

Breve comentario en relación a la problemática de la adopción entre parejas del mismo sexo, dilucidada en la sentencia “E.B. v. France”, y en la acción de inconstitucionalidad 2/2010.

*¿Las parejas conformadas por personas del mismo sexo tienen derecho a adoptar?*

El veintidós de enero de dos mil ocho, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya sede se encuentra en la ciudad de Strasbourg, Francia, falló un caso relacionado con la adopción entre parejas del mismo sexo.

Así, la sentencia tuvo como hechos el que una mujer de nacionalidad francesa, identificada como E.B., solicitara la autorización por parte del Estado para adoptar.

Debe desatacarse que al momento de la autorización antes referida, E.B. mantenía una relación con una persona de su mismo sexo.

Por su parte, el numeral 343-1 del Código Civil Francés, establece la posibilidad que tienen tanto personas unidas en matrimonio civil, como solteras, para adoptar, y fue con fundamento en dicho precepto normativo que E.B. solicitó la autorización de idoneidad para ejercitar tal derecho.

Una vez que los servicios sociales del Estado Francés llevaron a cabo las investigaciones correspondientes, de entre las que se destacan diversas entrevistas con especialistas de la rama de la psicología, el Presidente del Consejo de Familia del departamento cuya jurisdicción le correspondía a la solicitud de mérito, arribó a la conclusión de que la solicitante no cumplía con la idoneidad necesaria para adoptar, sobre las siguientes consideraciones torales.

Por un lado, el Presidente del Consejo de Familia arriba mencionado, estableció que el entorno familiar de la solicitante presentaba un vacío en cuanto a la figura paterna, lo que, estimaba, podría traducirse en una afectación en el desarrollo del futuro niño y niña adoptados.

Por otro lado, la autoridad referida en párrafo precedentes, consideró como un obstáculo el que la pareja de la solicitante no mostrara mayor interés en la adopción, no obstante no estar en contra de la misma, cuestión que el Presidente del Consejo de Familia valoró para considerar que la mujer -

identificada como E.B. para efectos de este caso-, no cumplía con el requisito de idoneidad para llevar a cabo la adopción solicitada.

Luego, ante el sentido de la decisión anterior, la solicitante interpuso diversos medios de defensa correspondientes ante el tribunal administrativo respectivo, los que dieron origen a varias sentencias, culminando la última de aquéllas en el año de dos mil dos.

En esta última resolución, el Consejo de Estado, máxima instancia administrativa del Estado Francés, decidió confirmar en definitiva la determinación del Consejo de Familia, en el sentido de negar a la solicitante la posibilidad de adoptar.

Fue así que la promovente presentó una demanda en contra del Estado Francés ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, alegando la violación a los artículos 8º y 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos, los que se estima pertinente transcribir, para efectos de una mejor comprensión del presente comentario:

## **Artículo 8**

### **Derecho al respeto de la vida privada y familiar**

“1 Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2 No podrá haber ingerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta ingerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”

## **Artículo 14**

### **Prohibición de discriminación**

“El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.”

En este sentido, la promovente de la demanda que dio origen a la sentencia “E.B. v. France”, sostuvo en lo medular que el Estado Francés había vulnerado en su perjuicio las garantías de “derecho a la intimidad personal y familiar y prohibición de interferencia del Estado”, contenida en el ordinal 8º, en relación con la “garantía de igualdad” a que alude el numeral 14, ambos contenidos en la Convención Europea de Derechos Humanos.

Así las cosas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estuvo constreñido a dilucidar si, en efecto, las autoridades francesas conculcaron las garantías citadas con prelación, en perjuicio de la demandante, al no haberle otorgado la autorización para adoptar, con el argumento de que aquélla tenía preferencia sexual por su mismo género, cuestión así señalada en la propia sentencia, en la que se establece que “the applicant alleged in the present case that, in the exercise of her right under the domestic law, she had been discriminated against on the ground of her sexual orientation”<sup>1</sup>.

Ahora bien, en este apartado resulta conveniente señalar que el tribunal europeo ya citado, al resolver los casos que son sometidos a su jurisdicción, mantiene un amplio margen de apreciación de los estados, emitiendo y

---

<sup>1</sup> Case of E.B. v. France, European Court of Human Rights, Judgment, Strasbourg, 22 January 2008, paragraph 50.

aplicando criterios jurisprudenciales que no dejan de observar la tendencia que aquéllos han mostrado en sus contextos históricos, sociales, culturales, entre otros.

Así las cosas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tuvo que examinar el caso concreto a partir del análisis de la legislación francesa, al ser ésta la aplicable por haber sido emitida por el Estado demandado, en correlación con los postulados de la Convención Europea de Derechos Humanos, pues es ésta la forma en que el mencionado tribunal resuelve los diversos asuntos que le son presentados por los individuos que conforman los múltiples estados que pueden llegar a ser demandados.

Lo anterior se traduce en que el tribunal en comento no pretendió establecer un principio general, atento al margen de apreciación de los estados explicado con anterioridad, y por ende, el criterio emitido a razón de la resolución del caso concreto, sólo servirá como parámetro para resolver otros asuntos en los que la regulación de la figura jurídica – en este caso, la adopción-, sea similar a la legislación emitida y aplicada por el Estado Francés.

Luego, una vez analizadas cuestiones de admisibilidad y recuento de los antecedentes del caso, y atendiendo estrictamente al argumento toral de la demandante, consistente en que la negativa por parte del Consejo de Familia de autorizar el que aquélla pudiese adoptar recaía únicamente en un argumento consistente en la orientación sexual de la mujer solicitante, el tribunal cuya resolución se comenta llegó a la conclusión siguiente.

Resaltó que la legislación civil francesa permitía la adopción por parte de personas solteras, por lo que, el argumento esgrimido por la autoridad francesa que negó la solicitud de E.B. -relativa a la falta de una figura paterna como un posible problema para el correcto desarrollo del niño o niña susceptibles de ser adoptados-, era insostenible, en virtud de que, de estimarse correcto, se negaría el derecho con que cuentan las personas solteras a adoptar, cuestión

que no sucede, toda vez que el Código Civil Francés claramente otorga ese derechos a aquéllas.

En esa medida, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos arribó a la conclusión de la negativa en la autorización para adoptar de que se dolió la demandante, descansaba estrictamente en el hecho de que aquélla tenía una orientación sexual preferencial por personas de su mismo género, lo que el órgano colegiado tantas veces citado tradujo en un mero obstáculo, encaminado a impedir que personas con preferencias sexuales distintas de la heterosexual y que vivan en pareja, puedan adoptar.

En relación a este último punto, en la sentencia que se comenta se sostuvo: “The Court considers that the reference to the applicant’s homosexuality was, if not explicit, at least implicit. The influence of the applicant’s avowed homosexuality on the assesment of her application has been established and, having regard to the foregoing, was a decisive factor leading to the decision to refuse her authorization to adopt”<sup>2</sup>.

Asimismo, la Corte Europea estimó que el razonamiento vertido para desestimar la solicitud hecha por E.B., relativo a que la orientación sexual de aquélla era contraria a lo establecido por la Convención de los Derechos del Niño, no era aplicable, en virtud de que no se trataba de analizar la adopción per sé, sino de la solicitud elaborada por un individuo para adoptar, y de si su negativa constituía o no una conculcación de los ordinales 8º y 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Así las cosas, en la sentencia se expresó que las previsiones debían ser examinadas a la luz del desarrollo que la legislación europea había tenido, además de que la Convención debía ser considerada como un instrumento vigente, aplicable a las situaciones suscitadas en la realidad presente.

---

<sup>2</sup> *Íbid*, paragraph 89.

Atento a lo anteriormente explicado, la Corte Europea de Derechos Humanos resaltó una primera aseveración consistente en que la legislación civil francesa permite la adopción de personas no unidas en matrimonio o solteras, lo que le permitió arribar a una primera conclusión consistente en que, en Francia, personas solteras con orientación homosexual pueden ejercer el derecho de adoptar, cuestión ésta que nunca estuvo a discusión.

Partiendo de ello, y partiendo del análisis de la legislación nacional francesa, la Corte determinó que las razones otorgadas por el Estado demandados, a través de sus autoridades administrativas respectivas, no fueron suficientes ni válidas para negar a la solicitante la autorización para adoptar, lo que estableció de la siguiente manera:

“The Court points out that French law allows single persons to adopt a child (...) thereby opening up the possibility of adoption by a single homosexual, which is not disputed. Against the background of the domestic legal provisions, it considers that the reasons put forward by the Government cannot be regarded as particularly convincing and weighty such as to justify refusing to grant the applicant authorization”<sup>3</sup>.

No debemos soslayar que el caso fue de tal envergadura, que fue fallado por la “Gran Sala”, con fundamento en el numeral 30 de la Convención Europea de Derechos Humanos, el que a la letra establece:

### **Artículo 30**

#### **Inhibición en favor de la Gran Sala**

“Si el asunto pendiente ante una Sala plantea una cuestión grave relativa a la interpretación del Convenio o de sus Protocolos, o si la solución dada a

---

<sup>3</sup> Íbid, paragraph 94.

una cuestión pudiera ser contradictoria con una sentencia dictada anteriormente por el Tribunal, la Sala podrá inhibirse en favor de la Gran Sala, mientras no haya dictado sentencia, salvo que una de las partes se oponga a ello”.

Asimismo, cabe mencionar que tanto la admisibilidad como el fondo de la sentencia se resolvieron de manera conjunta, quedando la votación de diez votos y siete en contra, originándose además cuatro votos particulares, cuestión ésta que resulta de suma importancia, para presentar la diversidad de opiniones que convergen en el tribunal más importante de la Unión Europea, en materia de derechos humanos.

Ahora bien, lo resuelto por la Corte Europea de Derechos Humanos en relación al caso “E.B. v. France”, que versó sobre la solicitud de adopción por parte de una pareja del mismo sexo, nos resulta de especial interés para el momento histórica que la Nación Mexicana está viviendo, pues es en el más Alto Tribunal de este País en el que está por dilucidarse un asunto similar, y por ende, es necesario observar los criterios emitidos por tribunales análogos, en el ámbito internacional.

Cabe explicar que el medio de defensa que se promovió ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación es la acción de inconstitucionalidad, y que, a diferencia de la demanda promovida en el caso E.B., esta acción no fue promovida por un individuo, sino por una autoridad del Poder Ejecutivo Federal, a saber, el Procurador General de la República.

Asimismo, el asunto que analizará el más alto tribunal del país, tiene como origen la reforma que, en noviembre de dos mil nueve, tuvo un artículo del Código Civil para el Distrito Federal, en concreto, el ordinal 146, además de la supuesta modificación recaída al numeral 391, del mismo ordenamiento jurídico, planteada por la parte promovente.

Los artículos antes citados, establecen lo que a continuación se plasma:

“ARTÍCULO 146.- 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”.

“ARTÍCULO 391.- Los cónyuges o concubinos podrán adoptar, cuando los dos estén conformes en considerar al adoptado como hijo y aunque sólo uno de ellos cumpla el requisito de la edad a que se refiere el artículo anterior, pero siempre y cuando la diferencia de edad entre cualquiera de los adoptantes y el adoptado sea de diecisiete años de edad cuando menos. Se deberán acreditar, además, los requisitos previstos en las fracciones del artículo anterior”.

De la lectura de los numerales antes transcritos, es posible identificar que el primero de ellos (y que fue el que sufrió la reforma legislativa impugnada) establece lo relativo al concepto de familia, el que anterior a la modificación, establecía que el matrimonio era la unión entre un hombre y una mujer, lo que el legislador local estimó como restrictivo de diversos derechos constitucionales y legales, en perjuicio de parejas que fueran constituidas por personas del mismo sexo.

El segundo de los ordinales plasmados no sufrió modificación formal alguna, sin embargo, el promovente de la acción de inconstitucionalidad en comento, estimó que por vía de consecuencia, el precepto relativo a la adopción tiene ahora un alcance jurídico distinto, en virtud de la reforma llevada a cabo al dispositivo normativo relativo al matrimonio.

Ahora, si bien es cierto que tanto los actores como los contextos tanto de la demanda entablada por la señora E.B. ante la Corte Europea de Derechos

Humanos, como aquélla encausada por el Procurador General de la República ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, son distintos, también lo es que en ambos asuntos se discute un mismo punto litigioso: si la adopción es un derecho ejercitable por las personas que forman parejas del mismo sexo.

Para el análisis de dicho cuestionamiento jurídico, ambas sentencias llevaron a cabo un examen del alcance de la garantía de igualdad, contenida en el articulado 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos (previamente transcrito), y por lo que atañe al caso mexicano, en el artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el que textualmente dispone lo siguiente:

“Art. 4o.- El varón y la mujer son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.”

Así, ambos tribunales se dieron a la tarea de analizar si el trato jurídico diferenciado otorgado entre parejas heterosexuales y homosexuales, encontraba una justificación válida, o si, por el contrario, éste resultaba irrazonable y, en consecuencia, discriminatorio para con aquellas parejas conformadas por personas del mismo sexo.

Ahora bien, la resolución emitida por la Corte Europea de Derechos Humanos arribó a la conclusión de que los razonamientos aportados por el Estado Francés para negar la solicitud de autorización para adoptar de la señora E.B., no eran suficientes ni razonables para negar tal derecho a la solicitante, si no que, por el contrario, descansaban en el simple hecho de que aquélla tenía una orientación homosexual, lo que, a juicio del tribunal europeo, era insuficiente para negarle tal derecho a la solicitante.

La determinación anterior es de especial relevancia y trascendencia para el caso que se encuentra pendiente de ser resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México, puesto que el Derecho Internacional constituye una fuente del Derecho Nacional, que no debe dejarse de observar,

y que de hecho es parte del Derecho Interno, en su modalidad de tratados y convenciones de las que México es parte.

Esto implica que las directrices que la legislación internacional deben de ser examinadas por los tribunales mexicanos, máxime si se trata de cortes de talla como la Europea de Derechos Humanos, que como su nombre lo indica, está especializada en asuntos directamente relacionados con violaciones a los derechos humanos de las personas.

En otro orden de ideas, en el caso mexicano, la promovente de la acción de inconstitucionalidad pretende invalidar el derecho con que ahora cuentan las personas que forman parejas del mismo sexo, partiendo del argumento de que lo anterior es contrario a la familia “ideal”, conformada por un varón, una mujer, e hijos, y partiendo de este razonamiento, es que la autoridad pretende desvirtuar el derecho de adopción con que hoy cuentan este tipo de parejas.

Este punto nos parece relevante, atento a que parece haber sido también el fondo del razonamiento del Consejo de Familia francés, para negar a la señora E.B. la autorización para adoptar, al argumentar una posible falta de una figura paterna, lo que nos permite concluir que para tal autoridad administrativa la familia “ideal” es la constituida por un varón y una mujer.

Si observamos las múltiples legislaciones internacionales, recomendaciones, sentencias, jurisprudencias, tratados y convenciones, es posible llegar a la convicción de que no existe un concepto unívoco de familia, sino que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos entiende que puede haber tantos tipos de familias como tipos de individuos, como contextos históricos, sociales y culturales que determinen los diversos modelos familiares.

En el caso que será analizado por la Suprema Corte en México, por lo que se refiere al “modelo ideal de familia” del que habla el Procurador General de la República, es necesario mencionar que la Nación Mexicana creó la figura

del matrimonio civil como consecuencia de una lucha histórica de corte ideológico frente al matrimonio canónico religioso, el cual había imperado hasta la emisión de la Constitución de 1857.

Así las cosas, es pertinente recordar que la legislación de la figura en comento deriva de aquella constitución, y de aquel contexto histórico, y que si bien marcó la separación de los asuntos de la Iglesia Católica de los del Estado, no menos cierto es que la concepción propuesta por el promovente de dicha figura jurídica, así como del concepto de familia, atiende primordialmente a ese origen canónico religioso que ya no es acorde con la realidad mexicana actual, puesto que es evidente que la sociedad mexicana hoy en día está constituida por individuos con una pluralidad de creencias, religiones y filosofías, que no pueden traducirse en concepciones de orden jurídico, y por ello es que el Derecho debe flexibilizar y ampliar sus conceptos jurídicos, y en esa medida, proteger y garantizar al máximo todos los derechos derivados de aquéllos.

Mismo caso se presenta en las diversas naciones en el mundo, en donde las familias cada vez son conformadas por modelos distintos del tradicional mujer, hombre e hijos.

Cuestión por demás suficiente para estimar que los arquetipos de matrimonio civil y familia pueden y deben ser adecuados a la realidad social plural actual.

De interpretarse en este sentido los argumentos de las autoridades francesa y mexicana que se muestran reticentes ante la posibilidad de que las parejas del mismo sexo adopten, se desconocería, desde el ámbito jurídico, a una realidad social de facto, consistente en que tanto en México como en el mundo existen un gran número de familias que no se constituyen por este modelo "ideal" así concebido, como lo son las familias homoparentales,

aquéllas que no desean o que no pueden tener hijos, y hoy día, aquéllas que se conforman por personas del mismo sexo, con o sin hijos.

Luego, si los sistemas jurídicos fueron creados para regular desde un punto de vista normativo las diversas situaciones de hecho que se van suscitando o modificando al paso del tiempo, es claro que las instituciones del matrimonio y de la adopción creadas en un contexto histórico completamente diverso al vivido en el siglo XXI, deben abrirse para adecuarse a la realidad social mundial, y por ende, no puede estimarse que es únicamente aplicable a un grupo de personas que deciden contraer matrimonio entre varón y mujer, ya que, como se mencionó con anterioridad, existen otras formas de familia que no pueden quedar sin la misma protección legal que se otorga a aquéllas constituidas por parejas heterosexuales, máxime que la distinción que se pretende hacer en la aplicación de dicha institución, no encuentra una justificación objetiva ni razonable, y por ende, la pretensión de quienes pretenden desestimar la posibilidad de adoptar para aquellas parejas conformadas por personas del mismo sexo, resulta discriminatoria y contraria a la garantía de igualdad a que aluden tanto la Convención Europea de Derechos Humanos, como la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Atento a lo resuelto por la Corte Europea de Derechos Humanos, es posible colegir que no existe una justificación razonable para estimar que el derecho a adoptar sólo pueda ser ejercido por parejas heterosexuales, alcanzando la conclusión de que la distinción en la aplicación de dicha figura jurídica descansa exclusivamente en el hecho de que una y otra parejas tienen preferencias sexuales distintas, cuestión ésta que sin lugar a dudas discurre de ser un argumento jurídico y válido para impedir que parejas del mismo sexo adopten, y por el contrario, deviene discriminatoria y contraria a los principios constitucionales tanto del Derecho Mexicano, como de los múltiples compromisos y principios internacionales que sobre la aplicación de los

derechos humanos existen, en relación a la orientación sexual e identidad de género, en los que de manera categórica se establece que la orientación sexual y la identidad de género son esenciales para la dignidad y humanidad de cada persona, y no deben ser motivo de discriminación o abuso<sup>4</sup>.

En relación a este punto, es pertinente señalar que cualquier individuo tiene derecho a conformar una familia independientemente de la orientación sexual o la identidad de género que ésta tenga, y, en términos de lo establecido en los diversos instrumentos de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en particular de destacarse lo establecido en los Principios de Yogyakarta, “existen diversas configuraciones de familias. Ninguna familia puede ser sometida a discriminación basada en la orientación sexual o identidad de género de cualquiera de sus integrantes”<sup>5</sup>.

Atento a lo establecido en el documento internacional que se comenta, el cual fue elaborado por múltiples especialistas en Derechos Humanos, como diversos relatores especiales de Naciones Unidas, investigadores, docentes, integrantes de los diversos comités y comisiones de Derechos Humanos, sólo por mencionar algunos, es claro que todos los Estados están constreñidos a adoptar medidas legislativas, administrativas y de otra índole para asegurar que todos los individuos puedan constituir una familia.<sup>6</sup>

Una vez establecido lo anterior, es indispensable señalar que cualquier individuo tiene derecho a conformar una familia independientemente de la orientación sexual o la identidad de género que ésta tenga, y, en términos de lo establecido en los diversos instrumentos de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en particular de destacarse lo establecido en los Principios de Yogyakarta, “existen diversas configuraciones de familias.

---

<sup>4</sup> Principios de Yogyakarta: Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género.

<sup>5</sup> Principios de Yogyakarta, Principio 24.

<sup>6</sup> Íbid.

Ninguna familia puede ser sometida a discriminación basada en la orientación sexual o identidad de género de cualquiera de sus integrantes”<sup>7</sup>.

Atento a lo establecido en el documento internacional que se comenta, el cual fue elaborado por múltiples especialistas en Derechos Humanos, como diversos relatores especiales de Naciones Unidas, investigadores, docentes, integrantes de los diversos comités y comisiones de Derechos Humanos, sólo por mencionar algunos, es claro que todos los Estados están constreñidos a adoptar medidas legislativas, administrativas y de otra índole para asegurar que todos los individuos puedan constituir una familia.<sup>8</sup>

En base a las consideraciones anteriores, es claro que tanto el Estado Mexicano como los diferentes estados en el mundo, no pueden pasar por inadvertidas la directrices internacionales que en materia de derechos humanos existen respecto del tema que en el presente ensayo se analiza, y en aras de alcanzar una naciones verdaderamente democráticas, en las que se respeten y garanticen todos los derechos de todos los individuos, es indispensable que se reconozca que existe una pluralidad de personas, y por ende de familias, las cuales no pueden quedar fuera de la protección constitucional y legal por el simple hecho de no ser acordes con un modelo anterior que, si bien sirvió en otro contexto histórico, es claro que hoy en día debe modificarse en protección de todas las familias que conforman la sociedad mundial.

Luego, si ni en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, ni en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se establece un único arquetipo de familia, es evidente que las figuras de matrimonio civil, adopción y familia no nada más son susceptibles de ser ampliadas y modificadas, sino que debe de ser imperativo el que se transformen si una fracción de la sociedad así lo demanda, todo ello en estricto

---

<sup>7</sup> Principios de Yogyakarta, Principio 24.

<sup>8</sup> Íbid.

acatamiento del respeto de los derechos de igualdad, no discriminación por razones de sexo, derecho a formar una familia, derecho a la privacidad, salud, intimidad, a la propia imagen y libre desarrollo de la personalidad, postulados todos contenidos tanto en diversas legislaciones internacionales, como en el texto de la Constitución Federal de la Nación Mexicana.

En conclusión, partiendo de una nueva concepción del modelo de familia, los diversos sistemas jurídicos deberían hacer extensivo el derecho a adoptar por aquellas parejas constituidas por personas del mismo sexo, y no sólo limitar tal institución civil a parejas heterosexuales, al existir, se insiste, tantos modelos de familias como tipos de individuos como contextos culturales y sociales.