niños que tanto abundan por las calles, criaturas abandonadas que carecen de familia, de no tener ninguna a tenerla aunque sea de homosexuales, ¿no es preferible?”.

Este argumento es falaz. Esos pequeños que vemos por las calles, limpiando el parabrisas de los autos, vestidos de payasitos haciendo actos de acrobacia o de malabarismo, o efectuando alguna otra actividad de ese jaez, sí tienen padres (que a veces los explotan y otras la iniciativa de llevar a cabo tales tareas procede del encomiable propósito de los mismos jóvenes, de contribuir a los gastos domésticos de una numerosa familia), y jurídicamente no pueden ser separados de ellos sin que medie su consentimiento o resolución judicial.

En cuanto a los menores acogidos en inclusas, muy pocos son auténticos candidatos a la adopción. Contra una creencia muy generalizada, que

supone una gran cantidad de infantes esperando a un “alma caritativa” que se compadezca de alguno de ellos y lo adopte, lo cierto es que constantemente hay una gran cantidad de solicitantes y muy pocos niños susceptibles de ser adoptados, pues aunque las casas de cuna se encuentran ordinariamente cerca de su máxima capacidad, la mayoría de los ahí acogidos lo están temporalmente, pues fueron encomendados por la madre ya sea soltera y escasa de recursos, o que está internada en algún nosocomio o presa en el interior de la república o atraviesa alguna otra situación análoga, o también, pueden haber sido confiados por el padre viudo o separado que, por el momento, no puede atenderlos. Si el pequeño en esas condiciones, es entregado en adopción, ello conllevaría grave responsabilidad para el titular de la institución. Quienes hemos laborado para instituciones dedicadas, entre otras tareas, al resguardo y adopción de menores, sabemos de las situaciones que hay que evitar y prever con extremo cuidado.<sup>27</sup>

<sup>27</sup> El autor fungió como Jefe del Jurídico de la Casa Cuna de la Institución Mexicana de Asistencia a la Niñez (IMAN), cuando presidía esta Institución la señora Doña Guadalupe Borja de Díaz Ordaz. Al iniciarse el siguiente sexenio, el IMAN quedó bajo la Presidencia de Doña María Esther Zuno de Echeverría, quien lo designó Director Jurídico de toda la Institución, que más tarde con la fusión del INPI, pasó a ser el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF).

## La adopción efectuada por matrimonio homosexual

65

### 3. RECEPCIÓN EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL DE LA ADOPCIÓN HOMOGÉNICA

La respuesta al tema planteado al rubro debe ser asumida con extrema cautela, distinguiendo con claridad dos situaciones que con frecuencia se presentan. Una primera, donde el hijo biológico de uno de los miembros de la pareja homosexual es adoptado por el otro, de modo que ambos acaban siendo padres del infante: uno por el hecho de la naturaleza, el otro por decreto de la ley. Y una segunda donde, por permisión legal, un niño es susceptible de ser adoptado por una pareja homosexual, ninguno de cuyos integrantes tiene originalmente vinculación de parentesco con él. Esta segunda situación es la que ahora nos interesa y ocupará en adelante.

Cabe también una precisión. Desde luego la pareja adoptante debe constituir una unión, ya sea de hecho (concubinaria) o de Derecho (matrimonio o algún tipo de unión de las genéricamente llamadas “civiles”), reconocida por la ley, de modo que quede clara la posición del legislador, en el sentido de permitir que un infante crezca y conviva como hijo, con una pareja formada por dos personas un mismo sexo, que cohabitan maritalmente.

Estamos en el caso de adopciones homogenéricas que no necesariamente deban efectuarse por **matrimonios**, en el sentido jurídico de la palabra, sino incluso por otro tipo de uniones, a las que se les dan diversas denominaciones, pero que al fin y al cabo se

refieren a la comunidad de vida entre individuos del mismo género.

Sin entrar al detalle que sin duda requeriría de un prolijo estudio, lo cual escapa a las pretensiones de un artículo como el presente, es dable afirmar, con reservas, que es legal la adopción llevada a cabo por pareja homosexual en Argentina, Bélgica, Canadá, Dinamarca, España, Israel, Noruega, Países Bajos, Reino Unido, Sudáfrica, Suecia, Uruguay y también en algunos estados de la Unión Americana. Hemos dicho que con reservas, porque dentro de algunos de los países citados la franquicia para la adopción aparentemente es clara, pero en otros casos sólo parece deducirse del texto legal, siguiendo una interpretación cuestionable (como es el caso de México, que analizaremos más adelante), según acontece en algunos Estados norteamericanos.

No está por demás hacer la aclaración de que no siempre la admisión por la ley del matrimonio homosexual conlleva la de la adopción; un ejemplo inmediato de ello, es el de la legislación de Portugal, que consintiendo lo primero, rechaza lo segundo<sup>28</sup>. De la observación de las diversas legislaciones, se aprecia que en ellas, generalmente, la manera de autorizar la adopción homogenérica es consagrando la plena equiparación de los efectos que

<sup>28</sup> En efecto, el artículo 3º. de la Ley Num. 9/2010 de 31 de mayo del presente año, expresa: “Artigo 3.o. Adopcao. 1. As alteracoes introduzidas pela presente lei nao implicam admissibilidade legal de adopcao, em qualquer das suas modalidades, por pessoas casadas con conyuge do mesmo sexo”.

produce la unión homosexual y los que genera la de personas heterosexuales.

Al parecer, fue España el primer país que consagró la igualdad anotada, al introducir por la Ley 13/2005, de 1º de julio de 2005, el ahora párrafo segundo del artículo 44 del Código Civil (contenido en el Título IV del Libro I del Código Civil, intitulado “De los requisitos del matrimonio”), que expresamente dispone:

“Art. 44. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y **efectos** cuando ambos contrayentes sean del mismo o diferente sexo”.

Correlativamente con lo anterior, advertimos que el artículo 175 del mismo ordenamiento, en su párrafo 1, establece:

“Art. 175. La adopción requiere que el adoptante sea mayor de veinticinco años. En la adopción por ambos cónyuges basta que uno de ellos haya alcanzado dicha edad. En todo caso, el adoptante habrá de tener, por lo menos, catorce años más que el adoptado”.

Se advierte inmediatamente que en el país antes citado, la facultad para adoptar reconocida a las uniones homosexuales se produce por vía de consecuencia, es decir considerando matrimonios a las mismas, con lo que se entiende satisfecho el requisito legal para el supuesto de que la adopción se efectúe por más de una persona. Esto, porque si revisamos cuidadosamente el capítulo que regula la adopción (Capítulo V, Sección Segun-

da, del Título VII, Libro I, del Código Civil) no vamos a encontrar precepto alguno que consagre, expresamente, la posibilidad que es objeto de nuestra atención, es decir, que los matrimonios formados por personas del mismo sexo puedan adoptar.

Sin embargo, es de destacarse que en el Código Civil Español, a diferencia del mexicano para el Distrito Federal, se esclarece la **voluntas legislatoris**, cuando en el artículo 44 antes transcrito, se precisa que el matrimonio producirá en todo caso los **mismos efectos**, ya se trate de que haya diferencia o identidad de sexos de ambos miembros de la pareja.

Otro tanto acontece con el Código Civil Argentino, que es el que más recientemente ha dado cabida al matrimonio homosexual, tras la aprobación de la reforma al mismo, que diera lugar una enconada discusión (treinta y tres votos a favor, veintisiete en contra y tres abstenciones), el día 15 de julio retropróximo.

El párrafo segundo del artículo 172 del citado Código, quedó de la siguiente manera:

“El matrimonio tendrá los mismos requisitos y **efectos**, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o diferente sexo”.

El artículo 312, en su párrafo primero expresa:

“Nadie puede ser adoptado por más de una persona simultáneamente salvo que los adoptantes sean cónyuges”.

## La adopción efectuada por matrimonio homosexual

67

También en el caso argentino, la facultad de adoptar por parte de un matrimonio homosexual no se establece expresamente en la ley, pero difiriendo de lo que acontece con la legislación mexicana, de manera categórica se dispone que el matrimonio entre contrayentes del mismo o diferente sexo, produce “los mismos...efectos”, obviamente entre ellos el consistente en la posibilidad de adoptar. Tampoco adolece de otras anomalías como las que señalaremos más adelante cuando revisemos lo relativo a la legislación del Distrito Federal sobre la materia.

Finalmente, cabría la reflexión de que la voluntad manifestada en la ley por los cuerpos parlamentarios (cuyos miembros entre sí suelen tener enconadas diferencias), no necesariamente refleja la de la comunidad a la que representan, sino muy frecuentemente se inclinan bajo la presión de minorías combativas que imponen su interés utilizando variados medios de presión.

Asímismo, a nadie se oculta que, frecuentemente, los legisladores no actúan bajo el influjo de su particular arbitrio, sino con sujeción a las directrices que les marca el partido político al cual pertenecen, partido que suele actuar guiado no por razones altruistas o jurídicas, sino meramente electorales. En el Distrito Federal, la Asamblea Legislativa está dominada por un solo Partido, que tiene la mayoría absoluta, y cuyos asambleístas son altamente disciplinados.

### 4. ESTUDIO CRÍTICO Y ESTRICAMENTE JURÍDICO DE LA REGULACIÓN EN EL DISTRITO FEDERAL DE LA ADOPCIÓN POR PAREJA HOMOSEXUAL

**A**nalicemos ahora el aspecto netamente jurídico. El tema es: ¿realmente el Código Civil admite la posibilidad de que la pareja homosexual pueda adoptar a un menor?, ¿llena esa pareja los requisitos que hacen precedente la adopción?

Sostenemos que la recta interpretación de la legislación vigente conduce a una solución negativa.

Examinemos la cuestión. El artículo 391 del Código Civil vigente requiere que cuando la adopción se lleve a cabo por más de una persona, se trate de cónyuges o concubenarios. Este precepto no se tocó en la reforma publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el 29 de diciembre de 2009. Por otro lado, el artículo 146 del mismo ordenamiento, antes de la citada reforma definía al matrimonio como “la unión libre **de un hombre y una mujer...**”; el texto modificado del artículo expresa que el matrimonio es “la unión libre de dos personas...”, es decir, suprime la aclaración relativa a la diferencia de sexo. Así, con la nueva redacción del precepto, aparentemente queda superado el obstáculo que impedía la adopción por parejas de homosexuales. Decimos que **aparentemente**, por que tal interpretación es, al propio tiempo, simplista y amañada.

Como el Código Civil en vigor tiene su antecedente inmediato en el de

1928 (vigente a partir de 1932), conviene recordar cómo estaba redactado el artículo 391 en este último ordenamiento.

La redacción original del artículo 391 del Código Civil (es decir, la que tuvo a su promulgación), expresaba: “El marido y la mujer podrán adoptar cuando los dos estén conformes en considerar al adoptado como hijo”. Aunque durante la vigencia de dicho Código fue reformado en dos ocasiones (D.O.F. de 17/II/70 y de 28/V/98), mantuvo la referencia a “el marido y la mujer”, al aludir a los posibles adoptantes. Obviamente, a las personas no unidas conyugalmente les estaba vedado adoptar.

Al ser asumido, mediante un procedimiento harto irregular, el Código Civil de 1928 como Código Civil del Distrito Federal (promulgado el 25 de mayo de 2000 y vigente a partir del 1º de junio siguiente), el nuevo texto del artículo 391 expresó: “Los cónyuges o concubinos podrán adoptar, cuando los dos estén conformes en considerar al adoptado como hijo... etc.”. Debe tenerse en cuenta que en ese momento, el matrimonio sólo podía celebrarse entre varón y mujer. En cuanto a la adición, en el sentido de que los concubinarios (que no concubinos, pues en el idioma español el plural se hace a partir del género masculino) también pueden adoptar, se hizo con el propósito de fortalecer al concubinato y no alteró en absoluto lo que concierne al sexo de los adoptantes, pues aquel también suponía la diferencia de género, ya que debía estar formado por una concubina y un concubinario, como se

advierde de la simple lectura del Capítulo XI del Título Quinto, Libro Primero, del Código Civil y, particularmente, del texto del artículo 291 Ter<sup>29</sup>

Nos parece incontrovertible la afirmación de que, cuando aparece el Código Civil de 1928, la redacción del artículo 391 no fue pensada suponiendo que en algún momento posterior, el matrimonio podría celebrarse entre dos personas del mismo sexo<sup>30</sup>; todo lo contrario, se hizo tomando en cuenta la inveterada condición propia del matrimonio (y también del concubinato), consistente en estar integrado por dos personas de sexo diferente. Reiteremos, no se elaboró el artículo 391 concernido, para ser aplicado a una situación como la que vino a

<sup>29</sup> El artículo 291 Ter, dispone: “Regirán al concubinato todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia, en lo que le fueren aplicables”.

<sup>30</sup> Si bien el Código Civil de 1928 nunca definió al matrimonio, es evidente que daba por supuesto que sólo podía celebrarse entre personas de diferente sexo, como se deduce de la multitud de preceptos que aluden al “marido” y “la mujer”. Fue el Código de 2000 el que introdujo, en su artículo 146, una definición, en los siguientes términos: “Matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida en donde ambos se procuren respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos, de manera libre, responsable e informada”. Se trata de una definición infortunada por deficiente, debido a que la expresión “unión libre”, se ha opuesto tradicionalmente a la noción de matrimonio, que se entiende como una unión formal; lo que se quiso decir, seguramente, es que se trata de una unión libremente pactada, no de una unión libre.



## La adopción efectuada por matrimonio homosexual

resultar ahora, es decir, para el caso de que la adopción se lleve a cabo por una pareja homosexual. Por lo tanto, querer valerse de tal redacción para interpretarlo aseverando llanamente que puesto que dos homosexuales varones o dos lesbianas pueden ser matrimonio, les está permitido adoptar. Esta interpretación, como aseveramos antes, es mañosa y antijurídica, pues cada disposición debe interpretarse de acuerdo al contexto legal vigente al momento en que fue creada<sup>31</sup>, para

<sup>31</sup> Llamamos especialmente la atención sobre lo siguiente: **NO** nos referimos al contexto social sino al legal. No desconocemos que existen diferentes escuelas históricas de la interpretación que sostienen diversos criterios para proceder a ésta, tales como la Escuela Exegética (que representa la postura clásica: búsqueda de la voluntad del legislador), la Histórica (que fue reacción contra el legalismo; supone que la ley no contiene la voluntad del legislador sino la del pueblo, por lo cual una vez creada se independiza de aquel y queda sujeta a todas las mutaciones que sufre la sociedad y que se reflejan en ella), la Histórico- evolutiva (según la cual, la ley esta hecha para ser vivida por la sociedad, y por ello la interpretación debe amoldarse **en lo posible**, al ritmo progresivo de esa sociedad), la Teleológica, (cuyo expositor, quizá único, sea Vander Eycken, según la cual el juzgador debe dirigir su interpretación de la ley hacia el fin social de la institución de que se trate) y otras más, que presentan diferentes enfoques. Pero aquí no nos estamos refiriendo a la interpretación de la norma en cuanto a su contexto social, sino en cuanto a su contexto legal, es decir, que debe ser interpretada en armonía con las demás disposiciones del ordenamiento legal donde se ubica y que le es o fue contemporáneo.

no incurrir en casos como éste, en una interpretación extralógica.

La adopción es una figura jurídica que ha estado sujeta a cambios, pero el conjunto de normas que la regulan debe ser interpretada en armonía con el contexto legal prevaleciente al momento de su creación, a efecto de respetar los elementos lógico<sup>32</sup> y sistemático<sup>33</sup> de la interpretación. Si los

<sup>32</sup> El elemento lógico “opera por medio de razonamientos... compara el texto legal con otros relativos al mismo objeto. Sigue un proceso de descomposición del pensamiento inspirador de la ley para establecer las relaciones existentes entre los distintos elementos que la integran” (Rafael de Pina. Elementos de Derecho Civil Mexicano. México. 1960. Pág. 183). Para Soto Sobreira y Silva una sana e integral teoría de la norma de Derecho, “no puede prescindir de los aspectos y consideraciones sustantivas que derivan de la concepción filosófica del autor”, debiendo evitarse caer en una concepción que desembogue en enunciado o explicación de situaciones formales (cfr. Teoría de la norma Jurídica. Editorial Porrúa. México. 1997. P.89). Este autor nos proporciona la idea de que las normas deben ser entendidas en atención a la idea que ilumina al conjunto de ellas y no proceder a su mera aplicación formal, por tanto. Cada institución jurídica es un todo armónico y con esta base debe procederse a la interpretación de las normas que la integran.

<sup>33</sup> “El elemento sistemático, escribe Savigny, se refiere a la conexión interna que enlaza a todas las instituciones y reglas jurídicas dentro de una magna unidad. Este plexo se halla lo mismo en el contexto histórico que en la mente del legislador; y, por consiguiente no conocemos por completo su pensamiento, si no esclarecemos la relación en la cual la ley se encuentra con todo el sistema jurídico y el modo en que ella debe intervenir eficazmen-

preceptos reformados se aplican a rajatabla según su texto actual, queriendo vincularlos con otros vigentes de antiguo, se obtienen soluciones aberrantes, equiparables a esos rompecabezas que se pretenden “armados”, cuando las piezas utilizadas en realidad no embonan. Veamos si no es así, utilizando no otra figura jurídica, sino la de la propia adopción.

A nuestro entender, las principales consecuencias de la adopción en su articulación contemporánea, son: el surgimiento de la obligación recíproca entre el adoptado y el adoptante y sus ascendientes, de proporcionar alimentos, y la asunción de la patria potestad sobre el menor, por parte del adoptante y, en su ausencia, de los abuelos, ya paternos ya maternos. Veamos ahora las disposiciones que específicamente regulan ambas cuestiones y percibamos que aplicadas las mismas textualmente conducen a soluciones insatisfactorias.

Partamos de que el artículo 293, párrafo tercero, del Código Civil equipara al parentesco surgido de la adopción con el de la consanguinidad, dice “como si el adoptado fuera hijo consanguíneo”. Por cierto, como se trata no de una especie de consanguinidad, sino de otra figura que se le **equipara**, habría que preguntarse hasta dónde

te en el mismo” (citado por Rafael de Pina. Op. Cit. Pp.183 y 184). Es claro que toda norma pertenece a un sistema y cuando se interpreta a una figura perteneciente a ese sistema, debe ser desentrañado su significado atendiendo a la ideología y tendencias que informen ese sistema; sacarla de contexto es desvirtuarla.

llega la equiparación, debiéndose responder a tal interrogante, que la equiparación perdura hasta en tanto no exista un norma expresa que la frene. El artículo 410 A reitera que el “adoptado en adopción plena se **equipara** al hijo consanguíneo para todos los efectos legales, incluyendo los impedimentos de matrimonio”<sup>34</sup>, y agrega que “El adoptado tiene en la familia del o los adoptantes los mismos derechos, deberes y obligaciones del hijo consanguíneo”

Veamos ahora qué encontraríamos de aplicar la normatividad vigente para la adopción, de manera irreflexi-

<sup>34</sup> Alguien podría alegar aunque sin razón, que el artículo 410 A ya no tiene aplicación, puesto que ahora no existe un tipo de adopción que denomine “plena”, toda vez que a la fecha ya sólo existe un tipo de adopción, por lo cual ha desaparecido la anterior distinción entre adopción simple y adopción plena. Por otro lado, fue un nuevo error establecer que los efectos de la adopción se prolongan hasta los impedimentos matrimoniales, pues es claro que el hijo procreado por el adoptante podría querer casarse con su “hermana” o “hermano” adoptado (con el cual carece de parentesco biológico) y al no existir posibilidad de dispensa o revocación de la adopción, se condenaría a la pareja que seguramente no desistiría de su amor, a convivir extramatrimonialmente; incluso, la relación amorosa pondría surgir entre adoptante y adoptada o adoptado, según el caso, y mediante la revocación de la adopción (que ahora está vedada, lo que anteriormente no acontecía) bien podrían unirse matrimonialmente, lo cual es preferible a una unión, que por su imposibilidad de legitimación mediante matrimonio, resultaría clandestina (del latín **clam**: secreto, encubierto, furtivo).

## La adopción efectuada por matrimonio homosexual

va e inflexible, es decir, con estricto apego al texto y sin considerar lo que el sentido común aconseja.

En lo atinente a la obligación de ministrar alimentos entre consanguíneos, advertimos que conforme a lo dispuesto en los artículos 303 y 304 del Código Civil del Distrito Federal, esa obligación se extiende a los padres y demás ascendientes, así como, en su caso, a los hijos y ulteriores descendientes. En cambio, en el supuesto de la adopción la obligación se da únicamente entre adoptante y adoptado, según dispone el artículo 307. No vale alegar aquí lo que señalan los artículos **genéricos** como el 410-A, pues es bien sabido que de entreverse alguna antinomia, debe prevalecer la norma específica (la creada para el caso de que se trata) sobre la general, siendo la específica para los alimentos en tratándose de adopción, el artículo 307, mismo cuyo texto es categórico y no establece distinciones.

Desde luego que la anterior solución no obstante ser técnicamente fundada, es incorrecta. Y lo es, porque cuando el artículo 307 aparece en el Código de 1928, con un texto idéntico al actual, se generó para ser aplicada en armonía con la regulación entonces existente de la adopción, que limitaba los efectos de la misma a adoptante y adoptado. En todo caso, esta norma se aplica para las adopciones “simples”, pero no así a las “plenas”, introducidas al Código Civil por Decreto publicado en el D.O.F de fecha 28 de mayo de

1998<sup>35</sup>. Por eso en el momento actual, es perfectamente sostenible la tesis de que el artículo 307, no obstante que no hace distinción o aclaración alguna, no es de aplicarse en el supuesto de las adopciones ahora celebradas, pues no fue creado para regirlas, ya que cuando se creó la situación era otra, en tanto que existía únicamente un tipo de adopción, por lo cual la disposición legal sólo podía referirse a ese tipo, que ahora ha desaparecido (salvo la excepción contemplada en el artículo 410 D), para ser reemplazada por un nuevo concepto de adopción, al cual el artículo 307 es totalmente ajeno. Así pues, entendemos que en cuanto a las adopciones efectuadas en nuestro tiempo, la obligación recíproca de proporcionarse alimentos se extiende a los ascendientes del adoptante y a los descendientes del adoptado.

Algo semejante ocurre en cuanto a la patria potestad. El artículo 414, párrafo segundo, prescribe que “A falta de ambos padres o por cualquiera otra circunstancia prevista en este ordenamiento, ejercerán la patria potestad sobre los menores, los ascendientes en segundo grado... etc.”, es decir, los abuelos. Empero, en cuanto a la adopción existe un dispositivo especial, el artículo 419, cuyo texto expresa: “La patria potestad sobre el hijo adoptivo, la ejercerán únicamente las

<sup>35</sup> Hoy ha desaparecido del Código Civil, la distinción entre adopciones simples y plenas, no subsistiendo sino un solo tipo de adopción que vendría a corresponder a la segunda, pero las adopciones efectuadas hasta antes de mayo de 1998 deben continuar regidas por su legislación contemporánea.

personas que lo adopten”. Aplicada según su letra la anterior norma, que tampoco hace distinciones o aclaraciones, excluiría del ejercicio de la patria potestad a los ascendientes del adoptado, puesto que ellos no lo adoptaron y la titularidad de tal ejercicio se reserva “únicamente” a quienes si lo hayan hecho. Ofrecer esta solución sería una notoria equivocación, por las mismas razones aludidas en el caso de los alimentos, que resultaría reiterativo repetir.

Nos preguntamos primeramente, ¿qué quedaría de la adopción según su concepción actual, si segregamos de ella la obligación entre los ascendientes del adoptante y el adoptado de proporcionarse alimentos, y la facultad de ejercer la patria potestad por parte de los ascendientes del adoptante (en ausencia de éste) sobre el adoptado menor de edad?. Pues muy poco, sólo una adopción muy cercana a la anteriormente conocida como “simple”.

Pero, en segundo lugar, también inquirimos, ¿Por qué habría de procederse de esta manera en los dos citados supuestos (esto es, considerando su contexto histórico y sistemático) y no así para el caso de la adopción?. No encontramos razón alguna que lo justifique.

## 5. CONCLUSIONES

**P**rimera. El problema relativo a la unión homosexual es simplemente un problema de libertad: cada quien

es absolutamente libre de crear una comunidad de vida con quien le apetezca y nadie puede legítimamente reprocharlo o tan siquiera inmiscuirse de cualquier manera en esta decisión.

**Segunda.** La palabra matrimonio, por razones sociológicas, legales (como en el caso de la adopción) y aun semánticas, no es la adecuada para denominar a las uniones homosexuales.

**Tercera.** El interés prevalente en toda adopción es invariablemente el del adoptado. Cualquier otro tiene un valor secundario y debe subordinarse.

**Cuarta.** La recta interpretación de la normatividad que en su conjunto regula la adopción dentro del Código Civil, conduce a la solución de que los matrimonios formados por personas del mismo género, no están autorizados para llevar a cabo la adopción de un menor.

**Quinta.** En virtud de que los menores a quienes se adopta, por razón de su edad, sobre todo si son muy pequeños, no están e aptitud de elaborar su proyecto de vida (a lo que la ley les da derecho), corresponde a la autoridad actuar enérgicamente, para asegurar a los pequeños las condiciones adecuadas para su desarrollo, en un familia como las ordinariamente existentes.

**Sexta.** Toda adopción es tan buena como se aproxime a la surgida de la procreación natural: con un padre y una madre (como todas las de los demás niños que serán contemporáneos del menor adoptado y sus compañeros de estudios, juegos y aventuras).