

COLECCIÓN ESTUDIOS JURÍDICOS

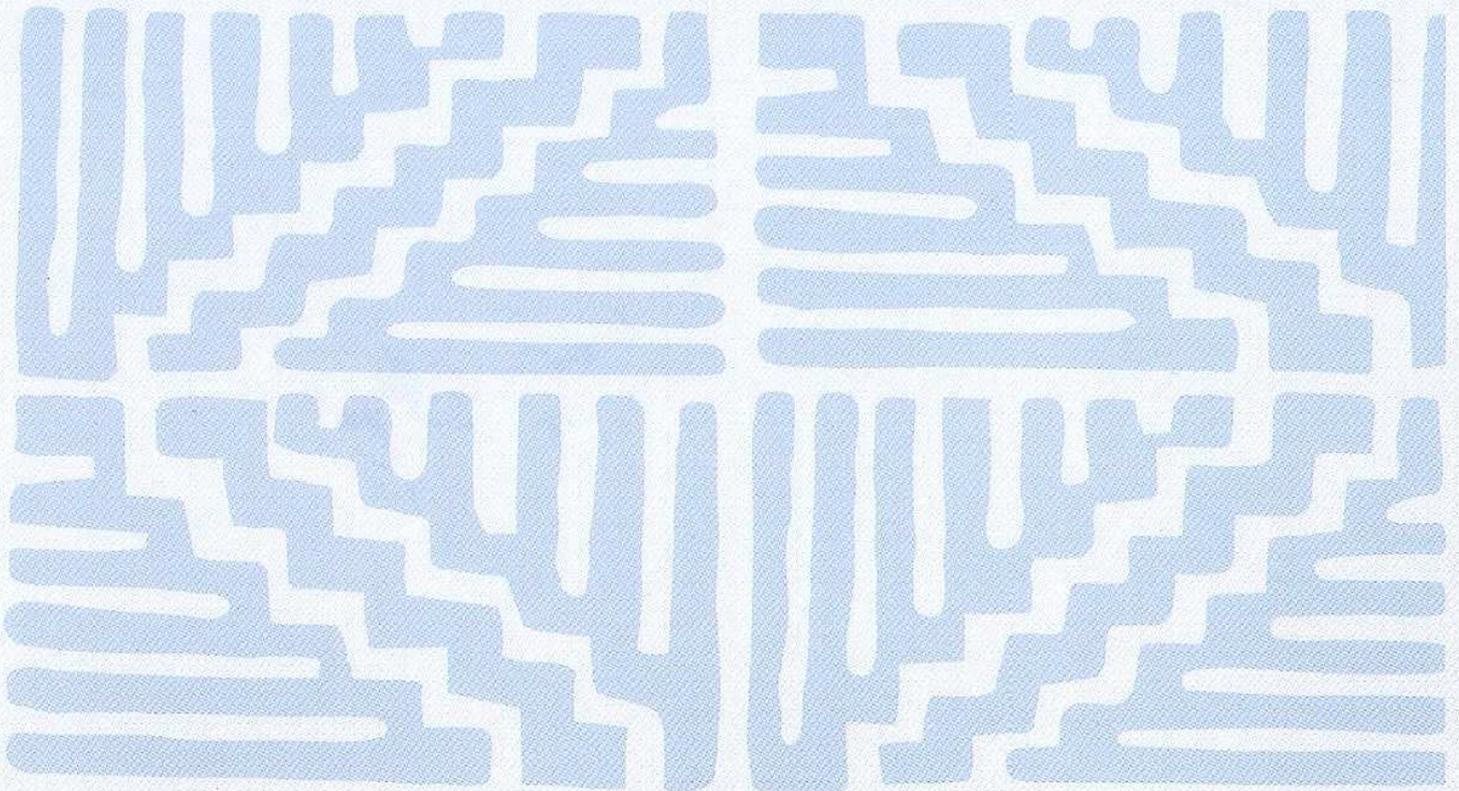
# THEMIS

## Nueva Generación

2

### Temas de Derecho Penal y Civil

Manlio Fabio Casarín León  
Marisol Luna Leal  
(COORDINADORES)



**THEMIS NUEVA GENERACIÓN II**  
**Temas de Derecho Penal y Civil ©**

Facultad de Derecho / Universidad Veracruzana  
Circuito Universitario Gonzalo Aguirre Beltrán s/n  
Zona Universitaria, C. P. 91090  
Apartado Postal 219  
Xalapa, Equez., Veracruz

**Manlio Fabio Casarín León**

**Marisol Luna Leal** (Coordinadores)

Jaime Pasquel Brash (Edición)

Diana Margarita Guzmán Sánchez (Asistente)

ISBN: 978-607-00-3552-4

Formación e impresión:  
Servicios Editoriales / [codice@xalapa.com](mailto:codice@xalapa.com)

## Contenido

<b>PRESENTACIÓN</b> . . . . .	7
<b>SITUACIÓN ACTUAL DE LA VICTIMOLOGÍA: EL CASO DE MEXICO</b> José J. BORJÓN NIETO . . . . .	11
<b>OCHO MITOS Y REALIDADES SOBRE LOS JUICIOS ORALES</b> Miguel CARBONELL Enrique OCHOA REZA . . . . .	23
<b>LA RECOLECCIÓN Y ANÁLISIS DE LOS DATOS EN EL PROCESO DE INVESTIGACIÓN. ANALIZANDO DATOS DE TIPO SOCIAL</b> Patricia CARRIÓN MÉNDEZ . . . . .	29
<b>LA DETERMINACIÓN DEL MOMENTO DE LA MUERTE Y SU REPERCUSIÓN JURÍDICA</b> Miriam Elsa CONTRERAS LÓPEZ . . . . .	45
<b>LA JUSTICIA RESTAURATIVA Y LAS FORMAS ANTICIPADAS DE CONCLUSIÓN DEL PROCESO PENAL</b> Rebeca Elizabeth CONTRERAS LÓPEZ . . . . .	63
<b>EL “INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR” Y EL DERECHO A ADOPTAR DE LAS PAREJAS HOMOSEXUALES EN MÉXICO. ALGUNAS REFLEXIONES</b> Ana Matilde CHÁVEZ MAYO Marisol LUNA LEAL. . . . .	79
<b>LAS PARTES EN EL PROCESO CIVIL (DE CARA AL PROYECTADO PROCESO ORAL)</b> Iván ESCOBAR FORNOS . . . . .	91
<b>LOS PELIGROSOS Y LA PRISIÓN PERPETUA</b> Ana GAMBOA ROSAS. . . . .	127
<b>LA APELACIÓN ADHESIVA EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE VERACRUZ Y SUS ALCANCES COMO RECURSO ORDINARIO PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO</b> Carlos Martín GÓMEZ MARINERO*. . . . .	137
<b>EL ABOGADO DE LOS PRESOS Y LA REFORMA PENAL 2007-2008 EN MÉXICO</b> Salvador MARTÍNEZ y MARTÍNEZ. . . . .	155
<b>LA UTILIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO INSTRUMENTO PARA LA RECUPERACIÓN ECONÓMICA EN ESPAÑA Y LOS PAÍSES DE LA UNIÓN EUROPEA</b> José Antonio MORENO MOLINA . . . . .	175

**CONCUBINATO: UN RECORRIDO HISTÓRICO POR LA LEGISLACIÓN  
Y LA DOCTRINA**

Alejandra V. ZÚÑIGA ORTEGA . . . . . 191

# EL “INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR” Y EL DERECHO A ADOPTAR DE LAS PAREJAS HOMOSEXUALES EN MÉXICO. ALGUNAS REFLEXIONES

Ana Matilde CHÁVEZ MAYO  
Marisol LUNA LEAL

**SUMARIO:** I. Planteamiento; II. Reformas legislativas al Código Civil y de Procedimientos Civiles del Distrito Federal en materia de adopción por parejas del mismo sexo y la acción de inconstitucionalidad 02/10 resuelta por la Suprema Corte de Justicia de la Nación; III. El Principio del “interés superior del menor” y el “control de convencionalidad”; IV. Reflexión final.

## I. Planteamiento

Las relativamente recientes reformas en materia de matrimonio y adopción entre y por parte de homosexuales a los Códigos Civil y de Procedimientos Civiles en el Distrito Federal<sup>1</sup> generaron no solo una intensa discusión mediática por parte de diversos sectores de la sociedad, mismos que paulatinamente retomaron posiciones radicales surgidas desde antaño; sino también, un análisis, cuestionamiento, e incluso replanteamiento sobre el particular en el sistema jurídico mexicano,<sup>2</sup> mismo que fue desde la concepción y materialización del estado laico, los derechos fundamentales tutelados en nuestro País, el derecho de adopción desde la perspectiva del derecho civil, hasta el control de regularidad constitucional adoptada por el estado mexicano.

En el contexto referido la presente colaboración tiene como propósito, no solo presentar un recuento-reflexión a partir de las reformas legislativas indicadas, el medio de control constitucional interpuesto, sino también los alcances que la legislación instrumentación jurídica referida, ratificada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su carácter de Tribunal de Constitucional posiblemente tendrá en la sociedad mexicana a la luz o bajo el contexto de la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 1989, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991, así como de la Declaración Universal de los Derechos del Niño; y la marcada influencia de un gobierno en el poder de carácter conservador. Asimismo, si la reforma en cuestión será derecho vigente.

Por lo anterior, en un primer momento presentamos las reformas legislativas a los Códigos Civil y de Procedimientos Civiles del Distrito Federal en materia de adopción por parejas del mismo sexo; así como la acción de inconstitucionalidad 02/10 interpuesta con motivo de las reformas referidas, y la resolución de esta por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; para inmediatamente arribar a los conceptos de “interés

1 Gaceta Oficial del Distrito Federal, 29 de diciembre de 2009, No. 747, Décima Séptima Época.

2 Entendido como la sucesión infinita de órdenes jurídicos, los cuales se diferencian entre sí por el conjunto de normas que los conforman. Véase a HUERTA Ochoa, Carla, *Teoría del Derecho. Cuestiones relevantes*, UNAM, México, 2008; y *Conflictos normativos*, UNAM, México, 2007.

superior del menor” y “control de convencionalidad”; finalizando con algunas reflexiones generales.

## II. Reformas legislativas al Código Civil y de Procedimientos Civiles del Distrito Federal en materia de adopción por parejas del mismo sexo y la acción de inconstitucionalidad 02/10 resuelta por la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Por principio de orden debemos tener presente que el Estado Mexicano por mandato constitucional, se constituye en una *república, representativa, democrática y federal*, modalidades, las tres primeras, relativas a las formas de gobierno, y, lo federal como forma o sistema de Estado.

Dicho sistema federal se caracteriza por la coexistencia de dos o más órdenes jurídicos, el central y los locales de conformidad con el número de entidades federativas o estados miembros que encontremos. Los órdenes jurídicos locales invariablemente estarán en concordancia-subordinación con el ordenamiento jurídico central. De igual forma, encontramos dos o más territorios, el central y el particular de cada estado miembro o entidad federativa; lo mismo que dos o más autoridades, esto es, la autoridad central y la respectiva de cada Entidad Federativa.

En dicha perspectiva debemos recordar que si bien el orden jurídico tiene vigencia en todo el territorio del Estado, las formuladas por el gobierno central tienen validez en todo el territorio nacional coexistiendo con otras normas.<sup>3</sup> De aquí también se deriva que las leyes, resoluciones o actos de las autoridades de los estados miembros deban apegarse en cuanto a legalidad, como a constitucionalidad al ordenamiento o sistema jurídico federal. Por lo anterior, tenemos que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a partir de la reforma judicial de 1994, no solo es el máximo tribunal de legalidad, sino también de control constitucional.<sup>4</sup>

En concordancia con lo hasta aquí referido, encontramos que la reforma impulsada por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, sin duda, cubrió no solo con los presupuestos de legalidad, sino también con lo de constitucionalidad marcados para el estado mexicano, así, previo cumplimiento del proceso legislativo correspondiente el 29 de diciembre del año próximo pasado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal se publicó el decreto por el cual se reformaron diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal, así como del Código de Procedimientos Civiles de la misma territorialidad, que estableció como bien sabemos, la posibilidad jurídica de matrimonios civiles entre personas del mismo sexo con todas las obligaciones y derechos que tal acto jurídico conlleva. El decreto de referencia a la letra estableció lo siguiente:

**Artículo Primero.** Se aprueba la modificación de los artículos 146, 237, 291 bis, 294, 391 y 724 del Código Civil para el Distrito Federal, para quedar como sigue:

3 FIX ZAMUDIO, Héctor y Salvador Valencia Carmona, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, Porrúa-UNAM, México, 1999. SCHMILL ORDÓNEZ, Ulises, *El Sistema de la Constitución Mexicana*, Librería de Manuel Porrúa, México, 1971.

4 “El control difuso de la constitucionalidad en México” de Rubén A. Sánchez Gil en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, número 11, julio-diciembre, 2004; y “Poder, democracia y configuración constitucional” de Raúl Gustavo Ferreyra, en *Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, número 11, julio-diciembre, 2004.

**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 237.** El matrimonio de una persona menor de edad, dejará de ser causa de nulidad cuando la persona menor hubiere llegado a los dieciocho años, y ni ésta ni su cónyuge hubieren intentado la nulidad.

**Artículo 291 Bis.** 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.

Si con una misma persona se establecen varias uniones del tipo antes descrito, en ninguna se reputará concubinato. Quien haya actuado de buena fe podrá demandar del otro, una indemnización por daños y perjuicios.

**Artículo 294.** El parentesco de afinidad, es el que se adquiere por matrimonio o concubinato, entre los cónyuges y sus respectivos parientes consanguíneos.

**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.

**Artículo 724.** Pueden constituir el patrimonio familiar la madre, el padre o ambos, cualquiera de los cónyuges o ambos, cualquiera de los concubinos o ambos, la madre soltera o el padre soltero, las abuelas, los abuelos, las hijas y los hijos o cualquier persona que quiera constituirlo, para proteger jurídica y económicamente a su familia.

**Artículo Segundo.** Se reforma el artículo 216 y 942 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, para quedar como sigue:

**Artículo 216.** Los derechos contemplados en el presente capítulo, también podrán ejercerlos las concubinas y los concubinos, cuando tengan un domicilio común con las características del domicilio conyugal a que se refiere el Código Civil.

**Artículo 942.** No se requieren formalidades especiales para acudir ante el Juez de lo Familiar cuando se solicite la declaración, preservación, restitución o constitución de un derecho o se alegue la violación del mismo o el desconocimiento de una obligación, tratándose de alimentos, de calificación de impedimentos de matrimonio o de las diferencias que surjan entre cónyuges sobre administración de bienes comunes, educación de hijos, oposición de padres y tutores y en general de todas las cuestiones familiares similares que reclamen la intervención judicial.

Esta disposición no es aplicable a los casos de divorcio o de pérdida de la patria potestad. Tratándose de violencia familiar prevista en el Artículo 323 Ter del Código Civil para el Distrito federal en materia común y para toda la República en materia federal, el juez exhortará a los involucrados en audiencia privada, a fin de que convengan los actos para hacerla cesar y, en caso de que no lo hicieran en la misma audiencia el juez del conocimiento determinará las medidas procedentes para la protección de los menores y de la parte agredida. Al efecto, veri-

ficará el contenido de los informes que al respecto hayan sido elaborados por las instituciones públicas o privadas que hubieren intervenido y escuchará al Ministerio Público.

### TRANSITORIOS

**Primero.** El presente decreto entrará en vigor a los 45 días hábiles de su publicación en la Gaceta Oficial del Distrito Federal.

**Segundo.** A partir de la publicación del presente Decreto, el Jefe de Gobierno del Distrito Federal deberá realizar las adecuaciones jurídicas administrativas correspondientes, en un plazo no mayor a 45 días hábiles.

**Tercero.** Publíquese en la Gaceta Oficial del Distrito Federal y para mayor difusión en el Diario Oficial de la Federación.

**Cuarto.** Notifíquese por los conductos pertinentes el presente decreto al Jefe de Gobierno del Distrito Federal, al Presidente del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, al Presidente de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal<sup>5</sup>.

En este punto consideramos pertinente subrayar que no obstante que el numeral 391 del Código Civil, relativo al derecho de adoptar por parte de cónyuges o concubinos no sufrió modificación alguna, como pudimos observar fue incluido en el decreto en cuestión. Sin embargo, y ante tal reforma el Procurador General de la República, con fecha veintisiete de enero del corriente, en términos de lo que establece el artículo 105 de la Constitución General de la República interpuso demanda de acción de inconstitucional, misma que fue radicada bajo el número 02/10.

En el mecanismo de control constitucional referido básicamente se adujo, entre otras cuestiones, que la reforma llevada a cabo por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal sobre la asequibilidad de personas del mismo sexo para contraer matrimonio, carecía de una razonabilidad objetiva, misma que por cual no se cumplió con el principio de motivación exigido por el artículo 16 de la Constitución Federal. Asimismo que la reforma cuya invalidez solicitaba, en el aspecto relacionado con el acceso de los cónyuges y concubinos del mismo sexo a la figura jurídica de la adopción, era inconstitucional, puesto que carecía de la motivación respectiva, en tanto que la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, en los trabajos legislativos que llevó a cabo para aprobar los preceptos impugnados, había dejado de atender el interés superior del menor, puesto que, en la discusión que se dio al seno de dicho cuerpo colegiado, no se tomó en cuenta el probable impacto que las reformas ocasionarían en los menores adoptados.

Lo anterior en virtud de que, y a decir del Procurador, no se desprendía que antes de aprobar las normas impugnadas, se hubiera entrado al estudio integral del probable impacto psico-emocional de los menores sujetos a adopción por matrimonios o concubinatos conformados por personas del mismo sexo, esto es, que el pleno de dicho cuerpo colegiado no había analizado el dictamen presentado desde el punto de vista del *interés superior del menor* y sólo se centró en otorgar un "derecho de adopción" a los matrimonios o uniones concubinarias celebrados entre personas del mismo sexo; olvidando que el derecho de convivencia entre padres e hijos incide, de manera directa, en los valores esenciales de la familia y en la protección de los intereses de los niños, al ser incuestionable que el contacto entre éstos y sus progenitores constituye un aspecto rele-

5 Gaceta Oficial del Distrito Federal, Décima séptima época, número 747. 29 de diciembre de 2009. Editora de Gobierno.

vante en la integración del concepto de familia que, en la etapa de la vida que cursan, cimentan, de modo trascendental, esa concepción fundamental en la sociedad que la ley protege y tiende a conservar. De ahí que debía ponerse especial atención en la preservación de los derechos de los menores, por ser de interés superior para el orden público y, después, en los de sus adoptantes, tal como lo establecen los artículos 4° de la Constitución Federal y 8.1, 16, 20.1 y 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño, esto es que, la convivencia de los padres adoptivos con sus hijos adoptados no debe confundirse con el derecho que tienen los niños de convivir con sus adoptantes, pues el que asiste a los menores es de mayor prevalencia sobre el que les pudiera corresponder a aquéllos. Toda vez que si la convivencia que debe existir entre los adoptados y sus adoptantes, es un derecho colocado en una posición más elevada que el de éstos últimos, es imprescindible crear leyes, ponderando, en primera instancia, el interés superior de los menores, a fin de resolver los problemas sociales, en aras de establecer lo más benéfico para ellos. Amén de que dicha cuestión se sustenta en el hecho jurídico de que los tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano forman parte de la Ley Suprema de la Unión, a la cual, de conformidad con el principio de jerarquía normativa del orden jurídico mexicano, deben ajustarse los actos de autoridad, citando incluso un criterio sustentado por el Pleno.<sup>6</sup>

La parte actora expuso, entre otras cuestiones, que en la reunión de trabajo de las Comisiones Unidas de Administración y Procuración de Justicia, de Derechos Humanos y de Equidad y Género de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, celebrada el dieciséis de diciembre de dos mil nueve, sobre las reformas a los Códigos Civil y de Procedimientos Civiles de la entidad, se omitió sustentar con una razonabilidad objetiva el otorgar a personas del mismo sexo que hubiesen contraído matrimonio o se hubiesen unido en concubinato, menores en adopción.

La resolución de la Corte a los planteamientos realizados por el Procurador General de Justicia en el instrumento de regularidad constitucional interpuesto, motivada en parte por la opinión técnica que la Universidad Nacional Autónoma de México, quien vía su Programa de Bioética, la Escuela Nacional de Trabajo Social, la Facultad de Psicología y el Instituto de Investigaciones Sociales presentó sobre el tema de matrimonios entre personas del mismo sexo y adopción por parte de estas personas, en el punto de nuestro interés estableció que, *habida cuenta que el matrimonio entre homosexuales es una medida legislativa de ninguna forma violentaba la norma fundamental; y que no era posible sostener que dichas parejas pudieran acceder a la institución del matrimonio, si es su decisión, pero no a conformar una familia, concretamente, vía adopción, por el solo hecho de ser homosexuales o lesbianas, esto es, que atendiendo a aspectos de orientación sexual, se limitara o restringiera la opción de adoptar a un menor, derecho al que sí tienen acceso las parejas heterosexuales e, incluso, conforme a la propia legislación civil para el Distrito Federal, las mujeres u hombres solteros*. Asimismo, insistió en que la norma fundamental no protege un solo tipo de familia, concretamente, la deno-

6 "Tratados internacionales. Son parte integrante de la Ley Suprema de la Unión y se ubican jerárquicamente por encima de las leyes generales, federales y locales. Interpretación del artículo 133 Constitucional. Registro No. 172650. Novena Época. Pleno. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXV, Abril de 2007, Página: 6, Tesis: P. IX/2007, Tesis Aislada.

minada familia "ideal", conformada por padre, madre e hijos, como fue planteado por el Procurador General de la República.

De igual forma, en la resolución en cuestión se estableció que en tratándose de la figura civil de la adopción, es relevante partir de que no sólo constituye una opción legal para aquellas personas que, por la razón que sea, no pueden o no desean tener hijos biológicos, sino, además y que, definitivamente, guarda una mayor entidad, es el medio idóneo para satisfacer el derecho de todo niño y niña que, por alguna razón, no estén con su madre o padre biológicos o con ambos, esto es, de tener una familia que le procure asistencia, cuidado y amor, con todo lo que ello implica —educación, vivienda, vestido, alimentos, etcétera—; por tanto, lo que debe garantizar el legislador es que, en el procedimiento para autorizar la adopción de un menor por parte de una persona soltera o de los cónyuges solicitantes, precisamente, en aras de lograr el pleno respeto a los derechos de la niñez, se garantice que ésa sea su mejor opción de vida, al margen de la orientación sexual de la mujer o del hombre solteros solicitantes, o de si se trata de un matrimonio heterosexual o de personas del mismo sexo, pues, se reitera, este último aspecto no puede ser, en forma alguna, el que decida si la adopción procede o no, al no afectar la capacidad de una persona para prodigar a un menor el cuidado y amor debidos, en sentido inverso, no privar el derecho de un menor de contar con la guarda, custodia y afecto que le proporciona la adopción, por el simple hecho de que la persona o personas que lo deseen adoptar sean homosexuales.

Dichos argumentos como podemos o observar fueron dirigidos a preservar tanto el principio de no discriminación, como el interés superior del menor, más allá de quiénes deseaban adoptarlos.

Pero, ¿cómo identificar el real interés superior del menor cuando dicho principio ante tal cuestión pareciera que se vuelve etéreo y aplicable a cualquiera de las dos posturas que se desee adoptar?. En el apartado siguiente señalaremos los aspectos más importantes del multicitado "interés superior del menor"; así como su relación con el principio denominado control de convencionalidad.

### **III. El Principio del "interés superior del menor" y el "control de convencionalidad"**

El interés superior del menor se entiende como un *conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que les permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible*.<sup>7</sup> Mismo que como sabemos tiene su sustento en el artículo 4o de la Constitución General de la República, al establecer que tanto los niños como las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Y que los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. Correspondiendo al Estado proveer lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos, así como otorgar las facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

Lo anterior toda vez que tras la noción de derechos humanos, subyace la idea de que todas las personas, incluidos los niños, gozan de los derechos consagrados para los

<sup>7</sup> <http://www.iin.oea.org/iin/cad/sim/pdf/mod1/Texto%208.pdf>

seres humanos y que es deber del Estado promover y garantizar su efectiva protección igualitaria. Generalmente se cree que el *interés superior del menor* es una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico, como psicosocial, que constituiría una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en razón de un etéreo interés superior de tipo extra-jurídico. Sin embargo, la propia Corte ha emitido diversos criterios respecto del interés superior del niño, por ejemplo:

MENORES DE EDAD. EN EL JUICIO DE NULIDAD DEL PROCEDIMIENTO DE ADOPCIÓN, LA AUTORIDAD JUDICIAL ESTÁ OBLIGADA A DESIGNARLES UN TUTOR INTERINO QUE LOS REPRESENTA DE MANERA DESVINCULADA DE LAS PARTES EN CONFLICTO, A FIN DE SALVAGUARDAR EL INTERÉS SUPERIOR DE AQUÉLLOS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE NAYARIT).

De los artículos 3, 9, 12, 19, 20, 21 y 27 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, el diecinueve de junio de mil novecientos noventa, según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el treinta y uno de julio del año citado, y ratificado por el Ejecutivo el diez de agosto siguiente, se desprende que el Estado mexicano se comprometió a otorgar al niño la protección y el cuidado necesarios para su bienestar, y adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para salvaguardar el interés superior de la infancia, como uno de los principios rectores que sustentan la nueva doctrina integral de protección de la niñez. Así, mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el siete de abril de dos mil, se reformó el sexto párrafo del artículo 4o. constitucional, y se estableció el deber del Estado de proveer lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos. Asimismo, se decretó la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, de cuyas disposiciones se advierte la intención del legislador de colmar una imperativa urgencia de certeza y seguridad en la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes, a fin de proporcionarles un desarrollo pleno e integral que les genere la oportunidad de formarse física, mental, emocional, social y moralmente en condiciones de igualdad, estableciéndose en el artículo 3 de dicha legislación, los principios rectores de la protección de sus derechos, entre los que destacan, el del interés superior de la infancia, y el de la tutela plena e igualitaria de los derechos humanos y de las garantías constitucionales. Por tanto, en un juicio de nulidad del procedimiento de adopción, en el que necesariamente se ven involucrados los intereses de los menores, pues según el sentido del fallo definitivo éstos deberán permanecer, ya sea al lado de sus adoptantes, o bien, de sus ascendientes biológicos, el Juez está obligado a designarles un tutor interino a efecto de que éste vigile el cabal respeto del interés superior de aquéllos, de sus garantías constitucionales de audiencia y legítima defensa, así como de sus derechos procesales. Lo anterior, no obstante que en la legislación civil del Estado de Nayarit no existe disposición expresa que autorice tal intervención en esa clase de juicios, ya que de acuerdo con lo previsto por los artículos 462, 463 y 468 del Código de Procedimientos Civiles de la localidad, los problemas inherentes a la familia son de orden público y, por ello, tratándose de menores, la autoridad judicial goza de amplias facultades para intervenir aun oficiosamente, y decretar las medidas necesarias para protegerlos; disposiciones que, interpretadas en armonía con las obligaciones que contrajo el Estado mexicano en la convención aludida, permiten concluir que nombrar a los menores un tutor que los represente en juicio de manera desvinculada a las partes en conflicto, es una medida necesaria y eficaz para salvaguardar

el interés superior del infante. TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO CUARTO CIRCUITO.

**Precedentes:** Amparo directo 682/2005. 3 de noviembre de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Jáuregui Quintero. Secretaria: Norma Leticia Parra García. Nota: Esta tesis contendió en la contradicción 60/2008-PS resuelta por la Primera Sala, de la que derivó la tesis 1a./J. 33/2009, que aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXX, septiembre de 2009, página 163, con el rubro: "MENORES DE EDAD. EN LOS JUICIOS DE NULIDAD DEL PROCEDIMIENTO DE ADOPCIÓN NO REVISTEN EL CARÁCTER DE PARTE PROCESAL Y, POR TANTO, ES INNECESARIO DESIGNARLES UN TUTOR INTERINO PARA QUE LOS REPRESENTEN (LEGISLACIÓN DE LOS ESTADOS DE NAYARIT Y MICHOACÁN)."<sup>8</sup>

En tenor de lo referido, podemos afirmar que, el interés superior del niño es una institución jurídica que tiende a asegurar bienestar en el plano físico, psíquico y social. Funda como obligación de las instancias y organizaciones públicas o privadas, su observancia al momento de decidir su actuar respecto a un niño, de tal suerte que se garantice la prevalencia de su interés y beneficio, a la vez que sirve como base de referencia cuando varios intereses entran en convergencia. En suma, el ejercicio de los derechos fundamentales de las niñas y los niños se encuentran por encima de cualquier otro interés, incluyendo el de sus padres, pues, al ser la infancia concebida ya como sujeto de derechos, los niños y las niñas pueden ejercerlos en todo momento y las autoridades están no sólo obligadas a garantizar ese ejercicio, sino a velar porque el mismo se cumpla. Y cuando se anteponen los derechos de la infancia con los de sus padres, la autoridad tiene obligación de ponderar por encima de cualquier otro, ese derecho infantil. En dicho tenor, cobra especial mención lo resuelto por la Primera Sala de la propia Suprema corte en la contradicción de tesis 60/2008-PS, en la que establece que, el derecho de adopción al ser una cuestión que involucra esencialmente a los menores, el interés respectivo no corresponde exclusivamente a los adoptantes, ya que la voluntad de éstos no es suficiente para determinar la situación de los menores; en este caso, son la sociedad y el Estado los que tienen interés en que la situación de los adoptados quede definida para asegurar la protección del interés superior del menor de edad.<sup>9</sup>

Ahora bien, el *interés superior del menor*, como disposición constitucional y disposición emanada de un tratado internacional ratificado por el Estado mexicano, cobra especial relevancia cuando tiene que considerarse en perspectiva con el naciente, pero bien recepcionado *control de convencionalidad*, entendido este como, *el mecanismo que debe ser llevado a cabo, primero por los cuerpos judiciales domésticos, haciendo una 'comparación' entre el derecho local y el supranacional, a fin de velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, sea que surja de los tratados, del ius cogens o de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y luego esa tarea debe ser ejercida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos si es que el caso lle-*

8 Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXII, Diciembre de 2005  
Página: 2722, Tesis: XXIV.6 C, Tesis aislada.

9 Véase: *Interés Superior del niño. Su concepto. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XXVI, Julio de 2007. Tesis: 1a. CXLI/2007. P. 2657.*

ga a sus estrados.<sup>10</sup> Al cual en nuestro País ya se ha recurrido para la resolución de diversos asuntos.<sup>11</sup>

#### IV. Reflexión final

En contexto con lo referido, y a manera de conclusión, estamos en condiciones de afirmar que si bien es cierto que la Suprema Corte de Justicia de la Nación no consideró como inconstitucional el derecho de adoptar por parte de parejas del mismo sexo surgido de las recientes reformas a los códigos civil y de procedimientos civiles del Distrito Federal mencionados en líneas anteriores, y que dicho derecho debe ser respetado en el resto de los estados miembros del pacto federal mexicano; desde nuestra opinión, la misma SCJN dejó latente la posibilidad para que se niegue el derecho de adoptar a parejas del mismo sexo, al asentar en la resolución que nos ocupa que, *lo que debe garantizar el legislador es que, en el procedimiento para autorizar la adopción de un menor por parte de una persona soltera o de los cónyuges solicitantes, precisamente, en aras de lograr el pleno respeto a los derechos de la niñez, se garantice que ésa sea su mejor opción de vida, al margen de la orientación sexual de la mujer o del hombre solteros solicitantes, o de si se trata de un matrimonio heterosexual o de personas del mismo sexo, toda vez que este último aspecto no puede ser, en forma alguna, el que decida si la adopción procede o no, al no afectar la capacidad de una persona para prodigar a un menor el cuidado y amor debidos, en sentido inverso, no privar el derecho de un menor de contar con la guarda, custodia y afecto que le proporciona la adopción, por el simple hecho de que la persona o personas que lo deseen adoptar sean homosexuales.*

10 Véase "El control de constitucional y control de convencionalidad. Comparación. (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)" de Juan Carlos Hitters en *Estudios Constitucionales*, Año 7, No. 2, 2009, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Chile. Finalmente solo apuntar que los principios de *responsabilidad internacional del Estado*; y el *Carácter subsidiario de la instancia Internacional* son los que fundamentan el tal control de convencionalidad.

11 Por ejemplo el caso de un amparo indirecto resuelto por el Cuarto Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Primer Circuito de México. *Toda vez que mediante este recurso, una persona impugnó una decisión emitida por la Tercera Sala Regional Metropolitana del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa que, por considerarse incompetente para conocer del asunto, sobreyó un juicio de nulidad planteado por la quejosa. En términos generales, ésta alegó que con tal decisión "se le dejó de administrar justicia" al privársele de los derechos en el juicio sin cumplir las formalidades esenciales del procedimiento, por no analizar el fondo del asunto y por decretar el sobreseimiento. A partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, especialmente haciendo alusión a lo establecido en un caso mexicano, el Tribunal Colegiado ejerció un control de convencionalidad para interpretar la garantía de acceso a la justicia. En tal sentido, dicho Tribunal señaló que cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus jueces, como parte del aparato estatal, deben velar porque sus disposiciones no se vean mermadas o limitadas por disposiciones internas que sean contrarias a su objeto y fin. El control de convencionalidad debe realizarse entre las normas de derecho interno y la mencionada Convención Americana tomando en cuenta no solamente su texto sino también su interpretación por parte de la Corte Interamericana. Así, a partir de lo establecido en el artículo 25 de la Convención Americana, referido al derecho a la protección judicial, así como de diversa jurisprudencia de la Corte Interamericana, el Tribunal Colegiado determinó que los órganos que tienen a su cargo funciones jurisdiccionales deben tratar de suprimir prácticas que tiendan a denegar o delimitar el derecho de acceso a la justicia, es decir, que deben evitar que por meros formalismos o tecnicismos no razonables se impida el acceso a 31 un tribunal. En consecuencia, el Tribunal Colegiado resolvió que, para no violar la garantía de acceso a la justicia, en su decisión, la Tercera Sala Regional debió buscar la garantía del efectivo acceso a la justicia de la quejosa a fin de resolver, de manera efectiva, la controversia planteada y que, por lo tanto, debió declinar el conocimiento del asunto a favor de la autoridad correspondiente. En razón de lo anterior, concedió el amparo solicitado. En esta sentencia, el Tribunal Colegiado se refirió a las sentencias de la Corte Interamericana emitidas en los casos López Álvarez vs. Honduras, Baldeón García vs. Perú, Ximenes Lopes vs. Brasil y Claude Reyes vs. Chile. Asimismo, al referirse al control de convencionalidad, el Tribunal Colegiado se remitió a las sentencias de la Corte Interamericana dictadas en los casos Radilla Pacheco vs. México y Almonacid Arellano vs. Chile. Véase en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dialjur/cont/7/cnt/cnt7.pdf>*

Dado que la afirmación anterior, en contexto y perspectiva con la protección y seguridad que siempre deben concurrir a favor de los menores, esto es y nuevamente, el *interés superior del menor*, y que la propia normatividad en materia de adopciones ejercida a través de los Sistemas para el Desarrollo de la Familia, tanto a nivel nacional, como locales, establece que para autorizar tales adopciones se deben realizar estudios de carácter médicos, psicológicos y socioeconómicos realizados estos por un comité técnico interdisciplinario que certifica la idoneidad de la o las personas que desean adoptar; la posibilidad de negar tales adopciones a personas homosexuales finalmente sigue latente, claro está, bajo otros argumentos que justifiquen tal decisión; sin embargo, y después de toda la controversia generada por la reforma de nuestro interés, el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal no ha recibido una sola solitud de adopción por parte de parejas homosexuales.<sup>12</sup>

Finalmente, estimamos que las discusiones en torno al particular que nos ocupa, si bien pueden llevarse al ámbito jurídico y ser resueltas cada caso de maneras distintas con el argumento de velar por la efectiva aplicación de un tratado internacional (principio de convencionalidad a favor de la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 1989, ratificada por nuestro País a través del tratado correspondiente), amén de la disposición constitucional a favor del menor; la discusión real en nuestro país no es jurídica, sino política-social. Es de plegarse a visiones-argumentos "tradicionales" o "progresistas"; o en el mejor de los casos, propiciar una cultura de tolerancia, esto es, arribar a una disposición o actitud que resulta invaluable e imprescindible en un estado democrático y de derecho ya que no solo garantiza la pacífica convivencia de las personas, sino que en términos de Salazar Carrión, también *reconoce en el disenso y en el desacuerdo no un mal o un crimen, sino una expresión del pluralismo que a su vez es la condición para el debate y el progreso de nuestros modos de entender, interpretar y evaluar la realidad.*<sup>13</sup>

## Fuentes de consulta

### Bibliografía

- HUERTA Ochoa, Carla, *Teoría del Derecho. Cuestiones relevantes*, UNAM, México, 2008; y *Conflictos normativos*, UNAM, México, 2007.
- FIX ZAMUDIO, Héctor y Salvador Valencia Carmona, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, Porrúa-UNAM, México, 1999.
- SCHMILL ORDÓÑEZ, Ulises, *El Sistema de la Constitución Mexicana*, Librería de Manuel Porrúa, México, 1971.

### Hemerografía

- Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, número 11, julio-diciembre, 2004, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México.
- Estudios Constitucionales*, Año 7, No. 2, 2009, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Chile.

<sup>12</sup> <http://www.dif.df.gob.mx/dif/ninez.php>

<sup>13</sup> "Religiones, la laicidad y política en el Siglo XXI" de Luis Salazar Carrión en *Isonomía, Revista de Teoría y filosofía del derecho*, número 24, ITAM, abril 2006, p. 31

*Isonomía, Revista de Teoría y filosofía del derecho*, número 24, ITAM, abril 2006.

### **Legisgrafía**

Gaceta Oficial del Distrito Federal, Décima séptima época, número 747, 29 de diciembre de 2009, Editora de Gobierno, Distrito Federal.

*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXV, abril de 2007.

*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo: XXVI, julio de 2007.

*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXII, diciembre de 2005.

### **Internet**

<http://www.iin.oea.org/iin/cad/sim/pdf/mod1/Texto%208.pdf>

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dialjur/cont/7/cnt/cnt7.pdf>

<http://www.dif.df.gob.mx/dif/ninez.php>

---

**ANA MATILDE CHÁVEZ MAYO** es Doctora en Derecho Público por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana y docente en la Facultad de Derecho de la misma Universidad.

**MARISOL LUNA LEAL** es egresada de la Facultad de Derecho, Doctora en Derecho Público con mención honorífica por la Universidad Veracruzana. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores. Nivel 1. Catedrática en las Universidades Veracruzana, Anáhuac, Xalapa y Cristóbal Colón. Directora de la Revista Jurídica *Themis*. Coordinadora General de la Coordinación de Posgrado, Educación Continua e Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana. Asesora en materia jurídica, administración y gobierno municipal en la entidad.

**José J. Borjón Nieto**  
**Miguel Carbonell Sánchez**  
**Enrique Ochoa Reza**  
**Patricia de la Luz Carrión Méndez**  
**Miriam Elsa Contreras López**  
**Rebeca Elizabeth Contreras López**  
**Ana Matilde Chavez Mayo**  
**Marisol Luna Leal**  
**Iván Escobar Fornos**  
**Ana Gamboa Rosas**  
**Carlos Martín Gómez Marinero**  
**Salvador Martínez y Martínez**  
**José Antonio Moreno Molina**  
**Alejandra Verónica Zúñiga Ortega**

**Manlio Fabio Casarín León**  
**Marisol Luna Leal**  
**(COORDINADORES)**



Universidad Veracruzana



ISBN: 978-697-00-3552-4



9 786070 035524