

El Interés Superior del Menor en la adopción por parejas del mismo sexo

Mtra. María Elena Orta García

Las múltiples modificaciones legislativas en materia de Derecho Familiar, que en gran parte se han realizado y se han venido tramitando a lo largo de los últimos meses en el Código Civil para el Distrito Federal, además de haber tenido una enorme difusión y alta trascendencia en los medios de comunicación de toda índole y con la agravante de ser conocidas por la mayoría de los ciudadanos de todas las entidades de nuestro país, aún antes de su promulgación definitiva (lo cuál da una idea de la trascendental relevancia social de los cambios propuestos), afectan de manera directa al miembro de la familia que merece mayor protección y atención de todos sus integrantes: el menor de edad.

Desde múltiples ámbitos de nuestra sociedad se sostienen posiciones a favor y en contra, de algunas de las mencionadas reformas. Los expertos opinan tomando como base para sus argumentos la figura del menor de edad y la especial protección que tanto nuestro ordenamiento como los tratados suscritos por México en el ámbito internacional le confieren.

En esta forma, el menor se convierte en el eje del sistema jurídico familiar; en el quid de la cuestión que hace decantar la balanza a uno u otro lado. Por ello, el estudio de la figura del menor se rige en conditio sine qua non para obtener respuestas jurídicas acordes con el respeto y la protección de su interés superior.

El “interés del menor” es un concepto jurídico relativamente indeterminado. Esta indefinición implica la realización de una ardua labor hermenéutica en cada caso concreto para poder determinarlo. Ciertamente existe una gran cantidad de criterios objetivos que deben ser tomados en cuenta a la hora de ser valorado, pero también habrá de ponderarse, en muchos otros, respecto de algunos aspectos objetivos que individualizaran cada caso concreto.

Es mi deber mencionar y señalar que la situación del menor puede ser determinada discrecionalmente (única y exclusivamente en base a su experiencia y buena fé) por el juez, evitando afectaciones en el bienestar espiritual y material del menor y, de manera general, en primer termino, por las personas que están a cargo del menor. Además de lo señalado, y pese al mencionado carácter abstracto de este principio, el interés del menor puede concentrarse en los siguientes aspectos:

a).- Tener como marco el respeto a los derechos fundamentales (y especialmente a los consagrados en la Convención de los Derechos del Niño de 1989)

b).- Respetar los derechos de los menores que se encuentran contemplados en las leyes nacionales tanto locales como federales y los tratados y acuerdos internacionales.

c).- De una manera tácita, el interés superior del menor condiciona la normativa, a demás de ser un criterio de integración.

d).- El interés "superior" del menor conlleva que siempre primero que entre en concurso con los intereses de personas adultas deberá prevalecer lo que beneficie al menor, en la medida en que se le considera la parte débil y más necesitada de protección de cuantas puedan concurrir. Sin embargo, hay que tener en cuenta que los tribunales han venido sosteniendo que el interés superior del menor y el interés de los padres no pueden considerarse opuestos, sino complementarios el uno del otro.

Actualmente, este interés superior del menor se considera de orden público e interés social y se recoge en varios preceptos del Código Civil para el Distrito Federal, iniciando con los contenidos en el artículo 138 ter (25 de mayo 2000) del título cuarto bis "De la Familia", mismo que textualmente señala: "Las disposiciones que se refieren a la familia son de orden público e interés social y tiene por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros, basados en el respeto a su dignidad", y en distintas leyes estatales relativas a la protección de los menores, así como los convenios bilaterales y multilaterales, destacando el artículo Cuarto Constitucional, dispositivo salvaguardador de los intereses del núcleo familiar.

En la gran mayoría de los casos en los que se produce la ruptura de una pareja (constituya ésta matrimonio o cualquier otro tipo de unión de hecho o de derecho) y siempre que no haya problemas

específicos que aconsejen tomar otra medida, lo habitual es que la patria potestad de los hijos menores de edad sea atribuida a ambos progenitores conjuntamente, si bien es cierto que es posible el asignar a uno sólo de ellos la guardia y custodia sobre los mismos, en tanto no se ponga en peligro su integridad física o moral.

Estadísticamente hablando, es a la madre, en el 95% de los casos, a la que se le concede la guardia y custodia de los hijos menores de doce años de edad, siguiendo los lineamientos establecidos en la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

Por lo que a este artículo se refiere, no entraré a estudiar el derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo, concepto que ha sido incluido en la modificación al artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal, que de definir al matrimonio como "... la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida.....con la posibilidad de de procrear hijos..." a pasado a la "unión de dos personas.....".

Analizaré, desde un punto de vista estrictamente jurídico, la posibilidad que prevé esta modificación para que estas parejas del mismo sexo unidas en matrimonio o en concubinato, constituidas o no en matrimonio legal o espiritual, puedan adoptar conjuntamente a un menor que le auxiliará en las cargas de la vida.

El escándalo social que en nuestra entidad y en otros lugares de la República Mexicana ha originado esta norma, ha posicionado a defensores y detractores de la adopción conjunta por parejas del

mismo sexo, en extremos diametralmente opuestos.

Uno de los aspectos fundamentales que debemos recordar en el momento de realizar la adopción, es el ser una institución jurídica formulada en forma específica para la protección de menores (ya que sólo en circunstancias muy particulares se permite la adopción de mayores de edad).

La anterior afirmación nos conduce a reflexionar respecto a la premisa de que nadie tiene derecho a adoptar a nadie, pues más bien sería a la inversa: es el menor quién tiene derecho a que lo adopten cuando ha roto, por cualquier motivo, vínculos con su familia de origen, en la medida en que la adopción, dadas las drásticas consecuencias que su constitución generan, siempre es subsidiaria a cuantas otras figuras de protección del menor pueda ser instituidas: si el menor puede ser reintegrado en su familia de origen, la adopción nunca se constituirá.

Por lo antes expuesto el motivo de oposición de algunos sectores de la población para aceptar la disposición permisiva para adoptar por parejas del mismo sexo y retomando el tema de la adopción de menores y la protección del interés superior de éstos, el derecho a adoptar no existe y, en consecuencia, nadie va a poder ser titular del mismo.

Son los menores los que tienen que ser protegidos en todo momento y los que son el centro de la institución jurídica llamada adopción: **se trata de dar una familia a un niño y no dar un niño a una familia.**

Cabe señalar que debemos omitir el hablar, desde mi particular punto de vista, sobre la discriminación sexual que sufren las parejas homosexuales para poder adoptar a un menor, dado que para estar en posibilidad de poder adoptar, lo único que realmente se debe tener en cuenta son los derechos e intereses del adoptado, en razón de la posibilidad (puede ser o no) de ser adoptado por una pareja del mismo sexo, cuando ésta reúna los requisitos establecidos por el artículo 390 en sus tres fracciones del multirreferido Código Civil para el Distrito Federal, es decir:

a) Que tengan medios económicos suficientes para subsistir y proporcionar todo lo que se requiera para la educación y el cuidado de la persona que trata de adoptarse como hijo propio.

b) Que la adopción sea benéfica para la persona que trata de adoptarse, atendiendo al interés superior de la misma

c) Que el adoptante seas persona apta (física y mentalmente) y adecuada para adoptar

De esta manera, considero más adecuado para el menor y, en última instancia, la fórmula de protección más amplia para garantizar este acto jurídico de cuantas puedan imaginarse, la situación planteada para todos los solicitantes de adopción que cumplan los requisitos legalmente exigidos en carácter general, *sean valorados en razón de los precitados requerimientos y no en forma arbitraria, de entrada se les vete incluso la posibilidad de solicitar la certificación de su idoneidad para adoptar.*

En el Distrito Federal, en particular, y en nuestro país en general, hay una cuestión que no podemos olvidar: para

llevar a cabo una adopción, tanto si ésta es nacional como si lo es internacional, se precisa contar con el denominado “certificado de idoneidad”: un documento emitido por la autoridad competente que recoge la confirmación de que el solicitante de adopción es considerado idóneo para adoptar.

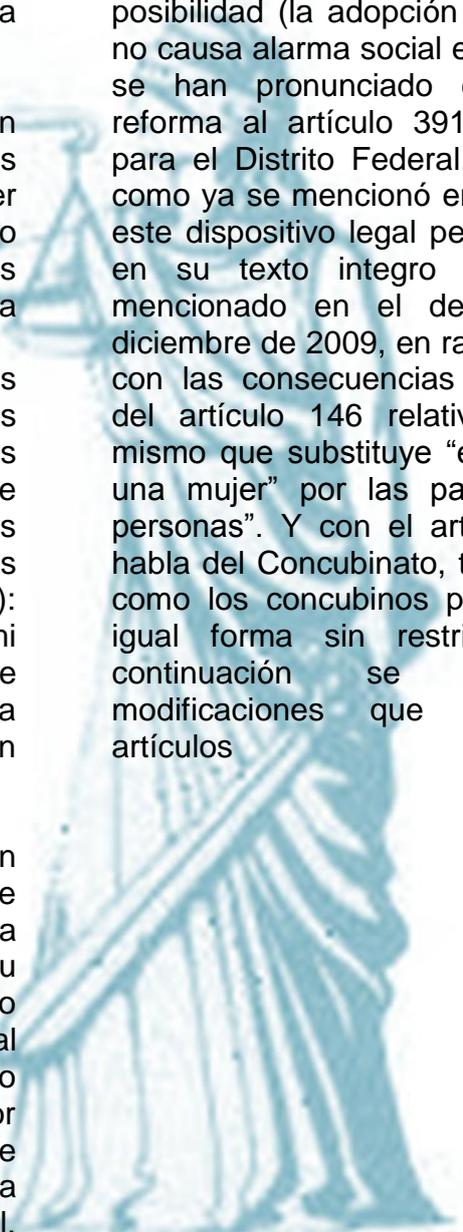
Ha de afirmarse, por tanto y en consecuencia, que no todas las personas y/o parejas homosexuales van a poder adoptar y, de la misma manera, tampoco todas las personas homosexuales (las parejas tienen al día de hoy aún vetada esta posibilidad) van a poder hacerlo.

Por ello, el sistema garantiza que los menores van a ser adoptados por las personas y/o parejas que cumple con unos requisitos mínimos, sin que pueda hablarse de discriminación alguna si no se es considerado idóneo (tanto si se es heterosexual como si se es homosexual): la discriminación podría estar, en mi opinión, en la inadmisión de la solicitud de idoneidad y no en la denegación de la misma por razones ajenas a la orientación sexual.

En segundo lugar, estimo que un análisis de la normativa actualmente vigente (antes de la entrada en vigor de la anunciada reforma) así como de su aplicación práctica podría haber reducido considerablemente el debate social generado: en la actualidad, como ya lo mencione aún antes de la entrada en vigor de las reformas, una persona sola puede adoptar sin que se excluya de manera expresa a la persona homosexual, existiendo ya muchos casos en los que personas homosexuales han adoptado sin pareja a un menor, constituyéndose tanto adopciones nacionales como

internacionales. Por tanto, ha de partirse de la base de que hoy por hoy, un homosexual puede adoptar individualmente a un menor de edad.

Aparentemente, parece ser que esta posibilidad (la adopción por persona sola) no causa alarma social en los sectores que se han pronunciado en contra de la reforma al artículo 391 del Código Civil para el Distrito Federal, paradójicamente, como ya se mencionó en diversos medios, este dispositivo legal permaneció intocado en su texto íntegro y solamente fue mencionado en el decreto del 29 de diciembre de 2009, en razón de su relación con las consecuencias a la modificación del artículo 146 relativo al matrimonio, mismo que substituye “entre un hombre y una mujer” por las palabras “entre dos personas”. Y con el artículo 291-Bis que habla del Concubinato, tanto los cónyuges como los concubinos pueden adoptar de igual forma sin restricción alguna. A continuación se presentan las modificaciones que sufrieron dichos artículos



Artículos del Código Civil Anterior (CCDF)	Artículos Modificados (CCDF)	Diferencias	Comentario
<p>Matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que esta Ley exige</p>	<p>Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente código.</p>	<p>Se cambio de “un hombre y una mujer” por “dos personas” Se retiro “con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada” Se cambio “ esta Ley exige” por estipule el presente Código)</p>	<p>Se da pauta para que personas del mismo sexo puedan tener un “matrimonio” Se elimina del Código que se tenga la posibilidad de hijos Se cambia de Ley a Código para dar el rango de norma adecuado</p>
<p>La Concubina y el Concubinario tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que sin impedimentos legales para contraer matrimonio han vivido en común en forma constante y permanente por un periodo mínimo de dos años que preceden inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones a los que alude este capítulo</p>	<p>Las concubinas y los concubinos tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que sin impedimentos legales para contraer matrimonio, han vivido en común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años que precedan inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones a los que alude este capítulo. No es necesario el transcurso del período mencionado cuando, reunidos los demás requisitos, tengan un hijo en común.</p>	<p>Se inicia con los plurales de concubinos y concubinas Se agrego “no es necesario el transcurso del periodo mencionado cuando, reunidos los demás requisitos tengan un hijo en común”</p>	<p>Solo para generalizar que pueden existir uno o más concubinos o concubinas Este tiene un implicación importante ya que se reconoce inmediatamente para los hijos de todas todos los efectos legales</p>