

CAPÍTULO IV

Discriminación de matrimonios homoparentales respecto a la adopción de infantes



Diana Laura Castillo Tejeda
Alejandra Verónica Zúñiga Ortega
Paola Fabiola Cuellar Gutierrez

CAPÍTULO IV

Discriminación de matrimonios homoparentales respecto a la adopción de infantes

Diana Laura Castillo Tejeda *
Alejandra Verónica Zúñiga Ortega **
Paola Fabiola Cuellar Gutierrez***

SUMARIO: I. Introducción; II. El derecho a la igualdad y a la no discriminación de personas LGBTI; III. Reivindicar el derecho al desarrollo de la familia; IV. Artículo 4° constitucional: el desarrollo de la familia; V. Conclusiones; VI. Lista de fuentes.

I. Introducción

De acuerdo con lo que percibimos actualmente como familia, es importante destacar que la estructura social familiar en México ha estado asociada a patrones patriarcales, lo que se traduce en la figura del hombre orientado a la vida pública, productiva, y la mujer dedicada a los lazos emocionales afectivos y al cuidado del hogar. Estas funciones han variado y actualmente dichos roles de género se han replanteado e incluso, a través de procesos legales, han surgido derechos que visibilizan las desigualdades y promueven la equidad de género.

En relación con lo anterior, es evidente que la composición familiar tradicional ha sufrido una fuerte remodelación en su estructura, por lo que es necesario que la sociedad evolucione acorde al contexto y a la época en la que se encuentra, para así romper con patrones de conducta, prejuicios y estigmas sociales que no benefician el funcionamiento actual de la sociedad.

La homoparentalidad, que se refiere a familias conformadas por padres del mismo sexo, forma parte de la realidad actual y debe ser entendida como un escenario válido para el desarrollo, la socialización y la realización personal (Andrade, 2023).

* Alumno de la maestría en Derechos Humanos y Justicia Constitucional de la Universidad Veracruzana del Sistema de Enseñanza Abierta. Sede Xalapa, correo institucional: zs22000352@estudiantes.uv.mx

** Catedrático de tiempo del Sistema de Enseñanza Abierta de la Universidad Veracruzana y Docente de la Maestría en Derechos Humanos y Justicia Constitucional, correo institucional alzuñiga@uv.mx

*** Catedrático de base de la Facultad de Derecho y profesor invitado de la Maestría en Derechos Humanos y Justicia Constitucional, correo institucional pcuellar@uv.mx

Los prejuicios sociales son la perspectiva colectiva con la que un grupo de personas se siente identificado de manera negativa hacia las características o comportamientos de otras personas, lo que en muchos casos se traduce en actos de discriminación. Uno de los sectores en riesgo de vulneración de derechos y que además es víctima de los prejuicios sociales son las personas con orientación sexual e identidad de género distinta a la predominante.

Los matrimonios igualitarios están siendo afectados por lo mencionado anteriormente, no sólo en el ámbito social, sino también en el jurídico, lo cual es un factor clave para desestimar normas que conllevan a un problema de discriminación consentida al negar la posibilidad de ejercer su derecho al desarrollo de la familia, fundamentado en el Artículo 4° constitucional, para consolidar una familia a través de la adopción.

De conformidad con lo anterior y teniendo en cuenta las obligaciones establecidas en el Artículo 1.1° de la Convención Americana, los criterios de interpretación establecidos en el Artículo 29° de dicha Convención y los organismos de las Naciones Unidas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos establece que la orientación sexual y la identidad de género, así como la expresión de género, son categorías protegidas por la Convención. Por lo tanto, está prohibido cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de una persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, ya sea por parte de autoridades estatales o particulares, puede disminuir o restringir, de ninguna manera, los derechos de una persona debido a su orientación sexual, identidad de género y/o expresión de género.

II. El derecho a la igualdad y a la no discriminación de personas LGBTI

Sobre el derecho a la igualdad y a la no discriminación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene una perspectiva acertada sobre la noción de igualdad. Esta se desprende directamente de la naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona. Toda situación que considere a un determinado grupo como superior y lo trate con privilegio, o que, por el contrario, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine en el goce de derechos, es incompatible con la igualdad. Por lo tanto, los Estados deben abstenerse de realizar acciones que creen situaciones de discriminación, ya sea de forma directa o indirecta.

En los ordenamientos internacionales, se reconoce la importancia de los principios fundamentales de igualdad y no discriminación, los cuales han evolucionado en el derecho internacional y se consideran normas *ius cogens*. Estas normas son aceptadas por toda la comunidad internacional y forman parte del orden jurídico nacional e internacional.

A partir de esta premisa, se reconoce que existen ordenamientos jurídicos internacionales que regulan los Derechos Humanos en cada país miembro de la Organización de Estados Americanos. Estos ordenamientos definen la discriminación como "toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los Derechos Humanos y libertades fundamentales de todas las personas".

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos establece en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su Artículo 1.1°, una norma de carácter general que se extiende a todas las disposiciones del tratado. Esta norma establece la obligación de los Estados de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en dicho tratado, sin discriminación alguna. Por lo tanto, cualquier norma o forma de discriminación que afecte el ejercicio de los derechos garantizados en la Convención es incompatible con la misma.

El incumplimiento por parte del Estado de la obligación de respetar y garantizar los Derechos Humanos, mediante cualquier trato discriminatorio que no persiga finalidades legítimas y sea innecesario o desproporcionado, genera responsabilidad internacional. Existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los Derechos Humanos y el principio de igualdad y no discriminación.

Por otro lado, mientras que el Artículo 1° de la Convención Americana nos exhorta a no ejercer actos de discriminación, el Artículo 24° protege el derecho a la igual protección de la ley. Esto significa que se prohíbe la discriminación de derecho, no sólo en relación a los derechos contenidos en dicho tratado internacional, sino también en cuanto a todas las leyes aprobadas por el Estado y su aplicación. En otras palabras, si un Estado no respeta o garantiza un derecho convencional, o si la discriminación proviene de la ley interna o de su aplicación, se debe analizar a la luz del Artículo 24° de la Convención Americana.

Los Estados tienen la obligación de adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades que afecten a determinados grupos de personas. Esto implica que el Estado debe brindar una protección especial con relación a las acciones o prácticas de los ciudadanos que, bajo su tolerancia, creen, mantengan o favorezcan situaciones discriminatorias.

Es importante aclarar que no toda diferencia de trato es discriminatoria, sólo aquellas que se basen en criterios objetivos y razonables que puedan ser racionalmente justificados. Cuando los criterios no persiguen un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido, se considera discriminación. Lo mismo sucede en el caso de tratos diferentes, desfavorables, que correspondan con uno de los protegidos por el Artículo 1.1° de la Convención Americana que refiere a:

- Rasgos permanentes de las personas de los cuales éstas no pueden prescindir sin perder su identidad;
- Grupos tradicionalmente marginados, excluidos o subordinados; y
- Criterios irrelevantes para una distribución equitativa de bienes, derechos o cargas sociales.

La Corte IDH ha establecido que este listado no es limitativo, ya que en el Artículo 1.1° de la Convención se incluye el término "otra condición social" para abarcar otras categorías que no han sido explícitamente mencionadas pero que puedan ser similares. Por lo tanto, al interpretar este término, se debe elegir la opción más favorable para la aplicación de los Derechos Humanos, siguiendo el principio pro-persona.

En ese sentido, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos ha aprobado nueve resoluciones desde 2008 con respecto a la protección de las personas contra la discriminación basada en su orientación sexual e identidad de género. En 2013, estas resoluciones también abarcaron la discriminación basada en la expresión de género. A partir de estas resoluciones, se ha exigido la adopción de medidas efectivas para combatir los actos discriminatorios. Además, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos recomendó a los Estados que tomaran las medidas apropiadas para prohibir legalmente la discriminación basada en la orientación sexual, identidad y expresión de género.

El primero en dar el paso hacia la inclusión de la orientación sexual y la identidad de género fue el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al señalar que ambas se pueden entender como incluidas dentro de la

categoría de "otra condición". Concluyó que la orientación sexual está cubierta por el Artículo 14° del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. De esta manera, en el caso *Clift Vs. Reino Unido*, el Tribunal Europeo reiteró que la orientación sexual es un ejemplo específico de las características personales contempladas en el listado, que se consideran innatas o inherentes a la persona.

En cuanto a la expresión de género, es posible que una persona sea discriminada debido a la percepción que otros tienen sobre su relación con un grupo o sector social. La discriminación por percepción tiene el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los Derechos Humanos y libertades fundamentales de la persona víctima de discriminación, independientemente de si esa persona se identifica o no con una categoría específica.

En consecuencia, de acuerdo con lo anterior, se puede considerar que la prohibición de discriminar basada en la identidad de género se refiere no sólo a la identidad real o autopercebida, sino también a la identidad percibida externamente, independientemente de si esa percepción corresponde a la realidad o no. En este sentido, se debe entender que cualquier expresión de género constituye una categoría protegida por la Convención Americana en su Artículo 1.1°.

Por último, es importante señalar que varios Estados han reconocido en sus ordenamientos jurídicos, mediante disposiciones legales, decretos o decisiones de los tribunales, que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas contra la discriminación (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2017).

III. Reivindicar el derecho al desarrollo de la familia

Esto se debe, entre otras razones, a una transformación cultural que reconoce que el concepto de familia no es único en cuanto a las formas de vida familiar, ya que existen diversas formas de conformarla en el ejercicio y goce de los derechos fundamentales, entre los que destacan la libertad y la igualdad.

La adopción homoparental se fundamenta en el interés superior del menor de edad, más que en el derecho que puedan tener las personas para adoptar. Ha habido avances normativos y jurisprudenciales que han impactado en el reconocimiento de los derechos de las personas con orientación sexual e identidad de género diversa, con el objetivo de evitar su discriminación y reivindicar el derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y disfrutar de ella.

Ahora bien, al reconocer los derechos de las personas adoptantes, en este caso los matrimonios igualitarios, se debe evitar el trato hostil y discriminatorio para no menoscabar la dignidad y los derechos que ya son reconocidos para quienes se encuentran en esta sociedad civil. Por tanto, es importante procurar no infringir en los límites del derecho a la organización familiar, para evitar condiciones que privilegien o excluyan a las personas del goce de sus derechos.

En este sentido, en lo que respecta al derecho de adoptar, si bien el interés de los menores de edad sujetos a adopción tiene una posición prevalente frente al interés del adoptante o adoptantes, no se traduce en que la orientación sexual de una persona o pareja sea considerada, únicamente por ese hecho, como nociva para el desarrollo de un menor de edad y, por lo tanto, se le niegue la posibilidad de adoptar.

En consecuencia, se menoscaba el derecho a la protección, organización y desarrollo de la familia (CONGRESO DE LA UNIÓN, 2023). Además, se desestima injustificadamente la posibilidad de que los matrimonios igualitarios puedan tener hijos por adopción y compartir la patria potestad o custodia de hijos menores de edad de alguno de ellos.

Por lo tanto, no existe razón constitucional para negar a los matrimonios entre personas del mismo sexo el derecho de ser considerados para adoptar, en igualdad de condiciones que los matrimonios entre personas heterosexuales y cumpliendo con los requisitos pertinentes. Esto está respaldado por la jurisprudencia de la Primera Sala (Tesis: 1a. CCCLIX/2015 (10a.)) que lleva por título "ADOPCIÓN. LOS MATRIMONIOS ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO TIENEN EL DERECHO A SER CONSIDERADOS PARA REALIZARLA EN IGUALDAD DE CONDICIONES QUE LOS MATRIMONIOS ENTRE PERSONAS HETEROSEXUALES" (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2015).

IV. Artículo 4º constitucional: el desarrollo de la familia

Conforme al parámetro de regularidad constitucional en relación con el principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, este implica que el desarrollo de estos y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de estas en todos los órdenes relativos a su vida. Así, todas las autoridades deben asegurar que en todos los asuntos, decisiones y políticas públicas en los que se les involucren, garanticen y aseguren que todos los niños, niñas y adolescentes tengan el disfrute y

goce de todos sus Derechos Humanos, especialmente aquellos que permiten su óptimo desarrollo, es decir, los que aseguran satisfacer sus necesidades básicas como alimentación, vivienda, salud física y emocional, el vivir en familia con lazos afectivos, la educación y el sano esparcimiento, todos esenciales para su desarrollo integral (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2015).

En ese sentido, el principio del interés superior del menor conlleva la protección de sus Derechos Humanos y debe realizarse por parte de las autoridades a través de medidas reforzadas en todos los ámbitos que estén relacionados con los niños, niñas y adolescentes, ya que es muy importante proteger sus intereses y la forma en que deben armonizarse para que sean una herramienta útil para garantizar en todo momento el bienestar integral del menor.

Tratándose de la institución civil de la adopción, los derechos de los menores sujetos a adopción se encuentran prevalentemente al interés del adoptante o adoptantes, dada la protección constitucional especial. Se busca la protección y garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, con el afán de incorporarlos a una familia donde puedan proporcionarles afecto, cuidados, educación y condiciones adecuadas para su desarrollo. Así, la adopción debe ser considerada un derecho del menor de edad, por el cual se debe procurar en todo momento garantizar la protección de sus intereses.

Es por ello que la intervención del Estado responde al derecho de la integración familiar para encontrar un ambiente que sea idóneo para el normal desarrollo del menor de edad. En ese sentido, la adopción ha dejado de ser un acto privado para convertirse, principalmente, en un procedimiento judicial, donde la protección del interés superior del menor de edad es el eje principal de la regulación.

Entonces, considerar el interés superior del niño, niña o adolescente en una adopción es reconocer todos los derechos inherentes a su persona. El tipo de familia a la que el niño, niña o adolescente sujeto de adopción vaya a ser integrado no es un factor por determinar, sino únicamente la idoneidad del adoptante o los adoptantes para proporcionarle las condiciones adecuadas para desarrollarse plenamente.

Por esto se destaca que el Artículo 4º constitucional impone la obligación de proteger la organización y el desarrollo de la familia, y debe entenderse como protector de la familia como realidad social y como un concepto dinámico. La protección de la familia que ordena la Constitución no se refiere exclusivamente a la familia nuclear que

tradicionalmente ha sido vinculada al matrimonio: padre, madre e hijos biológicos.

Hay transformaciones sociales relevantes en cuanto a la conformación de dos personas y la familia. Así, existen muchas personas que deciden vivir una vida en común e incluso tener hijos sin que deseen contraer matrimonio. Así como también existen matrimonios que no desean tener hijos; otros que, por razones biológicas, no pueden tenerlos y que, en algunos casos, recurren a avances médicos para lograrlo, mediante la utilización, por ejemplo, de donaciones de espermatozoides y/o de óvulos, aunque no en todos los casos la ciencia ofrezca soluciones adecuadas; unos más que, aun cuando no tienen impedimento para procrear, optan por la adopción.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación agrega que la Constitución tutela a la familia entendida como realidad social, lo cual se traduce en que esa protección debe cubrir todas sus formas y manifestaciones existentes en la sociedad: familias nucleares compuestas por padres e hijos (biológicos o adoptivos) que se constituyan a través del matrimonio o uniones de hecho; familias monoparentales compuestas por un padre o una madre e hijos; familias extensas o consanguíneas que se extienden a varias generaciones, incluyendo ascendientes, descendientes y parientes colaterales; y también familias homoparentales conformadas por padres del mismo sexo con hijos (biológicos o adoptivos) o sin ellos.

A medida que la sociedad pasa por constantes cambios culturales, políticos y sociales, también las familias se vuelven más diversas. La obligación de proteger a las familias, inscrita en la Declaración Universal de Derechos Humanos, requiere que las sociedades y los Estados reconozcan y respeten la diversidad, y que ayuden a toda familia a garantizar el bienestar y la dignidad de todos sus integrantes, independientemente de las decisiones que tomen en la vida.

Nuestra Constitución protege todas las formas de familia y no existe un modelo de familia ideal. En la misma línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que el derecho de protección a la familia “conlleva, entre otras obligaciones, favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012).

V. Conclusiones

La sociedad ha estado fuertemente influenciada por prejuicios y posturas basadas en visiones teológicas promovidas por líderes conservadores,

lo cual ha llevado a que el matrimonio heterosexual y la familia "tradicional" o reproductiva sigan siendo dominantes a nivel global. Sin embargo, en el presente capítulo, el reconocimiento del matrimonio igualitario, logrado en varios países, incluyendo México, ha sido resultado de los Derechos Humanos de segunda generación y de los instrumentos jurídicos implementados tanto a nivel nacional como internacional. Esto ha permitido modificar la perspectiva heteronormativa y abrir espacio para la diversidad familiar, incluyendo la aceptación de los matrimonios igualitarios.

Este avance ha sido producto de una larga lucha, principalmente encabezada por el activismo LGBTQ. En el caso específico de México, los esfuerzos realizados han valido la pena y demuestran la capacidad de resistir, sobreponerse y perseverar en la defensa de los Derechos Humanos fundamentales.

VI. Lista de fuentes

- ANDRADE GARCÍA, J. R. (2022). *La contradicción en la improcedencia de la adopción homoparental en el contexto del matrimonio igualitario* [Tesis de grado] Recuperado el 22 de febrero de 2023 de <http://repositorio.ulvr.edu.ec/bitstream/44000/5300/1/T-ULVR-4293.pdf>
- Corte IDH (2017). *Identidad de Género, e Igualdad y no Discriminación a parejas del mismo sexo*. ACNUR México. Recuperado el 27 de marzo de 2023 de <https://www.refworld.org/es/pdfid/5a5d311f4.pdf>
- CONGRESO DE LA UNIÓN (1917). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Cámara de Diputados*. Recuperado el 20 de marzo de 2023 de www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (2015). Adopción. Los matrimonios entre personas del mismo sexo tienen el derecho a ser considerados para realizarla en igualdad de condiciones que los matrimonios entre personas heterosexuales. *Semanario Judicial de la Federación*. Recuperado el 11 de abril de 2023. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2010482>
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (2015). Planilla de liquidación de pensiones alimenticias provisionales dejadas de pagar y definitivas. el hecho de haberse promovido ambas en un solo escrito, no hace que deba reprobarse la primera, en atención al interés superior del menor (inaplicabilidad del Artículo 361 del código de procedimientos civiles para el estado de Veracruz). *Semanario Judicial de la Federación*. Recuperado el 12 de marzo de 2023 de <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2008249>
- Corte IDH (2012). *Caso Forneron e Hija Vs. Argentina*. Recuperado el 22 de febrero de 2023 de https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf