

## **CAPÍTULO VIII. ANÁLISIS DE LA ADOPCIÓN EN PUEBLA POR PERSONAS DE ORIENTACIÓN HOMOSEXUAL Y PAREJAS DE PERSONAS DEL MISMO SEXO**

Como pudimos ver en el apartado en el que estudiamos con detalle la regulación actual de la adopción en el Estado de Puebla, existen dos supuestos en los que se puede llevar a cabo la adopción, desde el punto de vista de quiénes pueden adoptar:

- Persona soltera, mayor de 25 años, y que tenga una diferencia de edad con el adoptado de al menos 17 años.
- Personas unidas en matrimonio (cónyuges), mayores de 25 años, que tengan una diferencia de edad con el adoptado de al menos de 17 años, requisito que podrá dispensarse en el caso de adopción de los hijos de uno de los cónyuges, ó, en el caso de la adopción de incapaces.

En el primer caso, el parentesco producto de la adopción surgirá entre el adoptado y el adoptante y su familia. En el segundo caso, el parentesco se establece entre el adoptado y los adoptantes y sus familias. Recordemos que el Código poblano establece que sólo podrán adoptar conjuntamente (más de una persona) tratándose de cónyuges.

En el caso de la adopción promovida por cónyuges, nos referiremos a ella como “adopción conjunta”, con la prevención de que dicha terminología no se encuentra contemplada en la legislación poblana. Sin embargo, por cuestiones de practicidad, utilizaremos la expresión para referirnos a la adopción que dos

personas, de mutuo acuerdo, deciden promover o solicitar para adoptar a un menor o incapaz.

En este apartado analizaremos la adopción y el matrimonio en Puebla, bajo el supuesto en el que el adoptante o los adoptantes sean homosexuales; dicho análisis lo realizaremos utilizando como guía de análisis a la información que en los capítulos anteriores hemos estudiado: garantía de igualdad, derecho a la no discriminación, derecho a la dignidad humana, derecho al libre desarrollo de la personalidad, principio del interés superior del menor, principio de legalidad, y, en general, derechos fundamentales, desde un enfoque amplio que involucre a la Constitución Federal, leyes federales, Constitución del Estado de Puebla, leyes y códigos estatales, tratados internacionales de los que el Estado Mexicano es parte, criterios jurisprudenciales del Poder Judicial de la Federación, fuentes normativas de carácter declarativo, y doctrina en la materia.

El análisis que tendrá lugar en este capítulo se desarrollará de la siguiente manera:

- Tomando en cuenta que la legislación poblana limita la adopción conjunta a las parejas unidas en matrimonio, y considerando que, así mismo, la codificación poblana reserva el matrimonio para las parejas conformadas por un hombre y una mujer, procederemos entonces primeramente a analizar la figura del matrimonio; veremos cuestiones de constitucionalidad y convencionalidad, para dilucidar la cuestión sobre si se debe permitir o no que las parejas conformadas por personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio en Puebla.
- Suponiendo sin conceder, que del análisis del primer punto derive la conclusión de que las parejas conformadas por personas del mismo sexo sí puedan contraer matrimonio en Puebla, procederemos a estudiar si dichos supuestos matrimonios conformados por personas del mismo sexo deberían poder adoptar menores o incapaces en Puebla.
- A continuación, estudiaremos el supuesto de las parejas que desean adoptar, sin necesidad de contraer matrimonio, es decir, analizaremos si la adopción

conjunta debe quedar reservada exclusivamente para las parejas unidas en matrimonio.

- Finalmente, analizaremos el caso de la adopción promovida o solicitada por una persona soltera de orientación homosexual en Puebla.

#### VIII.I. Matrimonio entre personas del mismo sexo en Puebla

El artículo 579 del Código Civil de Puebla establece que únicamente podrán adoptar conjuntamente a uno o más menores o incapaces, los cónyuges, es decir, las personas que haya contraído matrimonio. Por tanto, para analizar la adopción conjunta que regula actualmente la legislación poblana, es menester que previamente analicemos la institución matrimonial.

El artículo 294 del Código Civil poblano define al matrimonio de la siguiente manera:

**“Artículo 294.-** El matrimonio es un contrato civil, por el cual un solo hombre y una sola mujer, se unen en sociedad para perpetuar la especie y ayudarse en la lucha por la existencia”.

De la lectura simple de este artículo podemos extraer los siguientes razonamientos:

- El matrimonio es un contrato civil que en Puebla solo puede ser celebrado por parejas conformadas por un hombre y una mujer.
- Las parejas conformadas por personas del mismo sexo no pueden contraer matrimonio.
- Las finalidades del matrimonio son perpetuar la especie y ayudarse en la lucha por la existencia.

Retomando la Tesis aislada 1a. XCVIII/2013 (10a.), de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se nos sugieren dos perspectivas para analizar la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo.

Por un lado, la perspectiva utilizada por el Pleno de la Corte al resolver la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010 sobre las reformas al Código Civil del Distrito Federal para permitir a las parejas conformadas por personas del mismo sexo el acceso al matrimonio; en esta primer perspectiva la cuestión radicó en determinar si dicha reforma que amplió el espectro de parejas que puede acceder al

matrimonio, resultaba válido en los términos de la Constitución por no contravenir ninguno de los principios, derechos y garantías que nuestra Carta Magna tutela.

La segunda perspectiva que se nos presenta, es la analizada en el Amparo en Revisión 581/2012, en la que el Código Civil de Oaxaca prohíbe el matrimonio entre personas del mismo sexo y no ofrece modelo alguno de protección, es decir, que la legislación oaxaqueña negaba su reconocimiento a las relaciones de pareja que pudieran entablar las personas de orientación homosexual. En esta segunda visión, se busca determinar si, en atención a lo establecido en la Constitución Federal, se debe de permitir que una pareja de personas del mismo sexo contraiga matrimonio, inclusive si es necesario con ello declarar la inconstitucionalidad de un precepto normativo de la competencia de una entidad federativa.

En el caso de Puebla, entonces, deberemos atender principalmente al segundo enfoque, pues no estamos ante la situación consistente en que el Poder Legislativo haya reformado el Código Civil del Estado para abrir el espectro de quienes pueden contraer matrimonio, sino que estamos tratando de un precepto normativo, el artículo 294 del Código poblano, que restringe el acceso al matrimonio a solamente las parejas conformadas por personas de distinto sexo.

En el Amparo en Revisión 581/2012, la Primera Sala de la Corte concluye que el párrafo primero del artículo 143 del Código Civil de Oaxaca es inconstitucional. Curiosamente, dicho párrafo que fue analizado por la Corte es prácticamente idéntico a su símil poblano, transcribiéndose de la siguiente forma:

**“Artículo 143.-** El matrimonio es un contrato civil celebrado entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen para perpetuar la especie y proporcionarse ayuda mutua en la vida”.

Podemos ver que, la única diferencia entre ambos preceptos es que el de Puebla menciona que la unión concretada entre los contrayentes es una “sociedad”. Es importante destacar, como ya lo vimos en la sección de antecedentes del matrimonio, la cuestión sobre la naturaleza del matrimonio ha sido parte de un extenso debate y conflicto histórico entre quienes defienden posturas contrarias.

#### *VIII.1.1. El matrimonio como contrato civil*

En su aspecto formal, desde la perspectiva de quienes lo celebran, el matrimonio como contrato civil es, a su vez, un acto jurídico fuente de obligaciones que producen los particulares. De acuerdo a la fracción I, del artículo 1434 del Código Civil de Puebla, los contratos civiles se rigen por la autonomía de la voluntad *que la ley reconoce a los particulares*.

La autonomía de la voluntad hace referencia al valor de la personalidad y la voluntad de los individuos para dar origen a las fuentes de derechos subjetivos<sup>300</sup>; es “la potestad que tienen los particulares para regirse mediante normas propias”, siendo fuente de dichas normas: la voluntad<sup>301</sup>.

Rico, Garza, y Cohen, distinguen entre las normas de Derecho Público, que son taxativas, es decir, disposiciones rígidas frente a la voluntad de los particulares, y las de Derecho Privado, que son dispositivas, a entender, reglas que permiten la opción de cumplirlas o no, o bien, cumplirlas en un sentido distinto a lo dispuesto, finalmente, normas flexibles frente a la voluntad de los particulares<sup>302</sup>.

En el caso del matrimonio, encontramos un poco de ambas, tanto normas taxativas como dispositivas. Por tanto, estamos ante una especie de contrato que es rígido y flexible, al mismo tiempo.

Es importante reparar en el aspecto de que la ley impone límites a la autonomía de la voluntad, “que la ley reconoce a los particulares”, es decir, no estamos ante una autonomía absoluta.

Más a fondo sobre este último respecto, el artículo 7º del Código poblano establece: “la voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de las leyes, ni alterar o modificar éstas”.

En el caso del matrimonio, de entrada tenemos que el artículo 294 establece que el contrato puede solamente ser celebrado entre “un solo hombre y una sola mujer”, aquí tenemos un límite de dicha autonomía de la voluntad. Igualmente, el artículo 315 y 316, establecen que los pactos o convenios que acuerden los

---

<sup>300</sup> De Casso y Romero, Ignacio, y Cervera y Jiménez-Alfaro, Francisco (Directores), “Autonomía privada”, en *Diccionario de Derecho Privado*, Editorial Labor, S.A., Tomo I, España, 1954, p. 567.

<sup>301</sup> Rico Álvarez, Fausto, Garza Bandala, Patricio, y Cohen Chicurel Mischel, *Introducción al Estudio del Derecho Civil y Personas*, Porrúa, México, 2009, p. 130.

<sup>302</sup> *Ibidem*.

contrayentes que resulten contrarios a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua debida, serán ilícitos y se tendrán por no puestos. Podemos entonces visualizar otro límite más.

Respecto de los elementos de existencia y validez de los contratos, no existe impedimento alguno para que personas del mismo sexo pudieran celebrar el contrato de matrimonio, excepto, claro, la ilicitud del objeto y fin, ilicitud que deriva actualmente de las disposiciones limitantes que vamos a analizar a continuación: 1) el que solo puedan celebrarlo un hombre y una mujer; y, 2) las finalidades del matrimonio: perpetuación de la especie y ayuda en la lucha por la existencia.

Sin embargo, la potestad del legislador ordinario para imponer límites a los derechos subjetivos, en este caso la autonomía de la voluntad que se le reconoce a los particulares para celebrar el contrato de matrimonio tiene, a su vez, límites, valga la redundancia. Dicho límite es la constitucionalidad, y es lo que en este apartado analizaremos.

#### *VIII.1.2. Distinción entre matrimonio civil y matrimonio religioso*

Encontramos antecedentes de la conceptualización del matrimonio como una “sociedad” desde antes de que México adquiriera su independencia; recordemos que las Pandectas de Juan Rodríguez de San Miguel, en donde se recogió la doctrina y normativa aplicable al matrimonio antes de la Ley del Registro Civil de 1857, el autor referido cita al canonista Cavalari en tanto que este define al matrimonio como una “sociedad indivisible” entre varón y mujer para procrear y educar a los hijos, y ayudarse mutuamente.

En esta época, la regulación del matrimonio, y en general la legislación mexicana, estaban vinculados estrechamente con la religión católica. Es así que dichas Pandectas marcan que el enlace conyugal recopila los decretos del Concilio de Trento, en los cuales se encontraba previsto que la celebración del matrimonio debía realizarse “a la faz de la Iglesia”, es decir, ante la presencia del representante de la autoridad religiosa.

Esta concepción sobre el matrimonio, con su explicación, interpretación y justificación desde el punto de vista religioso ya no pueden prevalecer, en atención al proceso histórico por el que tuvo que transitar la nación mexicana para que

distintos actos, entre ellos el matrimonio, fueran de competencia exclusiva de la autoridad civil; proceso histórico que desembocó en la formulación de disposiciones constitucionales tales como la libertad de convicciones éticas, de conciencia y de religión, consagrada en el primer párrafo del artículo 24 de la Constitución mexicana; igualmente, en la proclamación de la República Mexicana como una república laica, cuestión contenida en el artículo 40 constitucional.

Y claro, continuando con la consideración del párrafo anterior, no podemos omitir mencionar el contenido del artículo 130 de nuestra norma suprema, en el que se establece el principio histórico de la separación del Estado y las iglesias como criterio orientador de las normas entre las cuales se encuentra la que dispone que los actos del estado civil de las personas son de la exclusiva competencia de las autoridades administrativas.

Igualmente, encontramos valor en mencionar la tesis jurisprudencial P./J. 21/2002, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro “SUSPENSIÓN EN LOS JUICIOS REGIDOS POR LA LEY REGLAMENTARIA DE LAS FRACCIONES I Y II DEL ARTÍCULO 105 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. "INSTITUCIONES FUNDAMENTALES DEL ORDEN JURÍDICO MEXICANO" PARA EFECTOS DE SU OTORGAMIENTO”<sup>303</sup>, en la cual se menciona a la separación Iglesia-Estado como una de las instituciones fundamentales del orden jurídico mexicano.

Por último, respecto de este punto, cabe destacar que en caso de dotar de positividad jurídica a los preceptos marcados por la religión católica, se estaría atentando en contra del artículo 1º de la Constitución, en razón de que muchos de sus preceptos representan una discriminación motivada por cuestiones de género y de preferencias sexuales, sin mencionar que se estaría igualmente actuando en detrimento de aquellas personas que profesan una religión distinta, así como de aquellas que no profesan alguna en particular.

#### VIII.I.3. *Omisión legislativa vs. Acto discriminatorio*

---

<sup>303</sup> Jurisprudencia P./J. 21/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XV, Abril de 2002, p. 950.

Uno de los argumentos esgrimidos por la autoridad oaxaqueña en el Amparo en Revisión 581/2012, aludió a que el precepto normativo en donde se establece que el matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer encuadraba en el supuesto de una *omisión legislativa*, lo cual, de acuerdo al artículo 73, fracción XVII, en relación con los diversos 80 y 76 de la Ley de Amparo vigente en ese entonces (ahora abrogada), y en relación con la fracción II del artículo 107 del texto constitucional vigente en dicha época (ahora reformado), implicaba que, en atención a el principio de relatividad, era improcedente el juicio de garantías, implicando con ello la improcedencia del examen de constitucionalidad de la norma impugnada, a saber, el artículo 143 del Código Civil de Oaxaca.

Dicha situación nos lleva ahora a preguntarnos si el artículo 294 del Código Civil de Puebla representa una omisión legislativa, o no. Hablar de una omisión legislativa implicaría hablar de que el Legislativo incurrió en una conducta de “no hacer” al momento de emitir la norma, más específico, de acuerdo a Ávalos Díaz, es un “no hacer de aquello a lo que estaba constitucionalmente obligado”<sup>304</sup>, que en este caso sería admitir que la exclusión de las parejas de personas del mismo sexo del espectro de personas que pueden contraer matrimonio se debió al descuido del legislador ordinario y no a un acto de discriminación *per se*.

El artículo 297 del Código Civil de Puebla, referente a la figura del concubinato, igualmente establece que éste puede existir solamente entre un hombre y una mujer. Ahora bien, sabedores de que el matrimonio y el concubinato son las únicas figuras de reconocimiento del estatus de pareja de las personas en Puebla, y tomando en cuenta que ambas impiden el acceso a las parejas de personas del mismo sexo, podemos ver que el Legislativo no despojo a las parejas conformadas por personas del mismo sexo del acceso al matrimonio por un descuido, sino con la conciencia de la prohibición que estaban formulando.

Lo anterior significa que la legislación civil poblana desconoce por completo que dos personas del mismo sexo puedan vincularse sentimentalmente y ser, por

---

<sup>304</sup> Ávalos Díaz, Sofía Verónica, *La inconstitucionalidad por omisión legislativa. Su tutela en el derecho mexicano*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, [www.scjn.gob.mx/transparencia/lists/becarios/attachments/1/becarios\\_001.pdf](http://www.scjn.gob.mx/transparencia/lists/becarios/attachments/1/becarios_001.pdf), p. 5.



virtud de dicha situación, reconocidos con los derechos, obligaciones y efectos que se establecen para el caso de los matrimonios o concubinatos.

Podemos ver, de la lectura del artículo 294 del Código Civil poblano, que el legislador de forma textual y explícita determinó que el matrimonio podría celebrarse entre “un solo hombre y una sola mujer”. Esta formulación claramente está limitando el matrimonio. Lo limita en el sentido de que no podrían contraer matrimonio más de un hombre y una mujer, y, claro está, un hombre y un hombre, o una mujer y una mujer.

Apoyando lo anterior, la tesis aislada 1a. CV/2013 (10a.), de la Primera Sala de la Corte que resolvió el caso oaxaqueño, sostiene que la expresión “un solo hombre y una sola mujer” representa una exclusión implícita, y no una omisión legislativa, debido a que el matrimonio está regulado, y también lo está lo relativo a quiénes pueden contraer matrimonio, lo cual significa que no se omitieron estas cuestiones en el Código poblano, sino que se contemplaron y se formularon en términos tales que dejaron fuera del espectro regulado a las parejas conformadas por personas del mismo sexo.

Es una exclusión implícita porque no prohíbe textualmente el matrimonio entre personas del mismo sexo. A *contrario sensu*, no dice “no pueden contraer matrimonio personas del mismo sexo”, o alguna fórmula similar. Sin embargo, de la lectura de la norma, se desprende que existe tal prohibición, es por ello que es una exclusión implícita.

Sirve también de apoyo lo establecido en la tesis aislada 1a. CCLX/2014 (10a.), en tanto que menciona que “la razón por la cual las parejas del mismo sexo no han gozado de la misma protección que las parejas heterosexuales no es por descuido del órgano legislativo, sino por el legado de severos prejuicios que han existido tradicionalmente en su contra y por la discriminación histórica”.

En virtud de lo anterior, podemos concluir que la legislación poblana no omite expresar quiénes pueden celebrar el matrimonio, sino que lo hace en el sentido de que solo las parejas de personas de distinto sexo puedan acceder a él. Ahora bien, procedemos a preguntarnos: ¿dicha exclusión es discriminatoria?

Como vimos anteriormente, el artículo 4º de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, define al acto discriminatorio como aquél que involucra una distinción, exclusión, o restricción basada en la preferencia sexual de las personas, entre otras cuestiones que atentan contra la dignidad humana.

En el caso del artículo 294 del Código Civil de Puebla tenemos una distinción, una exclusión, y una restricción. Una distinción en tanto que separa a las parejas conformadas por personas de diferente sexo de las conformadas por personas del mismo sexo, dando acceso al matrimonio y al concubinato a las primeras, pero no a las segundas. De acuerdo a dicho precepto normativo, ¿cómo podemos distinguir entre una pareja que sí puede contraer matrimonio o conformar un concubinato de una que no puede hacerlo?, muy fácil, basta con constatar que la pareja esté conformada por un hombre y una mujer.

Estamos igualmente ante una exclusión, pues impide el acceso al matrimonio y al concubinato a las parejas conformadas por personas del mismo sexo. Los deja fuera del listado brevísimo de personas que pueden casarse o ser reconocidos como una pareja unida de hecho en concubinato, y con ello, los deja fuera de todos los beneficios, efectos, derechos y obligaciones que esto implica, los cuales, como reconoció la Primera Sala de la Suprema Corte en la resolución del Amparo en Revisión 581/2012, “aumentan considerablemente la calidad de vida de las personas”, mencionando entre ellos a los beneficios fiscales, los beneficios de solidaridad, y un largo etcétera.

Finalmente, hablamos igualmente de una restricción, pues limita sus derechos al desarrollo de su personalidad, a vivir libres de discriminación, y a ser tratados en igualdad de circunstancias respecto del trato dado a las parejas de personas de distinto sexo. La disposición que estamos analizando hace que la decisión de una persona de elegir como pareja sentimental a alguien de su mismo sexo sea incompatible con su prerrogativa de casarse o conformar una unión de hecho reconocida legalmente.

Prosiguiendo con el análisis, una cuestión muy interesante que analizó la Corte, fue sobre si la medida basaba la distinción, exclusión o restricción en las preferencias sexuales de las personas.

Es evidente que el artículo 294 del Código poblano excluye a las parejas conformadas por personas del mismo sexo de la institución matrimonial, pero eso no significa que las personas homosexuales no puedan contraer matrimonio. Verbigracia, dos personas homosexuales técnicamente pueden casarse, siempre y cuando sean mujer y hombre, respectivamente; así mismo, a contrario sentido, dos personas heterosexuales no pueden casarse si son del mismo sexo.

Bajo esta perspectiva rudimentaria, la norma aludida no está basándose en la preferencia sexual de las personas, sino en el sexo de la contraparte con la que pretenden celebrar el contrato conyugal.

Sin embargo, la Corte ha reconocido que el derecho al libre desarrollo de la personalidad, ampara no solamente en sí mismo el derecho de una persona a ser homosexual, sino también a vivir, expresar, y manifestar públicamente su preferencia sexual. El libre desarrollo de la personalidad en el caso de las personas heterosexuales, actualmente les permite *ser* heterosexuales y así manifestarlo públicamente, sin temor a que dicho auto reconocimiento les impida, por ejemplo, contraer matrimonio. En el caso de las personas que se reconocen como homosexuales, la situación cambia.

Con la norma vigente, un homosexual puede *ser* homosexual, siempre y cuando no lo exprese, por ejemplo, eligiendo a la pareja de su preferencia, y esperando con ello que se le permita casarse con dicha pareja de su mismo sexo.

El debate sobre si la condición homosexual deviene de cuestiones genéticas dadas desde la concepción, o si bien es una cuestión condicionada por las circunstancias particulares de la crianza y desarrollo de la vida de la persona, es absolutamente irrelevante a la luz del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Amparado por este derecho, es ocioso preguntarnos *por qué* una persona es homosexual, pues cualquiera que fuera la razón, no representa una causa justificada para limitar que la persona elija y persiga de forma libre y autónoma el proyecto de vida que más convenga a sus intereses.

Supeditar el ejercicio de derechos derivados de una cuestión personalísima a la causa que originó dicha cuestión, sería como, por ejemplo, limitar el acceso a la salud dependiendo de si cierta condición médica tuvo origen por una

particularidad dada desde la concepción o el nacimiento, o si dicha particularidad se desarrolló a causa de elementos que tuvieron lugar de manera posterior.

Por tanto, en el momento en que el artículo 294 del Código Civil poblano únicamente permite que personas de diferente sexo contraigan matrimonio, implícitamente está obligando a que la persona homosexual que quiera contraer matrimonio, tenga que ocultar o públicamente negar su homosexualidad, so pena de que le sea negado el acceso, lo cual, evidentemente, resulta una restricción del derecho a la libertad de desarrollo de la personalidad.

De nada sirve que las personas *gocen* de la libertad para desarrollar su personalidad (*ser* homosexuales), si no pueden *ejercer* dicha libertad (contraer matrimonio con pareja del mismo sexo).

Cabe destacar que la cuestión de represión no es un hecho aislado. Butler apunta que el sistema ve con temor que la prohibición sobre la homosexualidad y la transexualidad se termine, pues si los hombres comienzan a manifestar su parte “más femenina”, representa una amenaza para la perpetuación de la homosociabilidad, el “mágico no sé qué” que mantiene unidos a los varones. Así mismo, Sedwick escribe que la en la homosociabilidad, “los hombres se relacionan para aprovechar las ventajas de la condición masculina sobre las mujeres, los homosexuales, los débiles, etcétera. La práctica de la homosexualidad incomoda a la homosociabilidad masculina y la pone en jaque”<sup>305</sup>.

Por tanto, tal pareciera que en México, las personas de la comunidad gay, bisexual, transgénero, transexual, travesti, e intersex (LGBTTTI), pueden existir bajo el sistema sexo-género, siempre y cuando no expresen su condición públicamente.

En el amparo en revisión que venimos estudiando, la Corte concluye que el ser homosexual, o heterosexual, inherentemente implica, a la luz de la Constitución y de los tratados internacionales, el derecho a vivir dicha sexualidad públicamente, y a no ser objeto de restricciones arbitrarias por materializar dicho ejercicio.

---

<sup>305</sup> Fonseca Hernández, Carlos, *Derechos Humanos, Amor y Sexualidad: En la diversidad sexual desde la perspectiva de género*, Editorial Miguel Ángel Porrúa, Universidad Autónoma del Estado de México, México, 2013, p. 41.

Igualmente, la Primera Sala determinó un vínculo entre la prohibición de que dos personas del mismo sexo contraigan matrimonio y su preferencia sexual, pues ser homosexual implica desear como pareja para un matrimonio o un concubinato a una persona del mismo sexo.

Prueba de lo anterior, referenciamos ahora la tesis aislada 1a. C/2013 (10a.), que a la letra dice en uno de sus extractos:

“Aunque la norma citada conceda el poder normativo para casarse a cualquier persona, con independencia de su preferencia sexual, si ese poder únicamente puede ejercitarse para contraer matrimonio con alguien del sexo opuesto, es indudable que sí comporta en realidad una distinción basada en las preferencias sexuales”.

Es así que concluimos que el precepto normativo contenido consistente en que el matrimonio puede ser celebrado exclusivamente entre hombre y mujer es un acto de discriminación, por representar una distinción, una exclusión, y una restricción, basada en la preferencia sexual de las personas, violando con ello la dignidad humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, y las garantías de no discriminación, de igualdad, y de legalidad.

Hasta ahora, respecto del matrimonio conforme lo regula el Código Civil de Puebla, hemos hecho un análisis parcial, pues nos hemos limitado a la porción referente a la fórmula “hombre y mujer”. A manera de mejor proveer sobre la visualización del análisis que desarrollamos, nos permitiremos nuevamente plasmar el artículo 294 del Código poblano con la división respectiva entre lo ya analizado y lo que a continuación procederemos a examinar:

**“Artículo 294.- [Comienza la porción ya analizada]... ~~El matrimonio es un contrato civil, por el cual un solo hombre y una sola mujer se unen en sociedad...~~ [concluye lo hasta ahora analizado]... para perpetuar la especie y ayudarse en la lucha por la existencia”.**

VIII.I.4. *Los fines del matrimonio en Puebla*

En la resolución de la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, el Pleno de la Suprema Corte consideró que la secularización de la sociedad, así como la transformación

de las relaciones humanas, han dado como resultado la desvinculación de la función procreativa como finalidad intrínseca del matrimonio.

Siguiendo el criterio del Pleno, la Primera Sala aprobó la tesis aislada 1a. CII/2013 (10a.), en donde expone la falta de idoneidad de la fórmula de matrimonio “solo entre hombre y mujer” y con fines de procreación, mencionando que es un precepto que adolece de falta de idoneidad. ¿Por qué? Porque resulta tanto *sobreinclusiva*, como *subinclusiva*, lo cual exhibe una norma imperfecta e incongruente.

Es *sobreinclusiva*, pues permite que parejas de personas de diferente sexo accedan al matrimonio sin la necesidad e incluso sin el deseo de concretar la procreación de un hijo propio. Y es *subinclusiva*, pues excluye injustificadamente a las parejas de personas del mismo sexo en igualdad de condiciones. Esto violenta las garantías de igualdad, de no discriminación y el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad.

El Pleno de la Corte, nos aporta una lista de situaciones que ponen de manifiesto lo absurdo que es la norma de que el matrimonio se celebra con la finalidad expresa de perpetuar la especie:

“parejas heterosexuales que deciden tener una familia sin acudir a la institución matrimonial; matrimonios heterosexuales que no desean tener hijos; matrimonios heterosexuales que por razones biológicas no pueden tener hijos y recurren a los avances médicos para lograrlo; matrimonios heterosexuales que sin tener un impedimento biológico para procrear optan por la adopción; matrimonios heterosexuales que se celebran entre personas que ya no están en edad fértil o entre personas que ya tenían descendencia y no desean tener una en común”.

Si nos aferráramos a sostener esta condición *sine qua non* de que los cónyuges deben de casarse con la finalidad de procrear, entonces lo congruente sería prohibir el acceso al matrimonio a los casos *supra* mencionados, y no solo a las parejas de personas del mismo sexo.

Como refuerzo de la desvinculación entre el matrimonio y la función procreativa, cabe recordar la tesis aislada tesis aislada P. XXII/2011 del Pleno, en

tanto que dice “la "potencialidad" de la reproducción ya no es una finalidad esencial del matrimonio tratándose de las parejas heterosexuales que, dentro de su derecho de autodeterminación, deciden tener hijos o no, incluso por otros medios de reproducción asistida o mediante adopción”.

Además de las garantías de igualdad, no discriminación y del libre desarrollo de la personalidad, no podemos continuar el análisis sin hacer referencia al párrafo segundo del artículo 4º de la Constitución mexicana, el cual establece que “toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada *sobre el número y el espaciamiento de sus hijos*”. ¿Por qué resulta medular considerar este derecho en el aspecto de la perpetuación como finalidad del matrimonio? Pues bien, porque en virtud de este mandamiento constitucional se infiere que dentro de dicha libertad, responsable e informada, se encuentra la opción de decidir que el número de hijos a tener será cero, es decir, no procrear.

Concluyendo respecto de las finalidades del matrimonio, comentaremos ahora lo que respecta a *ayudarse en la lucha por la existencia*. Realmente sobre este punto no ha habido gran discusión ni en la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, ni en el Amparo en Revisión 581/2012, pues no es un precepto que por sí mismo signifique una limitante para las parejas conformadas por personas del mismo sexo.

Sin embargo, resulta valioso mencionar que el Pleno de la Corte mencionó, al tiempo que disentía sobre la potencialidad reproductiva como finalidad del matrimonio, que la institución matrimonial se sostiene actualmente de forma primordial “en los *lazos afectivos, sexuales, de identidad, solidaridad y de compromiso mutuos* de quienes desean tener una vida en común”. Esto bien podemos interpretarlo como una muestra de apoyo y conformidad con la ayuda en la lucha por la existencia que deben guardarse los cónyuges.

Por tanto, sobre las finalidades del matrimonio, podemos ver que mientras una se sostiene, la relativa a la lucha por la existencia, otra se desploma, la que hace referencia a que el matrimonio es la antesala obligatoria de la procreación.

El legislador poblano no concibe a un matrimonio en donde no haya hijos procreados por la misma pareja, con lo que exhibe indolencia, o bien, indiferencia,

respecto de los casos en donde los cónyuges no desean tener hijos en ejercicio de su libertad de desarrollo de personalidad, o bien, que aun deseándolos, están imposibilitados fisiológicamente para tenerlos propios, con lo cual se abre la posibilidad de la adopción<sup>306</sup>.

El artículo 294 del Código Civil poblano responde a esa postura fallida del promovente de la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, sobre que el “modelo ideal” de familia es aquel conformado por padre (varón), madre (mujer), e hijos, con lo cual llegamos a nuestro siguiente punto de análisis: la concepción de familia a la luz de la Constitución.

Este punto es medular, es el asunto que finalmente resolvió la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010 para que fuera declarada la validez de las reformas al Código Civil del Distrito Federal que marcaron la pauta inicial en el reconocimiento de los matrimonios entre personas del mismo sexo en México.

#### VIII.1.5. *Concepción de familia a nivel constitucional*

En la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, el promovente, es decir, el entonces Procurador General de la República sostuvo que la Constitución Federal define y protege a un “modelo ideal” de familia, conformado por un hombre, una mujer, y los hijos. Refiere que el artículo 30, inciso B), fracción II, de la Constitución, define de forma indirecta al matrimonio, en tanto que hace referencia a que la nacionalidad mexicana se adquiere por naturalización en el “caso de la mujer o el varón extranjero que contraigan matrimonio con varón o con mujer mexicanos”.

Sin embargo, si interpretamos el texto de dicha disposición constitucional, encontraremos que podemos seccionarlo en cuatro supuestos en el que la nacionalidad mexicana se adquiere por naturalización: 1) en el supuesto de la mujer extranjera que contraiga matrimonio con varón mexicano; 2) el varón extranjero que contraiga matrimonio con mujer mexicana; 3) la mujer extranjera que contraiga matrimonio con mujer mexicana; y, 4) el varón extranjero que contraiga matrimonio con varón mexicano.

---

<sup>306</sup> Con esto no estamos afirmando que solamente las parejas sin hijos propios puedan o deban adoptar.



Resolviendo la cuestión, la Suprema Corte parte de la premisa contenida en el artículo 4º Constitucional, párrafo primero, el cual establece que la Ley “protegerá la organización y el desarrollo de la familia”. Por tanto, reconoce como imperativo de la Constitución, que la Ley se aboque a proteger a la familia.

Sin embargo, como vimos anteriormente, la Corte determina que la Constitución no contiene un modelo ideal de cómo debe conformarse la familia, sino que debe interpretarse desde un enfoque amplio en que la familia, como fuere que estuviere formada, merece ser protegida por la Ley.

Sobre este respecto, la Corte expresó lo siguiente:

“si partimos de que la Constitución no protege exclusivamente a la familia que surge o se constituye mediante aquella institución, debido a que la protección es a la familia, entonces, dentro de un Estado democrático de derecho, en el que el respeto a la pluralidad es parte de su esencia, lo que debe entenderse protegido constitucionalmente es la familia como realidad social y, por ende, tal protección debe cubrir todas sus formas y manifestaciones en cuanto realidad existente, alcanzando a dar cobertura a aquellas familias que se constituyan con el matrimonio; con uniones de hecho; con un padre o una madre e hijos (familia monoparental), o bien, por cualquier otra forma que denote un vínculo similar”.

De acuerdo con la tesis aislada P. XXVIII/2011 del Pleno de la Corte, casarse o no es una decisión que está amparada por el derecho al libre desarrollo de la personalidad, e igualmente lo está la elección de pareja, puesto que “la orientación sexual de una persona, como parte de su identidad personal, responde a un elemento relevante en su proyecto de vida”. Igualmente en dicha tesis, menciona el Pleno, que “la decisión tomada por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal para ampliar la institución del matrimonio y comprender a las parejas del mismo sexo, lejos de contravenir los postulados fundamentales los refuerza, al igualar las uniones de las parejas, sean heterosexuales u homosexuales”.

Igualmente, la tesis aislada P. XXI/2011 hace mención de que el concepto de “familia” actualmente a la luz de nuestra Constitución debe entenderse como realidad social, y no como un modelo ideal o idóneo conformado por aquella pareja

que contrae matrimonio y se reproduce. Cuestiones históricas y jurídicas respaldan el enfoque amplio dado al concepto de familia.

La protección amplia que establece el Pleno de la Suprema Corte con su resolución de la Acción de Inconstitucionalidad 2/201 comprende los siguientes supuestos, de forma enunciativa:

- ❖ Familias nucleares compuestas por padres e hijos, ya sean biológicos o adoptivos, y que se constituyan por matrimonio o por uniones de hecho.
- ❖ Familias monoparentales, compuestas por un padre o una madre e hijos.
- ❖ Familias extensas o consanguíneas, que incluyen ascendientes, descendientes, y parientes colaterales.
- ❖ Familias homoparentales, conformadas por padres o madres del mismo sexo, con o sin hijos, adoptivos o biológicos.

La protección de la familia igualmente encuentra fundamento en el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en donde se le reconoce como “el elemento natural y fundamental de la sociedad” que por tanto “debe ser protegida por la sociedad y el Estado”, sin dar una definición sobre cómo debe constituirse. Protección y visión similar la encontramos en el artículo 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el artículo 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Con lo que hemos plasmado y comentado hasta ahora, podemos visualizar la disgregación de tres conceptos: familia, matrimonio, y procreación.

Previo a la Acción de Inconstitucionalidad, estos tres conceptos se relacionaban de acuerdo a la siguiente máxima: el matrimonio es el medio para constituir una familia, valiéndose de la procreación.

Ahora, el cambio de paradigma, sostiene la máxima de forma distinta: el matrimonio es uno de los medios para constituir una familia, dentro de la cual puede tener lugar, o no, la procreación.

Aferrarse a que el matrimonio es la forma idónea y exclusiva de constituir una familia, y que su finalidad es la perpetuación de la especie, es sostener una postura discriminatoria, que impide el acceso a una igualdad real de oportunidades, y, principalmente, que carece de fundamento constitucional o convencional.

Finalmente, lo anterior nos hace arribar a la cuestión última sobre nuestro análisis del matrimonio regulado por la legislación poblana, la cuestión de su apego, o desapego, a lo establecido por nuestra Constitución Federal.

Haciendo un recuento del avance que hasta ahora hemos tenidos en el análisis del matrimonio civil en Puebla: comenzamos comentando sobre la cuestión de su naturaleza jurídica como contrato civil; procedimos a brevemente estudiar la cuestión de ser una “sociedad”, desde el punto de vista histórico; posteriormente, pudimos constatar que el artículo 294 del Código poblano representa un acto discriminatorio, por establecer una distinción, una exclusión, y una restricción, basada en la preferencia sexual de las personas; a continuación, analizamos las finalidades del matrimonio, resultando en la desvinculación de la función procreativa como finalidad esencial del matrimonio, y sosteniendo a la ayuda en la lucha por la existencia como una finalidad válida de la institución conyugal; ahora vamos a analizar la constitucionalidad de la disposición que venimos examinando.

#### VIII.1.6. *Examen de constitucionalidad del artículo 294 del Código Civil de Puebla*

Las garantías individuales, hoy llamadas derechos humanos y sus garantías, conocidas también como derechos fundamentales, pueden limitarse o restringirse. Ningún derecho es absoluto. Luego entonces, tenemos, por ejemplo, que la libertad puede restringirse en virtud de una sentencia judicial que sancione la comisión de un delito con pena privativa de libertad; o, que la privacidad tenga como excepción los registros públicos de la propiedad, o del estado civil, por mencionar un ejemplo más.

El Pleno de la Corte ha sostenido la tesis jurisprudencial P./J. 130/2007, en donde establece que los límites de la regulación de garantías individuales deben respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad. El legislador debe, a dicho tenor, proveer que la regulación de la garantía en cuestión: a) persiga una finalidad constitucionalmente legítima; b) que sea adecuada, idónea, apta y susceptible de alcanzar el fin perseguido; c) ser necesaria y suficiente para lograr la finalidad perseguida, de manera que no implique una carga desmedida, excesiva o injustificada para el gobernado; y, d) estar justificada en razones constitucionales.

Para realizar el test de escrutinio de constitucionalidad, la Primera Sala sostiene la tesis aislada 1ª. C/2013 (10ª), en la cual establece que la restricción del matrimonio a las parejas de personas del mismo sexo importa una restricción basada en una *categoría sospechosa*. ¿Qué es una categoría sospechosa? Básicamente es cuando la medida se basa en una cuestión de aquellas tuteladas contra la discriminación en el artículo 1º de la Constitución Federal. La Corte sostiene también que sobre las categorías sospechosas “pesa la sospecha de ser inconstitucionales”.

En el caso del Código Civil Poblano, como ya vimos antes, la medida normativa se funda en la restricción de derechos en base a la preferencia sexual de las personas; la preferencia sexual está tutelada contra la discriminación en el artículo 1º Constitucional, ergo, es una categoría sospechosa.

Ahora bien, el hecho de que la norma se funde en una categoría sospechosa, implica que la Corte decidió realizar un test de escrutinio estricto de constitucionalidad a la luz del principio de igualdad, a diferencia de un test de escrutinio ordinario. El test ordinario y el estricto se diferencian por la intensidad, en el ordinario se busca determinar que la norma persiga una finalidad “constitucionalmente admisible” que no sea abiertamente contradictoria a nuestra Norma Fundamental; mientras que en el test estricto, se exige que la medida tenga como finalidad un apoyo constitucional claro: un objetivo “constitucionalmente importante”.

Dicho test de escrutinio estricto se desarrolla en la determinación de dos conceptos: A) que la norma examinada tenga como objetivo cumplimentar una *finalidad imperiosa* claramente perseguida por la Constitución; y, B) que la conexión entre la distinción marcada por la norma examinada y la finalidad imperiosa sea directa, y no solamente en potencia.

Sobre el primer concepto, tenemos que el artículo 294 del Código Civil de Puebla tiene como objetivo dar cumplimiento a la garantía constitucional del artículo 4º por virtud de la cual el Estado a través de la Ley tiene la obligación de proteger a la familia en cuanto a su organización y desarrollo. Por tanto, tenemos que el 294 sí cumple con el primer concepto.

Ahora bien, sobre el segundo concepto, tenemos que no lo cumple. La protección que establece resulta incompatible con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, a las garantías de igualdad y de no discriminación por razón de preferencias sexuales, y en virtud de la interpretación amplia que la Corte hace sobre el concepto de familia, en relación de que conceptualiza a esta como una realidad social y no como un modelo ideal formado exclusivamente por un hombre, una mujer, y sus hijos. Por tanto, tenemos que la norma poblana que venimos examinando, falla en demostrar su constitucionalidad desde el enfoque estricto que le es aplicable.

En resumen, la norma examinada, el artículo 294 del Código Civil de Puebla, el cual prohíbe a las parejas conformadas por personas del mismo sexo el acceso al matrimonio, es inconstitucional e inconvencional, por las razones siguientes:

- ❖ La manera en que busca dar cumplimiento al imperativo constitucional de protección a la familia (artículo 4° constitucional) carece de razonabilidad objetiva, en tanto que se justifica basándose en un acto discriminatorio (que se origina en prejuicio histórico contra la preferencia sexual homosexual) y la norma carece de idoneidad, en tanto que no se ajusta a la concepción de familia reconocida por la Constitución, los tratados internacionales de los que México es Parte, y la práctica jurisprudencial del Poder Judicial de la Federación, como una realidad social amplia, y no como un modelo cerrado y restrictivo.
- ❖ Es contraria a la dignidad humana que se le reconoce a las personas en el artículo 1° de la Constitución y en diversos tratados internacionales, en tanto que degrada a las personas de orientación homosexual al grado de no considerarles aptos para formar una relación sentimental reconocible para los efectos de Ley correspondientes, ni siquiera si dichas relaciones tienen lugar en la realidad de los hechos.
- ❖ Restringe injustificadamente el derecho al libre desarrollo de la personalidad, en tanto que busca prohibir que las personas moldeen su proyecto de vida en atención a sus intereses, no pudiendo, en el caso concreto, elegir como

pareja a una persona del mismo sexo y esperar no recibir un trato discriminatorio y desigual.

- ❖ Resulta incompatible con las garantías de igualdad y de no discriminación, contenidas tanto en la Constitución Federal, como en distintos tratados internacionales de los que México es parte, como lo son la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

#### VIII.II. Adopción por parejas de personas del mismo sexo

La adopción y el matrimonio son figuras jurídicas distintas, de eso no cabe duda. El matrimonio es un contrato civil por virtud del cual se unen dos personas con la finalidad de proporcionarse como pareja ayuda mutua en la lucha por la existencia, basándose en la voluntad (lo que se conoce tradicionalmente como la  *affectio maritalis*) de realizar una vida en común teniendo la calidad de cónyuges, aceptando y deseando los efectos, derechos y obligaciones que dicha calidad conlleva.

Por otra parte, la adopción es creadora de un parentesco civil entre adoptantes y adoptado, es decir, es originadora de un estado civil concreto consistente en que, a partir de que la adopción sea concretada, el adoptante o adoptantes actuarán en calidad de padres del adoptado, y el adoptado, por su parte, será legalmente considerado hijo de sus adoptantes, con todos los efectos, derechos, obligaciones, y deberes que dicho estado impone a las personas involucradas.

Sin embargo, en su resolución de la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010 determinó la existencia de un vínculo entre el matrimonio y la adopción, esto derivado de la forma en que la legislación del Distrito Federal estaba dispuesta. Veremos cómo dicho vínculo existe también en la legislación poblana. Para tales efectos, en ánimo pragmático, transcribiremos nuevamente el artículo 294 del Código Civil de Puebla, el cual establece quiénes pueden celebrar el matrimonio, y los artículos 579, 580, y 581 del Código Civil de Puebla, de los cuales se desprende la afirmación de que en Puebla solamente los cónyuges pueden adoptar de manera conjunta.

### VIII.II.1. *Vínculo entre el matrimonio y la adopción en Puebla*

Veamos la transcripción de los artículos *supra* referidos, en las partes que nos interesan, claro está:

“**Artículo 294.-** El matrimonio es un contrato civil, por el cual ***un solo hombre y una sola mujer***, se unen en sociedad para perpetuar la especie y ayudarse en la lucha por la existencia”.

“**Artículo 579.-** Pueden adoptar los cónyuges o personas solteras que tengan veinticinco años cumplidos y más de diecisiete años que el menor que se pretenda adoptar a la fecha de inicio del procedimiento especial de adopción...”

“**Artículo 580.-** Las personas solteras podrán adoptar, aún cuando tengan descendientes y, tratándose de cónyuges, siempre que ambos estén conformes con la adopción”.

“**Artículo 581.-** Nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo en el caso previsto en el artículo anterior” [léase, en el caso de los cónyuges].

Al expresar que solamente los cónyuges, es decir las personas unidas en matrimonio, pueden adoptar de manera conjunta, en la práctica, lo que está haciendo la regulación en materia de adopción poblana es atenerse a que las personas que puedan adoptar conjuntamente vendrán delimitadas por la regulación en materia de quiénes pueden contraer matrimonio.

Vemos claramente que cualquier modificación al espectro de personas que pueden contraer matrimonio, involucraría indubitablemente “un cambio material, es decir, de contenido” en los preceptos relativos a quiénes pueden adoptar conjuntamente, de la misma forma en que lo determinó el Pleno de la Corte en referencia a la codificación ordinaria del Distrito Federal al resolver la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010.

Cuando el legislador ordinario del Distrito Federal amplió el espectro de los potenciales cónyuges, pasando de la fórmula de “un solo hombre y una sola mujer” a la de “unión libre de dos personas”, no solamente provocó que las personas del mismo sexo pudieran casarse, sino también que ahora pudieran acceder a la adopción conjunta, una puerta que a su vez abrió otra.

La vinculación entre el matrimonio y la adopción, de acuerdo a la legislación poblana, bien podría expresarse de la siguiente manera: quien puede casarse, puede adoptar conjuntamente.

Por tanto, vemos que cualquier cambio en la regulación de quiénes pueden casarse, implicaría también un cambio real en quiénes pueden adoptar. Como ejemplo absurdo, pero ilustrativo, supongamos que se reformara el artículo 294 poblano para establecer que: “el matrimonio es un contrato civil, por el cual **dos hombres** y una mujer, se unen en sociedad para perpetuar la especie y ayudarse en la lucha por la existencia”; supongamos también que se deja intacto el artículo 579 et al. Dicho cambio resultaría en que ahora “los cónyuges” no fueran un varón y una mujer, sino dos varones y una mujer, y a su vez, dicho cambio implicaría que quienes podrían acceder a la adopción conjunta no serían dos personas de distinto sexo, sino tres, dos de ellos varones y una mujer.

Por tanto, podemos ver que, si bien son figuras jurídicas distintas, existe una vinculación directa entre matrimonio y adopción en atención a la manera en que la legislación poblana está formulada.

#### VIII.II.2. *Omisión legislativa vs. Acto discriminatorio*

Al igual que como vimos en el caso del matrimonio, no estamos ante una omisión legislativa, pues el legislador sí contempló quienes pueden adoptar conjuntamente, a tal grado que decidió que fueran los cónyuges los únicos que pudieran hacerlo. En dicha decisión, implícitamente, el legislador ordinario poblano decidió que solamente las parejas conformadas por personas de distinto sexo que se hubieran casado, podrían adoptar menores e incapaces.

De nueva cuenta, surge la pregunta sobre si dicha decisión representa un acto de discriminación, o no. Retomando lo visto en el apartado anterior, tenemos que:

La norma produce una distinción, entre las parejas conformadas por hombre y mujer casados, y las parejas de hombre y mujer no casados, así como las parejas de personas del mismo sexo. A las primeras les concede la posibilidad de incorporar a una persona a su familia, a través del estado de parentesco civil que se crea con



la adopción, mientras que a las segundas y terceras, sencillamente las aliena de dicha posibilidad.

Tenemos también una exclusión, pues las aparta de la figura de la adopción. Los desconsidera tratándose de la posibilidad de hacerse cargo de un menor expósito, abandonado, o incapaces en amplio sentido. Si la adopción es una figura orientada a la atención de la niñez desprotegida, así como de asistencia social, entonces la norma aludida no considera que las parejas conformadas por personas del mismo sexo, o las parejas de personas de diferente sexo no casadas, sean suficientemente aptas como para ser partícipes de dicha labor asistencial.

Lo anterior evidentemente resulta un atentado en contra de la dignidad de las personas, pues menoscaba su valor como personas, basándose en cuestiones amparadas por el ejercicio de su libertad de desarrollo de la personalidad: la decisión de no contraer matrimonio, y su elección de pareja sentimental, lo cual, en este caso, a su vez se relaciona con la preferencia sexual, aspecto personalísimo de la identidad de cada persona.

Finalmente, hay una restricción al desarrollo de su personalidad, pues involucra que el hecho de elegir no contraer matrimonio, o de elegir a una pareja del mismo sexo, trunca sus aspiraciones de acceder a la adopción de un menor o incapaz.

Como vimos en el caso del matrimonio, estamos ante un acto discriminatorio que se funda en dos aspectos tutelados por el artículo 1° Constitucional en su último párrafo: respecto de las parejas conformadas por personas del mismo sexo, en las preferencias sexuales; y respecto de las parejas de hombre y mujer no casados, en el estado civil.

Ahora que hemos definido que la medida en efecto representa un acto de discriminación, procede que, al igual a como lo hicimos en el apartado del matrimonio, analicemos la constitucionalidad de la restricción contenida en el artículo 579 del Código Civil de Puebla.

### VIII.II.3. *Examen de constitucionalidad del artículo 579 del Código Civil de Puebla*

Primero que nada, procedería preguntarnos si la restricción de la adopción a parejas conformadas por personas del mismo sexo, por una parte, y a las parejas de distinto sexo no unidas en matrimonio, por la otra, se funda en categorías sospechosas.

Como vimos apenas, tanto las preferencias sexuales, como el estado civil de las personas, son cuestiones tituladas en contra de la discriminación en virtud del artículo 1º, párrafo último, de la Constitución mexicana. Por tanto, hay una sospecha fundada de que la medida sea inconstitucional, y, por ende, se funda en categorías sospechosas que ameritan un test de escrutinio estricto de constitucionalidad.

Sobre el primer aspecto del test de escrutinio estricto, en relación a que la norma tenga como finalidad dar cumplimiento a una necesidad imperiosa claramente identificable en el texto de nuestra Norma Fundamental, tenemos que sí lo hace, pues dicha finalidad imperiosa la encontramos en el párrafo noveno del artículo 4º Constitucional, relativa a:

“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”.

La protección de la condición especial de la niñez, orientada hacia la satisfacción de sus necesidades guiándose por el principio del interés superior de la niñez, es un mandato constitucional claro e imperativo. No estamos ante un deber del Estado, ni tampoco ante una norma dispositiva, por el contrario, estamos ante una obligación del Estado y de sus representantes.

La adopción, orientada por el interés superior del menor, encaminada siempre a las decisiones que mejor beneficien la satisfacción de las necesidades de los menores dados en adopción, por tanto, atiende al objetivo de dar cumplimiento a una finalidad imperiosa claramente inserta en el texto constitucional.

Prosiguiendo al segundo escalafón de análisis en el test de escrutinio estricto, ¿la medida restrictiva guarda una relación directa con la finalidad imperiosa constitucional de la cual busca garantizar el cumplimiento?

Admitir que sí lo hace, sería equivalente a reconocer que en aras de proteger a la niñez, debemos alejarla de los homosexuales y de las personas que mantienen una relación sentimental fuera del matrimonio. Sería equivalente a asignar a dichas personas una carga de peligrosidad, sería considerarlos nocivos para la niñez.

Una postura tal, no solamente no sería congruente con el principio de no discriminación y de igualdad consagrados en nuestra Norma Suprema, sino que tendría el efecto de legitimar y solidificar la discriminación y el prejuicio en contra de homosexuales y personas que han decidido vivir en concubinato, cuestión abordada en el caso de *Atala Riffo y Niñas vs. Chile* ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Estas consideraciones serían violatorias del derecho al libre desarrollo de la personalidad, de la dignidad humana, y de las garantías de igualdad y de no discriminación, todos ellos contemplados en el artículo 1° de la Constitución.

#### VIII.II.4. *El papel del interés superior del menor*

La jurisprudencia de la Suprema Corte P./J 13/2011, toca un aspecto por demás importante. Hasta este momento hemos analizado la figura de la adopción desde la perspectiva de los adoptantes, lo cual podría parecer un error, porque de acuerdo al principio del interés superior del menor, estudiado ya en apartado diverso, la adopción se erige como una institución en donde debe prevalecer la satisfacción de necesidades del menor, por encima de las pretensiones de los potenciales adoptantes.

La jurisprudencia citada en el párrafo anterior establece lo siguiente:

“... si bien es cierto que tratándose de la institución civil de la adopción, los derechos de los menores sujetos a adopción se encuentran en posición prevalente frente al interés del adoptante o adoptantes, también lo es que ello no se traduce en que la orientación sexual de una persona o de una pareja lo degrade a considerarlo, por ese solo hecho, como nocivo para el desarrollo de un menor y, por ello, no permitirle adoptar...”

“...sostener que las familias homoparentales no satisfacen este esquema implicaría utilizar un razonamiento constitucionalmente contrario a los

intereses de los menores que, en razón del derecho a una familia, deben protegerse...”

La prevalencia del interés superior del menor, por tanto, no implica una “carta abierta” para desconocer los derechos de los posibles adoptantes. No por el hecho de que se antepongan las necesidades de los menores significa que estamos ante el sobreentendido de que cualquier comportamiento de la autoridad sea justificable, por más arbitrario y discriminatorio que sea.

Sobre el asunto que en estas líneas abordamos, vale la pena retomar el caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, el cual fue resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En dicha causa, la Corte determinó que el Estado tiene la carga de la prueba en cuanto a demostrar que sus decisiones se basan en la existencia de un “daño concreto, específico y real”, y no meramente en una hipotética potencialidad de situación de riesgo derivado de la orientación sexual de una persona.

Mencionó la Corte Interamericana que el Estado debe demostrar la relación de causalidad y conexidad entre la conducta del adulto y el aludido daño, riesgo, o deterioro del entorno familiar tal que haga que, en atención al principio del interés superior del menor, lo más benéfico sea separar a las niñas de su madre.

Aterrizado al caso de la legislación poblana, el hecho que el Código Civil excluya a las parejas de personas del mismo sexo el acceso a la adopción conjunta, representa un criterio arbitrario, sustentado en la situación de prejuicio histórico que ha reconocido la Suprema Corte contra los homosexuales, y no en una relación de causalidad y conexidad entre la preferencia sexual y el daño que produce a un menor o incapaz.

Tanto la Corte Interamericana, como la Suprema Corte de Justicia de la Nación, reconocen que no hay evidencia concluyente sobre el supuesto daño que la orientación homosexual causa en los niños, los estudios al respecto presentados por la psicología son contradictorios en muchos casos, a menudo sesgados por la postura adoptada de la institución que financia dichos estudios.

Si los representantes Estado Mexicano, en sus diferentes esferas de gobierno y ámbitos de competencia, decidieran adoptar el criterio unificado de que

la homosexualidad es inherentemente nociva para la infancia, estarían incurriendo en una violación a la garantía de no discriminación contenida en la misma Constitución Federal y en diversos tratados internacionales de los que México es Parte. Igualmente, estarían impidiendo la materialización de una igualdad real de oportunidades para todas las personas sin distinción basada en sus preferencias sexuales.

Continuando con el supuesto analizado del párrafo anterior, la decisión sería contraria a la dignidad humana de las personas homosexuales, pues representaría, tanto en la práctica como en la teoría, una degradación de su valor como personas, atentando con ello contra el artículo 1º Constitucional, el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los cuales reconocen que el ser humano posee una dignidad inherente que debe ser respetada y protegida.

Por tanto, tenemos que el hecho de que los representantes del Estado, así como los preceptos normativos (como en el caso del artículo 579 del Código Civil de Puebla) adopten una postura generalizada sobre el efecto de la orientación sexual sobre la crianza y desarrollo de la niñez, resulta inconstitucional e inconvencional.

Sirve también citar a la Primera Sala de la Suprema Corte, que en la resolución del Amparo en Revisión 581/2012 apuntó que “la vida familiar de dos personas homosexuales no se limita a la vida en pareja. La procreación y la crianza de menores no es un fenómeno incompatible con las preferencias homosexuales”.

¿Entonces cómo debe ser la actuación de la autoridad? Debe ser una actuación individualizada, estudiada en el caso concreto. Atendiendo no a la orientación sexual *lato sensu*, sino a la conducta personal de la cual pueda desprenderse una comprobación del nexo de causalidad y conexidad entre dicha conducta y el aludido daño al desarrollo integral del menor, el cual debe ser concreto, específico y real, basado en pruebas periciales, y no en una potencialidad hipotética asumida de forma arbitraria.

Apoyando lo anterior, tenemos la tesis aislada XII.2º.4 C (10a.) del Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Segundo Circuito, en la cual se establece que en el caso de determinar un régimen de custodia y convivencia compartida, en atención al principio del interés superior del menor:

“... el Juez natural, previo a emitir su fallo, debe proveer de oficio el desahogo de pruebas periciales en materia de psicología y de trabajo social respecto a los progenitores y los ascendientes que demandan la convivencia, y destacadamente la que tenga en cuenta el sentir del menor, para tener un panorama objetivo y establecer con mayores elementos, qué es lo más benéfico para éste, a fin de que no quede en un estado vulnerable...”

“... se impone obligatorio el desahogo de los medios de prueba necesarios e indispensables que soporten una decisión en el juicio que privilegien el desarrollo psicológico sano y el bienestar del infante.”

Considero que el criterio es aplicable a los requisitos cuyo cumplimiento se le pide a los solicitantes de la adopción, ya sea interna o externa. Igualmente, considero que a pesar de que dicha tesis se refiere a la actuación de la autoridad jurisdiccional, también es aplicable a la autoridad administrativa, refiriéndome con esto a las actuaciones del DIF Estatal, de su Consejo Técnico de Adopciones, y del Ministerio Público, en el proceso de adopción.

Esta creencia, la sustentó en la tesis aislada 1ª. LXXXII/2015 (10ª), de la Primera Sala de la Corte, en la cual se menciona que el interés superior del menor “constituye un principio rector de todas las actuaciones de los poderes públicos relacionados con menores”. Es decir, no solamente los órganos jurisdiccionales deben de actuar con apego al interés superior del menor, sino todas las autoridades administrativas, sin distinción del Poder público del que provengan.

El problema que observamos es que la legislación poblana en materia de adopción presenta ambigüedad en su terminología, la cual puede derivar en un margen suficiente para que una persona en su carácter de autoridad, discrimine a las personas que se identifican como homosexuales por cuestiones que responden más al prejuicio histórico que refiere la Suprema Corte, que a razones reales de daño o peligro comprobable, derivado del estudio del caso particular, y sustentado

en las pruebas periciales suficientes que aporten un panorama objetivo en que la mera orientación sexual no sea factor decisivo para denegar la solicitud de adopción.

En específico, me referiré a los requisitos establecidos en las fracciones III y IV del artículo 579 Bis del Código Civil de Puebla que me permitiré transcribir:

**“Artículo 579 Bis.-** Para que se autorice la adopción, él o los que pretendan adoptar deberán reunir las condiciones que se establecen en este Capítulo y además acreditar plenamente, los siguientes requisitos:

I.- (...)

II.- (...)

III.- Que la adopción sea benéfica para la persona que se pretenda adoptar.

IV.- Que el adoptante o adoptantes, sean idóneos para adoptar.

V.- (...)

VI.- (...)

Los requisitos que se establecen en las fracciones I, **III**, **IV**, V, y VI quedarán plenamente acreditados con el dictamen técnico o certificado de idoneidad que emita el Consejo Técnico de Adopciones, dependiente del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Estado, con base en los **estudios técnicos** de quienes pretenden adoptar.

En todos los casos, **se atenderá al interés superior del menor o incapaz**,...

Tomando en cuenta que los requisitos a los que nos referimos son acreditados por el Consejo Técnico de Adopciones del DIF Estatal, conviene recordar quiénes integran dicho Consejo:

- ❖ El Presidente, que será el Director General del Sistema DIF del Estado;
- ❖ El Secretario, que será el Director de Asistencia Jurídica;
- ❖ Los Consejeros, que serán:
  - El Director de Asistencia y Rehabilitación;
  - El Titular del Departamento de la Procuraduría de la Defensa del Menor, la Mujer y la Familia;
  - El Titular del Departamento de Adopciones y Representación Legal;
  - El Titular de Casa de Ángeles/CRI;

- El Titular de Casa de la Niñez Poblana;
- El Titular de Casa de la Familia Poblana;
- Un médico pediatra adscrito al Sistema DIF Estatal;
- Un psiquiatra adscrito al Sistema DIF Estatal;
- ❖ Los asesores, que serán invitados por el Presidente del Consejo Técnico, que provendrán de las siguientes instituciones:
  - Tribunal Superior de Justicia del Estado;
  - Procuraduría General de Justicia del Estado;
  - El Titular de la Casa de Asistencia autorizada y con convenio donde se alberga al niño propuesto para adopción.

Cuentan con voz y voto el Presidente, el Secretario, y los Consejeros; mientras que los asesores contarán solo con voz. Inicialmente podría argumentarse que la no discriminación y la tecnicidad de los dictámenes están garantizados por el mismo texto del Código Civil. Empero, ¿qué pasaría si el dictamen técnico al que refiere el Código se hace basándose en estudios y metodologías científicas que abiertamente postulan la homosexualidad como un elemento nocivo para la infancia?

De sostenerse un criterio así, los miembros del Consejo Técnico de Adopciones, en su calidad de autoridad responsable, estarían incurriendo en un acto de autoridad afectado de inconstitucionalidad, por los motivos siguientes:

- ❖ Ser violatorio del respeto a la dignidad humana, de las garantías de igualdad y no discriminación, y del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los solicitantes rechazados bajo el criterio de la orientación homosexual;
- ❖ Por desatender el interés superior del menor que el Estado tiene la obligación de proteger, en razón de que estarían privando al menor de su derecho a un proceso de adopción libre de discriminación y trato desigual, basado en pruebas que demuestren nexos de causalidad y conexidad entre causa y efecto, y que esté guiado por aquello que lo beneficie más en la satisfacción real de sus necesidades que permitan su desarrollo integral, y no en prejuicios arbitrarios basados en la orientación sexual:



- ❖ Que la postura discriminatoria de la autoridad estaría privando al menor de la oportunidad de acceder a una vida en familia.

La misma situación sería aplicable en el caso de actuaciones de otras autoridades, como lo son la autoridad jurisdiccional y el Ministerio Público, en el escenario de que su postura personal en contra de la homosexualidad sea factor decisivo para negarse a conceder la aprobación a la solicitud de adopción.

### VIII.III. Adopción por personas solteras de orientación homosexual en Puebla

Recordemos que el artículo 579 del Código Civil de Puebla establece que pueden adoptar las personas solteras que tengan 25 años cumplidos y más de 17 que el menor que pretende adoptar.

Como vimos anteriormente, la adopción conjunta está reservada para los cónyuges, y ya que en Puebla no se permite todavía que las personas del mismo sexo contraigan matrimonio, por tanto, a menos de que una persona homosexual se case con una persona del sexo opuesto, por regla general los individuos de orientación homosexual solo pueden aspirar a adoptar como persona soltera.

Este caso exhibe la desprotección que la legislación poblana vigente genera, en tanto que un menor no puede ser adoptado por dos personas del mismo sexo.

Imaginemos el escenario siguiente, una pareja conformada por personas del mismo sexo (“A” y “B”) decide que quieren adoptar un menor. Uno de ellos (digamos que “A”) inicia el procedimiento de adopción como persona soltera, tomando en cuenta que la ley no reconoce su unión, ni como matrimonio ni como concubinato. La adopción es concedida y, el menor “C”, se incorpora a la familia conformada por “A” y “B”, empero, el parentesco civil solamente se crea en relación al sujeto “A”, y no respecto de “B”.

Transcurren los años, “C” es criado por “A” y “B”, desarrollando los tres una vida familiar de hecho. Eventualmente, “A” enferma y fallece. Debido a que la legislación poblana no reconoce la unión de “A” y “B”, estaremos ante el caso de que “C” (aún menor de edad) tendrá que pasar a la custodia de los ascendientes de “A”, pues técnicamente “B” no tiene ningún derecho o parentesco que lo una a “C”, sin importar que hayan convivido durante años en calidad de padre e hijo, sin

importar el vínculo afectivo generado por dicha convivencia, sin importar el rol desempeñado por “B” en la crianza del menor.

Más grave se torna la situación si imaginemos que “A” no tiene familiares que se hagan cargo de la custodia y tutela de “C”, y, digamos que “A” y “B” no tuvieron el cuidado de nombrar a “B” como tutor testamentario de “C”.

Pues bien, en este caso podríamos presenciar la partida de “C” a una institución de asistencia social, es decir, siendo privado del entorno familiar al que estaba acostumbrado y en el cual había sido criado. Un círculo defectuoso que, por el hecho de que la legislación poblana no permitió inicialmente que “A” y “B” promovieran la adopción conjunta (en razón de su orientación sexual), provocó que “C” regresara al punto de partida.

Con este escenario hipotético buscamos dejar de manifiesto la falta de idoneidad de la norma poblana que regula quiénes pueden adoptar. Buscamos exhibir el estado de desprotección en el que mantienen a las personas homosexuales por una cuestión que, como ya vimos previamente, resulta discriminatoria e inconstitucional.

Igualmente, no podemos dejar de comentar que en el caso de este apartado, el individuo sufre de la misma incertidumbre de no saber si la postura personal de las autoridades interventoras en la adopción va a jugar un papel decisivo al momento de determinar la aprobación o negación de la solicitud, pues, recordemos, existe una sospecha legítima de que esto pudiera llegar a suceder, tomando en cuenta la discriminación imperante en la legislación, así como el prejuicio histórico del que son objeto las personas de orientación homosexual.

La visión personal de las personas respecto de la homosexualidad, que fungen en calidad de autoridad, puede tener una suerte de efecto corruptor que haga que sus decisiones sean contrarias a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.