

## ADOPCIÓN HOMOPARENTAL ¿BENEFICIO o PERJUICIO DEL MENOR?

Allan López Gallegos

Licenciado en Derecho por la Universidad del Valle de México. Abogado adscrito al Colegio de Bachilleres de Tabasco.

Artículo Recibido: 31 de octubre 2019. Aceptado: 16 de diciembre 2019.

**RESUMEN.** La adopción homoparental como figura reconocida en la norma; ¿Protege o menoscaba el interés y los derechos de un menor adoptado?; ¿Qué es más importante?; privilegiar si quienes se ostentan como adoptantes pueden ofrecer condiciones de vida estables al menor adoptado no importando sus preferencias sexuales o las costumbres morales de una sociedad que no acepta a la homosexualidad.

El presente artículo tiene como finalidad generar un criterio en el lector para establecer si en la adopción de menores por personas del mismo sexo se genera un daño en los derechos fundamentales del menor adoptado o si bien es un derecho del menor así como de los adoptantes no importando sus preferencias sexuales y si debe entonces realizarse una reforma normativa en la que se regulen este tipo de acciones que son una realidad social pero que no son aceptadas por las normas morales de una colectividad.

**Palabras Clave:** Adopción; homosexual; derecho; matrimonio; familia.

### INTRODUCCIÓN.

El problema que para algunas personas puede constituir el tipificar legalmente en la norma al matrimonio homosexual debe considerarse entonces en última instancia como un tema de libertad. Esto, toda vez que podemos considerar que la decisión que cada individuo tenga de constituir una comunidad de vida con otra persona ya sea esta del mismo o diferente sexo constituye un derecho inalienable y

personal el cual no puede ser vulnerado, lo anterior, en razón de que estamos hablando de un derecho que se contempla como fundamental para el ser humano y que en el ámbito legislativo nacional queda contenido en el párrafo tercero del artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuyo contenido literalmente prohíbe todo tipo de discriminación entre las que se encuentran las derivadas por las preferencias de los

individuos entre ellas evidentemente las relativas a la sexualidad. Con lo anteriormente mencionado, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la cual México es parte integrante establece 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 (Declaración universal de los derechos humanos, 2018) y aunque la parte final de esta transcripción hace alusión a restricciones que deriven de motivos específicos, al iniciar la disposición refiriendo a hombres así como mujeres, y señalar que no puede serles restringido el derecho a casarse, se consagra entonces como la más amplia libertad para la personas de contraer matrimonio con la persona que mejor le parezca sin hacer una distinción precisa de qué género se trate esta.

En este sentido cabe hacer mención entonces a dos situaciones que se presentan en el tema de análisis, la primera de ellas en cuanto a que la denominación de matrimonio, cuando esta es adjudicada a la unión de personas del mismo sexo, genera una reacción de

evidente rechazo por parte de la gran mayoría de los sectores poblacionales ya que, si bien por un lado no tienen problema alguno con aceptar dichas uniones como tal si encuentran una actitud negativa en cuanto a que estas uniones de personas del mismo sexo se les denomine como matrimonio, esta aseveración evidentemente encuentra su justificación en cuanto a que dicho vocablo ha sido utilizado desde siglos atrás para referir a la unión de parejas que estén integradas entre hombres y mujeres, incluso si lo analizamos desde el Derecho Romano como antecedente podremos observar que las definiciones de matrimonio más utilizadas se caracterizan como una unión heterosexual, es decir, entre hombre y mujer, hecho y conceptualizado de esta manera tanto por Modestino como por Justiniano (Ventura silva, 1997). Y es que por sí misma la palabra matrimonio lleva implícito un sentido femenino: la palabra *matrimonium* se usaba normalmente para referirse a mujeres, y para referirse de un hombre, la expresión usual era *uxorem ducere* “conducir a una mujer”. (Gómez de Silva, 1996), y es que esto no podría ser de otra manera, ya que el origen etimológico de la palabra matrimonio se encuentra

unido a la idea de madre (mater) que a su vez proviene del tema matr, mismo de la palabra matriz, tema al que se añade ix, terminación de sustantivos y adjetivos femeninos (Gómez de Silva, 1996, pág. 428 y 444), y es que el complemento monium, se ha entendido como carga o según decían las Partidas matris, et munium, son palabras del latín, de que tomó nome matrimonio que quiere decir tanto en romance, como oficio de madre. (Arias, 1952)

Por lo antes señalado, resulta entonces incongruente que se utilice la palabra matrimonio para aludir a la unión de dos varones, ninguno de los cuales en evidente circunstancia, posee matriz. Sin embargo el desacuerdo podría ser superado simplemente cambiando la denominación de matrimonio por alguna otra cualquiera que esta fuera. No obstante de esto la insistencia por parte de grupos homosexuales en que la unión entre dos personas del mismo género sea denominado como matrimonio no atiende a cuestiones únicamente terminológicas, detrás de esto hay una amplia gama de consecuencias derivadas de la calidad de cónyuge que adquieren los miembros de la

pareja al casarse y que se dan por ejemplo en los ámbitos relativos a la seguridad social, del derecho agrario, del laboral y otros más entre los cuales se encuentra el familiar para diferentes efectos entre los cuales se encuentra el de la adopción, acto que trae consigo entonces una generación de consecuencias jurídicas que será menester entonces determinar si son en beneficio o en contra de los derechos humanos del menor adoptado, ya que si bien solo hay inconsistencias etimológicas aparentemente, deberá ponderarse entonces si dicha figura puede ser legalizada al ser una opción de refugio y resguardo de un menor en condiciones poco ventajosas sin que sus derechos sean menoscabados acorde a las costumbres de una sociedad en la que se va a desarrollar.

#### Desarrollo

Una situación de gran relevancia en el tema que nos ocupa consiste en preguntarnos: ¿Qué interés debe considerarse como preponderante para la adopción?, en la actualidad parece no existir controversia al respecto ya que sin duda el interés a privilegiar radica en el menor o en su caso del incapaz (Gobierno

del Distrito Federal, 2008), sin embargo, lo antes mencionado no siempre ha sido así; antiguamente en los lugares donde era admitida la adopción, el interés que prevalecía casi de manera exclusiva era el del adoptante ocurriendo así en las culturas clásicas, lo mismo sucedía entre los hindúes que entre los griegos así como los romanos; la explicación de esta situación es sencilla: la adopción como tal tenía el objeto de asegurar la persistencia del culto doméstico a los antepasados, a los penates que acorde a la mitología romana eran considerados los dioses del hogar, ya que había que garantizarle entonces a la persona fallecida una estancia feliz en el más allá.

En razón de lo anterior resultaba entonces indispensable la procreación ya que era necesario tener hijos, pues estos serían los únicos legitimados para rendir el banquete fúnebre. Para lograr este propósito la religión acudía a diversas soluciones: la impotencia masculina era impedimento matrimonial y la esterilidad de la mujer la causa de divorcio; se tenía pues la obligación de contraer matrimonio y si el esposo fallecía, el pariente más próximo siendo este el hermano del difunto, se

encargaba de fecundar a la viuda para que la persona fallecida tuviera descendencia, en último caso la adopción sería un recurso con el cual alguien podía hacer suyo al hijo ajeno. (De Coulanges, 1965).

Asimismo los hindúes sentían profunda preocupación por venerar a sus antepasados, Ralph Tuner decía que en la antigua India en todas partes se temía y se hacía reverencia a los espíritus de los antepasados. (Turner, 1985)

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 entonces en el Bhagavad-Gita (I, 40) ojalá nazcan siempre en nuestra descendencia hijos que nos ofrezcan el arroz, la leche y la miel, esto, porque la extinción de una familia produce la ruina de la religión de la misma; privados los antepasados de las ofrendas, caen en la mansión de los desgraciados. (De Coulanges, 1965, pág. 62)

En síntesis se puede afirmar entonces que teleológicamente la adopción estaba dirigida como un remedio último al beneficio del adoptante carente de descendencia, esto, para efectos de que hubiera quien le ofrendara post mortem, siendo este el culto que haría su felicidad tras el fallecimiento no contando para nada entonces los intereses del adoptado. Esta situación acontecía de igual manera en la comunicad panhelénica guardando entonces el pensamiento griego una estrecha relación con el hindú. Entre los helenos de igual manera el origen de la religión radicó en el culto a los muertos tal y como lo hiciera notar Justo Sierra, quien aludió que estos habían traído esta práctica de culturas meso asiáticas, particularmente de la indoeuropa. (Sierra, 1984) Debía entonces reflejarse de igual manera esta creencia en la urgente necesidad que había de que dicho culto no se perdiera, es decir, quien debía perpetuar el culto necesariamente tenía que ser un hijo, pero no cualquier hijo, era imprescindible que se tratara el hijo fruto del matrimonio religioso y no al notos (bastardo) (De Coulanges, 1965, pág. 64); a falta de este descendiente, podía recurrirse a la adopción, donde

nuevamente la justificación radicaba en el interés del adoptante. Es así como a un individuo en Atenas se le disputaba la legitimidad de su hijo adoptivo, su defensor no argumentaba el interés de su defendido sino el del adoptante, el fallecido padre: Meneclis, decía, “no quiso morir sin hijos; deseaba dejar tras de sí alguien para que lo enterrase y le tributase después de las ceremonias del culto fúnebre” (De Coulanges, 1965, pág. 67). Relata el defensor a continuación, las graves consecuencias que para el fallecido traerá consigo la omisión de ese culto, las penurias que le depara la anulación de la adopción. Aún fallecido el interés de Meneclis es el prioritario; así lo enfatiza el hijo enjuiciado.

Que la adopción era el 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, siendo estos los antecedentes más relevantes en cuanto a los temas de la adopción se refiere.

Ahora bien, en cuanto hace al entonces Distrito Federal, la adopción resultaba ser

una figura desconocida por la legislación decimonónica ya que, ni el Código Civil de 1870 ni el de 1884 la incluyen, apareciendo esta por primera vez en el artículo 221 y siguientes de la Ley Sobre Relaciones Familiares emitida en el año 1917. Debe advertirse entonces de que, no obstante de que la adopción constituye una novedad aportada a la Legislación Nacional por la Ley referida y a pesar de que ésta incluye una exposición de motivos, no se razona ni explica el por qué se introduce una figura tan importante como la es la adopción; siendo así, resulta muy complicado haya certidumbre acerca de si dicha figura fue adicionada con el propósito de beneficiar al adoptado o bien de satisfacer para el adoptante sin hijos, su natural anhelo de tenerlos; es así que la parte final del párrafo octavo del considerando, se limita a expresar: La adopción, cuyo establecimiento es una novedad entre nosotros, no hace más que reconocer la libertad de afectos así como 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 entrado el siglo XX. Cabe hacer mención que la preocupación o necesidad porque se asegurara a todo niño en general condiciones adecuadas para su conveniente desarrollo, fue ya un fenómeno global, que en el siglo pasado arraigó profundamente en la conciencia universal, esto, tal y como lo demuestran diversos instrumentos internacionales signados por prácticamente la totalidad de los países. Podemos mencionar como el instrumento internacional más remoto dentro de este género a la Convención Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres y Menores de fecha 30 de septiembre de 1921 misma que fuera reemplazada por la de fecha 21 de marzo de 1950, Convención de la cual cabe hacer mención México es parte, acto seguido por la Declaración de los Derechos del Niño, misma que fuera aprobada por las 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 entonces que este convenio denota la preocupación internacional ya no tanto por prevalecer el

derecho del adoptantes sino por procurar para los menores adoptados las mejores condiciones para su adecuada formación física, intelectual y emocional.

Una nueva Convención sobre los Derechos del Niño, fue adoptada por la Organización de las Naciones Unidas treinta años más tarde, un 20 de noviembre de 1989. 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. En este pacto de igual manera es colocado el interés del menor en materia de adopción expresamente por encima de cualquier otro, es aquí donde podemos encontrarnos entonces con una etapa evolutiva en cuanto a lo que la adopción como tal tenía como naturaleza principal, en efecto, el artículo 21 de la convención en comento 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 así como incrementó el número de instrumentos internacionales que se ocupan de atender los intereses y necesidades de la infancia. Ahora bien, si

estamos partiendo de que dichos documentos con efectos jurídicos ya dan un énfasis y reconocimiento especial a los menores a efectos de que sean protegidos en la adopción sus derechos y no precisamente el de los adoptantes a como era en la antigüedad, es claro también que en ninguno de estos referidos documentos se exige la diferencia de sexo entre los adoptantes, es decir, que el acto sea tratado entre un varón y una mujer, pero sin embargo puede deducirse que esto 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 concubinarios, la referencia estaba obviamente dirigida a una unión integrada por dos personas de diverso sexo, que era en esa época la única posible.

La interrogante que surgía en torno a determinar cuál es el interés prevalente en materia de adopción se dirige entonces a la siguiente aseveración: Con frecuencia se aduce a que si la pareja homosexual cumple con los requisitos legales a como aparentemente acontece, en el Código Civil del Distrito Federal, por qué se le va a privar del Derecho que tiene a adoptar y

por lo tanto, de enriquecer su vida familiar con la presencia de un hijo, lo cual podríamos decir es uno de los anhelos que todo matrimonio tiene. Sin embargo, esta aseveración parte de un enfoque equívoco ya que el punto toral de ella es definir si tal adopción conviene o no a quien va a ser adoptado ya que el interés de los que pretenden adoptar es secundario no con ello decir que intrascendente pero no resulta ser el interés principal en un proceso de adopción.

Desde esta perspectiva cabe hacer mención entonces ha si verdaderamente conviene al menor su adopción si deriva por parte de una pareja homosexual. Para lograr una respuesta a esta interrogante debemos alejarnos de la tendencia a la imitación de modelos ajenos a nuestra idiosincrasia no dejándonos arrastrar entonces 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, ya admiten el tipo de adopción que nos ocupa, modernizar entonces 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.

En este sentido será necesario preguntarnos entonces si el modo de vivir de una sociedad como la norteamericana que resulta ser la más vista en la televisión y cuya influencia es día a día más fuerte en la nuestra, ha sido traducido en ascenso o en decadencia de la moral, de la noción de ética orientadora de las costumbres que hasta hace unas décadas nos eran propias.

Es así que, ante una realidad de una adopción por parte de dos personas del mismo sexo, al menor le sobrevendrá una confusión que bien puede ser traducida en una pérdida de identidad de género, pues la niña o el niño suelen identificarse para fortalecer esa identidad connaticia, ya sea con el padre o bien con la madre, lo cual sería un tema de debate ya que incluso el contenido del artículo 8.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 dispone que los estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad la cual en obviada de circunstancias también incluye la sexual.

En razón de lo antes manifestado es claro entonces que la adopción por pareja homosexual también denominada “Homoparental” u “Homogenérica” constituye una interferencia en el proyecto de vida de un menor, ya que lo conduce a una situación que evidentemente no es la regular, cada quien tiene entonces el derecho a formular su proyecto de vida y los menores no son la excepción.

La fracción X del artículo 60 de la Ley de los Derechos de las Niñas y los Niños establece como derecho de los menores acogidos en inclusas, las cuales establecen el 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 qué les aguarda en un futuro, de ahí que la tarea de una elección afortunada deba corresponder a la autoridad. Esto nos lleva a preguntarnos; si de estar en condiciones de elegir, ¿alguien puede suponer que el menor preferiría una pareja homosexual a otra regular, o sea de hombre y mujer?, ¿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, o al menos de sus observaciones mal intencionadas?, suele afirmarse 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. En este supuesto, ¿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 autoriza a un tercero a atribuirse el derecho de experimentar con vidas ajenas, sobre todo con menores o seres indefensos como lo 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 tienen preferencias sexuales “diferentes”, cabe preguntarse si ello ¿No

constituye entonces exponer a estos niños de manera extrema a atentados? esto, al no existir si quiera una barrera consanguínea. Ante todas estas consideraciones también es permisible analizar lo siguiente: ¿los niños que tanto abundan por las calles, menores abandonados que carecen de familia, de no tener ninguna a tenerla aunque sea de personas del mismo sexo? ¿No es preferible?

#### Conclusión

Aunque la esencia de este argumento es buena, resulta ser falaz ya que, esos niños que se ven en las calles, limpiando parabrisas de los autos, vestidos de payasitos haciendo actos de acrobacia o de malabarismo, o efectuando alguna otra actividad de esa índole, sí tienen padres 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 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, situación que saben y deben atender quienes laboran para ese tipo de instituciones.

Por lo antes manifestado se concluye que, la adopción no solamente es un aspecto a considerar como un derecho que derive de la formalización de actos entre personas del mismo sexo sino que, a pesar de toda su evolución y pese a que en efecto la naturaleza de la norma es atender la realidad social el hecho es que, a la fecha, culturalmente no nos encontramos en condiciones de poder celebrar adopciones

de menores por parte de personas del mismo sexo.

#### LITERATURA CITADA.

Arias, J. (1952). *Derecho de Familia*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Guillermo Kraf Limitada.

De Coulanges, F. N. (1965). *Obras Maestras*. Barcelona: Barcelona.

Declaración universal de los derechos humanos. (10 de 05 de 2018). Comisión interamericana de la protección a los derechos humanos. Obtenido de <http://www.cipdh.gob.ar/2018/05/10/articulo-16-1-los-hombres-y-las-mujeres-partir-de-la-edad-nubil-tienen-derecho-sin-restriccion-alguna-por-motivos-de-raza-nacionalidad-o-religion-casarse-y-fundar-una-familia-y-disfrutaran/>

Gobierno del Distrito Federal. (14 de 10 de 2008). Gobierno del Distrito Federal. Obtenido de <http://www.aldf.gob.mx/archivo-c9dc6843e50163a0d2628615e069b140.pdf>

Gómez de Silva, G. (1996). *Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Española*. México: Fondo de Cultura Económica.

Martínez Morales, R. I. (2009). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. México: Oxford

Sierra, J. (1984). *Historia de la Antigüedad*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Turner, R. (1985). *Las Grandes Culturas de la Humanidad*. México: Fondo de Cultura Económica.

Ventura Silva, s. (1997). *Derecho Romano, Curso de Derecho Privado (Décimo Cuarta ed.)*. México: Porrúa.