



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MÉXICO



FACULTAD DE DERECHO

El Estado como Garante del Interés Superior de la Niñez frente al
Procedimiento de Adopción.

Que para obtener el grado de:

Maestro en Derecho

Presenta

Lic. Miguel Ángel Hinojosa Ventura

TUTOR ACADÉMICO

M en D.P. Miguel Ángel Vega Mondragón

TUTORES ADJUNTOS

Dr. en D. Alejandro Albarrán Salgado

Mtro. en D. Jesús Espinosa Límon

Toluca, Estado de México, noviembre de 2019.



Asistencia Social y las adopciones para el Estado de México, se desprende una falta de sistematización con respecto a la figura mencionada dejando al Código Civil, como una norma de aplicación supletoria, no obstante que se trata del ordenamiento que por antonomasia tiene por objeto regular los derechos de las personas y sus bienes.

Figuras jurídicas que son base del estado civil de las personas (patria potestad y tutela), se encuentran normadas en el Código Civil, regulación que se encuentra alineada a ordenamientos de superior orden jerárquico tanto nacionales como internacionales, es decir, Convención de los Derechos del Niño, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ordenamientos específicos a nivel Federal y Estatal en materia de la Niñez, por lo que bajo el criterio de atender con carácter prioritario a los sectores más sensibles de la sociedad, y favorecer a las niñas y niños en situación de vulnerabilidad, mediante la supuesta actualización del marco jurídico y la instauración de mecanismos acordes a la realidad social, entró en vigor una ley especial, que lejos de articular a los actores que intervienen en la misma crean consecuencias de desigualdad y falta de control del Estado para la protección de este grupo vulnerable, al violentar derechos fundamentales de las niñas, niños y adolescentes, ya que el Estado debe velar por uno de los derechos primordiales que es que crezcan y se desarrollen dentro de su familia de origen (padre, madre, abuelos y familiares consanguíneos).

6.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN

- Será viable que con la creación de la Ley que Regula los Centros de Asistencia Social y las adopciones para el Estado de México, el Estado sea el único que pueda tutelar los derechos de los menores en



Universidad Autónoma del Estado de México
Facultad de Derecho
Subdirección Académica
Evaluación Profesional



el sentido de que cuando quien ejerce el derecho de patria potestad al renunciar a este derecho (la madre), se debe llamar a este procedimiento a los abuelos y familiares consanguíneos (tíos y hermanos), para que previo a las valoraciones médicas, psicológicas y de trabajo social, pueda integrarse el infante a su familia, antes de que judicialmente se determine que el Estado y las Instituciones Privadas queden como tutor legítimo.

- Será viable adecuar la Ley que Regula los Centros de Asistencia Social y las Adopciones para el Estado de México, para efecto de que las Instituciones Privadas, sean coadyuvantes únicamente del proceso de adopción del Estado (Fiscalía General del Estado de México y DIF Estatal o Municipales), es decir, que la ley únicamente les permita la guarda, cuidado y protección de los menores, más no jurídicamente se les permita ser tutores legítimos y con esto tengan facultades únicamente atribuibles al DIFEM o DIF Municipales para consentir la adopción.
- De continuar con el procedimiento de entrega de menor que promueven las Instituciones Privadas y que jurídicamente obtienen judicialmente el que se les declare como tutores legítimos, ocasiona una pérdida de control y falta de transparencia por parte del Estado a la sociedad ya que la ley debe regular una lista de espera única por ser el DIFEM el rector y el único en otorgar el Certificado de Idoneidad, no permitiendo que las Instituciones tengan cada una de ellas sus propias listas y se excluya al Estado al momento de la designación de los menores a los matrimonios.



Universidad Autónoma del Estado de México
Facultad de Derecho
Subdirección Académica
Evaluación Profesional



7. HIPÓTESIS

De llevarse a cabo las modificaciones a la Ley que Regula los Centros de Asistencia Social y las adopciones para el Estado de México, en el sentido de que las Instituciones Privadas, solo coadyuven con las Instituciones Públicas para efecto de llevar a cabo el procedimiento de adopción, no existirán violaciones a los derechos que tienen los familiares para ejercer el derecho de la patria potestad por haber renunciado voluntariamente la madre en el procedimiento de entrega de menor.

De igual forma si se modifica la ley en el sentido de que las Instituciones Privadas no tengan el derecho para ser tutores legítimos, se garantizará que el Estado a través del DIFEM regule y controle la situación jurídica de los menores en el Estado y la asignación de menores a matrimonios en una lista única de espera, mostrando a la sociedad y a los solicitantes transparencia.

8. DESCRIPCIÓN DE LOS MÉTODOS EMPLEAR

A.- MÉTODO ANALÍTICO: Este método será utilizado en la presente investigación, toda vez que se lleva a cabo un análisis minucioso del tema en estudio y de todos los elementos que lo conforman.



Universidad Autónoma del Estado de México
Facultad de Derecho
Subdirección Académica
Evaluación Profesional



B.- MÉTODO DEDUCTIVO: Este método será empleado, al analizar la presente investigación desde el punto de vista general, a puntos específicos.

C.- MÉTODO HIPOTÉTICO: Este método se empleará al elaborar una serie de posibles soluciones, alternativas y resultados que la presente investigación nos brindará.

D.- MÉTODO HISTÓRICO: Se aplicará este método, a efecto de desarrollar la evolución sobre el tema en estudio para un mejor entendimiento del mismo a través del tiempo ya que, al analizar los antecedentes históricos, podemos comprender la necesidad del porque estudiar el presente tema.

E.- MÉTODO SINTÉTICO: Este método es de suma importancia, en virtud de que al llevar a cabo una reseña y sintetizar la investigación, se tiene un mayor entendimiento de ideas y conceptos relacionados con el objeto de estudio.

F.- MÉTODO DOCUMENTAL: Este método será empleado para allegarse de la información necesaria para la elaboración de la presente investigación.



9. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

Objetivo General

- Elaborar un proyecto de decreto para efecto de reformar diversos artículos de la Ley que Regula los Centros de Asistencia Social y las Adopciones en el Estado de México.

Objetivos Específicos

- Conocer y analizar la naturaleza jurídica del objeto de estudio del Derecho Social, su base constitucional, la asistencia social, el marco jurídico del DIF, la jurisdicción y competencia en materia de protección a los menores, la filiación, la guardia y custodia, la tutela, la patria potestad y la adopción.
- Fortalecer la legislación vigente para efecto de garantizar el interés superior del infante, mediante mecanismos establecidos en la ley para efecto de que el Estado controle y regule la situación jurídica de los menores y brindar certeza jurídica a los involucrados en el proceso de adopción

10. JUSTIFICACIÓN

El presente trabajo de investigación es socialmente importante toda vez que jurídicamente es una aportación a la procuración de justicia, ya que busca establecer que en el juicio de entrega de menor, en el que renuncia la madre a sus derechos de patria potestad, los familiares consanguíneos (abuelos y familiares hasta el tercer grado) puedan ser llamados a juicio para efecto de que manifiesten su derecho para ejercer o no la patria potestad sobre el infante antes de declarar la tutoría legítima a favor de una Institución Pública.



Universidad Autónoma del Estado de México
Facultad de Derecho
Subdirección Académica
Evaluación Profesional



El alinear la Ley que Regula los Centros de Asistencia Social y las adopciones para el Estado de México, definiendo la intervención de las instituciones privadas en el sentido de que sólo coadyuven con la guarda, cuidados y protección de los infantes y que sólo a las Instituciones Públicas DIFEM o DIF Municipales con centros de atención, se les designe como tutores legítimos, quienes estos podrán consentir y llevar el procedimiento de adopción.

Establecer en la ley que la Junta Multidisciplinaria deberá llevar una sola lista de espera a nivel estatal de matrimonios que ya pasaron sus estudios y son viables para adoptar, sin menoscabo, de que las Instituciones Privadas y DIF Municipales puedan referenciar a matrimonios al DIFEM para sus estudios y que los interesados realicen un trámite completamente gratuito ante el Gobierno del Estado para obtener el certificado de idoneidad y también el patrocinio ante el Poder Judicial por parte del área jurídica de las Instituciones Públicas (DIF Estatal y DIF Municipal.)

11. ESQUEMA PRELIMINAR

EI ESTADO COMO GARANTE DEL INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ FRENTE AL PROCEDIMIENTO DE ADOPCIÓN

CAPÍTULO PRIMERO

ANTECEDENTES

- 1.1.- EL DERECHO SOCIAL
- 1.2.- INTERNACIONALES
- 1.3.- NACIONALES
- 1.3.1.- EN EL ESTADO DE MÉXICO
- 1.4.- FUNDAMENTO JURÍDICO O BASES CONSTITUCIONALES DEL DERECHO SOCIAL



CAPÍTULO SEGUNDO LA ASISTENCIA SOCIAL

- 2.1.- ANTECEDENTES EN MÉXICO DE LA ASISTENCIA SOCIAL
- 2.2.- CONCEPTO DE ASISTENCIA SOCIAL
- 2.3.-PRINCIPIOS DE ASISTENCIA SOCIAL
- 2.4. ASISTENCIA PRIVADA
- 2.5. ASISTENCIA PÚBLICA
- 2.6.-BASES CONSTITUCIONALES DE LA ASISTENCIA SOCIAL

CAPÍTULO TERCERO DEL SISTEMA PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LA FAMILIA

- 3.1.-INTEGRACIÓN Y FINES
- 3.2.-DIF NACIONAL
- 3.3.-DIF ESTATAL
- 3.4.-DIF MUNICIPAL

CAPÍTULO CUARTO MEDIDAS PROTECTORAS DE MENORES

- 4.1. CONCEPTO
- 4.2. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE MENORES

- 4.2.1. CONCEPTO DE JURSDICCIÓN
- 4.2.2. CONCEPTO DE COMPETENCIA
- 4.2.3. LA RELACIÓN ENTRE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

4.2.4. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA EN MATERIA DE PROTECCIÓN A LOS MENORES, DESDE LA ÓPTICA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

4.2.5. LA COMPETENCIA DE LA AUTORIDAD JUDICIAL ESTATAL.

4.2.6. DE LA INTERVENCIÓN DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS EN LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES



Universidad Autónoma del Estado de México
Facultad de Derecho
Subdirección Académica
Evaluación Profesional



4.3. DE LA FAMILIA

4.3.1. CONCEPTO Y DEFINICIÓN.

4.3.2. NORMAS PROTECTORAS COMO DERECHOS Y OBLIGACIONES EN LA FAMILIA EN MÉXICO.

4.3.2.1. DE LA FILIACIÓN.

4.3.2.2. DE LOS ALIMENTOS.

4.3.2.3. GUARDA Y CUSTODIA.

4.3.2.4. DERECHO DE ASISTENCIA Y VISITA.

4.4. MEDIDAS PROTECTORAS EN MATERIA CIVIL

4.4.1. DE LA TUTELA

4.4.1.1. DE LA TUTELA DATIVA

4.4.1.2. DE LA TUTELA LEGAL

4.4.1.3. DE LA TUTELA TESTAMENTARIA

4.4.2. DE LA CURATELA

4.4.3. DE LA PATRIA POTESTAD.

4.4.4. DE LA ADOPCIÓN.

CAPITULO QUINTO

5.1. DECRETO POR EL QUE SE REFORMAN DIVERSOS ARTÍCULOS DE LA LEY QUE REGULA LOS CENTROS DE ASISTENCIA SOCIAL Y LAS ADOPCIONES EN EL ESTADO DE MÉXICO.

12. CONCLUSIONES

13. PROPUESTA POSIBLES

14. FUENTES DE INFORMACIÓN

A) BIBLIOGRÁFICAS:



Universidad Autónoma del Estado de México
Facultad de Derecho
Subdirección Académica
Evaluación Profesional



- Peniche López, E., Introducción al Estudio del Derecho Civil.
- García Máñez, E., Introducción al Estudio del Derecho.
- Mendieta y Nuñez, L., El Derecho Social.
- Martín Ramón, Mateo, Problemas Fundamentales, de Beneficencia y Asistencia Social.
- González Díaz, Lombardo Francisco, El Derecho Social y la Seguridad Social.
- Eduardo Pallares, Diccionario de Derecho Procesal Civil, Porrúa.
- Miaja de la Muela, A., Derecho Internacional Privado, t. II: Parte especial, 3ª. Ed., Madrid, 1963.
- Silva, J. A., Derecho Internacional sobre el Proceso. Procesos Civil y Comercial, México, McGraw-Hill, 1997
- Contreras Vaca, F. J., “La Competencia Judicial en México y en la Esfera Internacional a Nivel Interamericano”, Jus, Ciudad Juárez, México, 1986.
- Calvo Caravaca, A. L., Carrascosa González, J. et al., Derecho Internacional Privado, 2ª ed., Granada, Comares, 2000, vol. II.
- Fernández Arroyo, D.P., Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur, Argentina, Zavalia, 2003.
- Zavala Baquerizo, Jorge, El Proceso Penal, tomo I, 4ª ed., Bogotá, 1989.
- Montero, J., Ortells, M. y Gómez, J. Derecho Jurisdiccional, 2ª. ed., Vol. I. Barcelona. José María Bosch Editor, S.A., 1991.
- Couture, E. Fundamentos del Derecho Procesal Civil, 3ª. ed., Buenos Aires. Ediciones De Palma, 1981.
- Devis, H. Compendio de Derecho Procesal, 14ª. ed., Vol. I. Santa Fe de Bogotá. Editorial ABC, 1996.



Universidad Autónoma del Estado de México
Facultad de Derecho
Subdirección Académica
Evaluación Profesional



- Calamandrei, P. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Vol. I. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa América, 1973.
- Carnelutti, F. Sistema de Derecho Procesal Civil. Vol. II., t. IV, Buenos Aires. Unión Tipográfica Editorial Hispanoamericana, 1993.
- Redenti, E. Derecho Procesal Civil. Vol. I, t. I, Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa América, 1957.
- Liebman, E. Manual de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa América, 1980.
- Pallares, E. Diccionario de Derecho Procesal Civil, Porrúa, México 1994.
- Barajas, Santiago, Comentarios al Artículo 4º de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada., México, UNAM, 1990.
- Di Yoro, “El Concepto de Jurisdicción”, Temas de Derecho Procesal, Buenos Aires, 1985.
- Prieto Castro, Tratado de Derecho Procesal civil, Pamplona, 1985.
- Lete del Río, Comentarios al Código Civil, dirigidos por Albadalejo, Madrid, 1985.
- Castán Tobeñas, La Formulación Judicial del Derecho y el Arbitrio de Equidad, Madrid, 1953.
- Reverte Navarro, Intervención Judicial en las Situaciones Familiares, Murcia, 1980.
- Mendizábal Oses, Derecho de los Menores. Teoría general, Madrid. Ed. Pirámide, 1977.
- Chávez Asencio, Manuel, La Familia en el Derecho. Relaciones jurídicas Paterno-Filiales, México, Porrúa, 1987.
- García de Enterría y Fernández, Curso de Derecho Administrativo. Madrid, Civitas, 1977.



- Entrena Cuesta, Curso de Derecho Administrativo, Madrid, 1988, vol. I
- Jean Jacques Rousseau. El Contrato Social, 6ª ed., Porrúa, México, 1979.
- Recasens Siches, Luis, Sociología, 18ª ed. Porrúa, México, 1980.
- Linton, Ralph. "Introducción. La Historia Natural de la Familia", en La Familia, Fromm et al., 5ª ed., Península, Barcelona, 1987.
- Giddens Anthony, Sociología, Madrid, Alianza Editorial, 1998.
- Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena., Panorama del Derecho Mexicano. Derecho de Familia. México, McGraw-Hill, 1997.
- Mendez Costa, María Josefa et al. Derecho de Familia, t. II, Rubinzal y Culzoni, Argentina.
- Manual De Capacitación Sobre los Derechos Humanos", editado por la Comisión Nacional de Derechos.

B) LEGISLATIVAS

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Convención sobre los Derechos Del Niño.
- Ley General sobre los derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.
- Ley de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes para el Estado de México.
- Código Civil para el Estado de México.
- Ley de Asistencia Social para el Estado de México.
- Ley que Crea a los Organismos Públicos Descentralizados de Asistencia Social de carácter Municipal, Denominados Sistemas Municipales para el Desarrollo Integral de la Familia.
- Ley que Regula los Centros de Asistencia Social y las Adopciones en el Estado de México.
- Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México.
- Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 45/112 del 14 de diciembre de 1990.



- Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. XXVI, Julio de 2007, Tesis 1a. CXLI/2007
- Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. XVI, octubre de 2002, Tesis II.3o.C. J/4.
- Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. XXII, septiembre de 2005, Tesis I.6o.C. J/49

15.- CRONOGRAMA

DE DD/MM/AÑO	AL DD/MM/AÑO	ACTIVIDAD
15/07/2019	30/07/2019	Registro de protocolo, acopio de antecedentes de la investigación e información documental
01/08/2019	20/08/2019	Redacción del capítulo 1 Redacción del capítulo 2 Revisión del capítulo 1 y 2 por el Director de Tesis
21/08/2019	10/09/2019	Redacción del capítulo 3 y redacción del capítulo 4 Revisión del capítulo 3 y 4 por el Director de Tesis Ajuste de las observaciones del capítulo 1 y 2 hechas por el director.



Universidad Autónoma del Estado de México
Facultad de Derecho
Subdirección Académica
Evaluación Profesional



11/09/2019	30/09/2019	Redacción del capítulo 5 Ajustes realizados por Director de Tesis A las observaciones del capítulo 3 y 4.
01/10/2019	20/10/2019	Redacción del capítulo 6 y revisión a observaciones del capítulo 5 y 6 por parte del Director de Tesis
21/10/2019	10/11/2019	Redacción de la Introducción, conclusiones, propuesta y revisión general por el Director de Tesis Ajuste de las observaciones
11/11/2019	20/11/2019	Revisión final de la Introducción, conclusiones y propuesta por el Director de Tesis

RESUMEN

El contenido de este trabajo de investigación se enfocó a un análisis minucioso de la Ley que Regula los Centros de Asistencia Social y las Adopciones en el Estado de México, vigente a partir del año 2015, ya que la misma a consideración del sustentante transgrede disposiciones de carácter internacional, federal y estatal, y que a la fecha se encuentran contempladas en Código Civil del Estado de México, como la Patria Potestad, la Custodia Legítima, el Procedimiento denominado Entrega de Menor y la falta de rectoría del Estado en el Procedimiento de adopción.

Durante la investigación se consideraron aspectos importantes como el derecho social su evolución, teorías que lo sustentan, su base constitucional, y la importancia en la asistencia social en los tres niveles de gobierno en México; creándose las instituciones conocidas como “DIFS”, dotándolas de funciones que le concede la ley y con estructuras especiales para auxiliar a los niños, niñas o adolescentes cuando se encuentre en estado de vulnerabilidad para cuidarlos y protegerlos, a través de los recursos que la legislación en la materia les faculta.

En este sentido las reformas, adiciones y abrogación que se proponen a diversos artículos de ley en análisis van encaminadas en tres grandes propuestas, la primera, que el Estado por conducto de las Instituciones Públicas del DIF Estatal y DIFS Municipales, sean los garantes de los menores que se encuentran en estado de vulnerabilidad, velando por sus derechos a pertenecer a toda costa a su familia de origen; la segunda para que en los juicios de entrega de menor por la madre, el Estado sea el Tutor Legítimo, no concediendo facultades a las Instituciones Privadas que sólo debe ejercer el Estado, delimitando su coadyuvancia de cuidar, guardar y proteger a los menores que las Instituciones Públicas se los pongan bajo su resguardo y la tercera que el procedimiento de adopción sea regulado por el DIF Estatal con el objeto de que los solicitantes sean estudiados por las áreas especializadas para este trámite, transparentando el proceso en una sola lista de espera y no una en cada Institución tanto pública como privada.

INDICE

INTRODUCCION

CAPÍTULO PRIMERO

ANTECEDENTES

1.1. EL DERECHO SOCIAL.....	1
1.2. INTERNACIONALES.....	7
1.3. NACIONALES.....	9
1.3.1. EN EL ESTADO DE MÉXICO.....	13
1.4. FUNDAMENTO JURÍDICO O BASES CONSTITUCIONALES DEL DERECHO SOCIAL.....	14

CAPÍTULO SEGUNDO

LA ASISTENCIA SOCIAL

2.1. ANTECEDENTES EN MÉXICO DE LA ASISTENCIA SOCIAL	15
2.2. CONCEPTO DE ASISTENCIA SOCIAL.....	15
2.3. PRINCIPIOS DE ASISTENCIA SOCIAL	16
2.4. ASISTENCIA PRIVADA.....	17
2.5. ASISTENCIA PÚBLICA.....	19
2.6. BASES CONSTITUCIONALES DE LA ASISTENCIA SOCIAL.....	19

CAPITULO TERCERO

DEL SISTEMA PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LA FAMILIA

3.1. INTEGRACIÓN.....	22
3.2. DESARROLLO INTEGRAL DE LA FAMILIA (DIF NACIONAL)	22
3.3. DESARROLLO INTEGRAL DE LA FAMILIA (DIF ESTATAL)	23
3.4. DESARROLLO INTEGRAL DE LA FAMILIA (DIF MUNICIPALES)	27

CAPÍTULO CUARTO

MEDIDAS PROTECTORAS DE MENORES

4.1. CONCEPTO	30
4.2. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE MENORES.....	33
4.2.1. CONCEPTO DE JURISDICCIÓN.....	33
4.2.2. CONCEPTO DE COMPETENCIA.....	37
4.2.3. LA RELACIÓN ENTRE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.....	41
4.2.4. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA EN MATERIA DE PROTECCIÓN A LOS MENORES, DESDE LA ÓPTICA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.....	47
4.2.5. LA COMPETENCIA DE LA AUTORIDAD JUDICIAL ESTATAL.....	51

4.2.6. DE LA INTERVENCIÓN DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS EN LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES	55
4.3. DE LA FAMILIA.....	63
4.3.1. CONCEPTO	64
4.3.2. NORMAS PROTECTORAS COMO DERECHOS Y OBLIGACIONES EN LA FAMILIA EN MEXICO.....	68
4.3.2.1. DE LA FILIACIÓN.....	69
4.3.2.2. DE LOS ALIMENTOS.....	73
4.3.2.3. GUARDA Y CUSTODIA.....	75
4.3.2.4. DERECHO DE VISITA y CONVIVENCIA.....	78
4.4. MEDIDAS PROTECTORAS EN MATERIA CIVIL.....	81
4.4.1. DE LA TUTELA.....	81
4.4.1.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.....	81
4.4.1.2. FUNCIONES DE LA TUTELA.....	82
4.4.1.3. OBJETO DE LA TUTELA.....	83
4.4.1.4. DE LAS CLASES DE TUTELA.....	83
4.4.1.5. PERSONAS A QUIEN CORRESPONDE SER TUTOR LEGÍTIMO.....	85
4.4.2. DE LA PATRIA POTESTAD.....	85
4.4.2.1. DEFINICIÓN.....	85
4.4.2.2. OBJETO DEL DERECHO DE PATRIA POTESTAD.....	86
4.4.2.3. ASPECTOS QUE COMPRENDE LA PATRIA POTESTAD.....	86
4.4.2.4. ORDEN DE PERSONAS PARA EJERCERLA.....	86
4.4.2.5. DE LOS MODOS DE ACABARSE Y SUSPENDERSE.....	87
4.4.3. DE LA ADOPCIÓN.....	87
4.4.3.1. DEFINICIÓN.....	87
4.4.3.2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS EN EL DERECHO ROMANO...	88
4.4.3.3. LA ADOPCIÓN EN MÉXICO.....	89
4.4.3.4. LA ADOPCIÓN EN EL ESTADO DE MÉXICO.....	89

CAPÍTULO QUINTO
LEY QUE REGULA LOS CENTROS DE ASISTENCIA SOCIAL Y LAS ADOPCIONES
EN EL ESTADO DE MÉXICO

5.1. COMENTARIOS A LA LEY.....	92
5.2. PROPUESTA DE REFORMAS A DIVERSOS ARTICULOS DE LA LEY.....	103
CONCLUSIONES.....	114
BIBLIOGRAFÍA.....	116
LEGISLACIÓN	119

INTRODUCCIÓN

La infancia sin lugar a dudas es un tema complejo que obliga a observar una serie de procesos culturales, sociales, jurídicos, históricos, políticos, económicos en un periodo de la vida de gran importancia.

Las concepciones en torno a la infancia varían de acuerdo a los factores de cada sociedad, grupo o comunidad y en cada momento histórico, la infancia es un grupo social que no podemos separar del contexto familiar, pues infancia y familia nos remiten a una serie de problemáticas asociadas a esta investigación, la situación de rompimiento en las relaciones afectivas en la familia suelen derivar en la intervención de autoridad bajo el eje de asistencia social y como consecuencia en una situación jurídica que lleva al internamiento en Instituciones Públicas o Privadas que reciben a niños, niñas y adolescentes, que por diversas causas han recibido una medida tutelar asistencial a cargo del Estado, lo que se traduce en una separación para los casos de explotación, lesiones, abuso, maltrato, es decir, cuando este grupo social no cuenta con las redes familiares necesarias y se encuentran en un total abandono social.

El trabajo con la infancia y la pregunta por la situación de vida de niños, niñas y adolescentes como sujetos sociales, sigue siendo un terreno por explorar sobretodo cuando la noción del término jurídico “Tutela”, como una forma de construcción de la realidad ha sido representada por los adultos; dejando a los infantes en muchas ocasiones sin voz.

La presente investigación tiende a generar los mecanismos específicos que permitan salvaguardar sus derechos de los infantes, conocer y analizar la naturaleza jurídica del Derecho Social, su base constitucional, la asistencia social, la jurisdicción y competencia en materia de protección a los menores, la filiación, la guardia y custodia, la tutela, la patria potestad y la adopción.

Esta investigación es una propuesta que va encaminada a que se cumplan con los ordenamientos internacionales, constitucionales, federales, buscando armonía en la legislación estatal y municipal, fortaleciendo la legislación vigente,

para efecto de dar herramientas a todas las autoridades tanto administrativas como judiciales para garantizar el interés superior del infante a través y que el Estado delimite sus funciones, controle y regule la situación jurídica de los infantes y de certeza jurídica a los involucrados en el proceso de adopción.

El Estado de México es uno de los más poblados del país, cuenta con todo un sistema asistencial a través del DIF Estatal, Secretarías de Estado y DIF Municipales que de forma Integral brindan una adecuada atención y protección a los infantes. Por lo que se propone, con esta investigación que el Estado tenga una visión legal, más real y progresista y que garantice sus derechos a tener una familia y a desarrollarse plenamente.

ANTECEDENTES

1.1.- EL DERECHO SOCIAL

El derecho social aparentemente es de reciente creación pues los clásicos no consideraron al mismo como una rama del derecho, ya que por ser eminentemente su legislación muy rígida en cuanto a la división del mismo en derecho público y privado y al considerar a la esclavitud como una forma de propiedad privada, negaban de fondo los derechos sociales de los pueblos y hombres sometidos bajo su imperio; sin embargo, los pueblos subyugados en las normas religiosas reflejaban los derechos sociales de la población marginada y que se establecen en códigos y libros como son: El Código de Hammurabi, la Biblia, entre otros, que fueron los precursores de los derechos inalienables del hombre y sus derechos sociales como tales, pasando íntegramente hasta nuestros días los conceptos y espíritu que motivo el establecer estas normas de convivencia entre los hombres.

El derecho social nació desde el momento mismo en que aparecieron los primeros grupos sociales y su estudio como rama de la ciencia jurídica se comenzó a realizar recientemente, a partir del estudio de los fenómenos sociales (Augusto Comte, padre de la sociología).

Las raíces etimológicas del Derecho Social provienen del vocablo latino “directum”, formado por el prefijo “di” y el adjetivo “rectum”, el mismo adjetivo constituye la raíz ideológica del verbo “regere”, que significa gobernar y del sustantivo “regnum” que indica reino.¹ Aún cuando, en la teoría general se establecen como conceptos para definir el derecho los siguientes:

¹ Peniche López, E., *Introducción al estudio del Derecho Civil*, pp. 20 y 21.

- El derecho es un querer autárquico e inviolablemente vinculatorio (Stammler)
- Derecho es un conjunto de normas generales y positivas que regulan la vida social (Radbruch).
- Derecho es el conjunto de normas bilaterales, externas, generalmente heterónomas y coercibles, que tienen por objeto regular la conducta humana en su interferencia subjetiva (Rojina Villegas).
- Derecho es el conjunto de normas entendidas para fijar los límites de la vida humana como la relación que constituye el derecho, en su sentido de manifestación social humana, para evitar conflictos (Trinidad García).
- El derecho es un sistema racional de normas sociales, de conducta, declaradas obligatorias por la autoridad por considerarlas soluciones justas a los problemas surgidos de la realidad histórica, (Villoro Toranzo).
- Derecho es el conjunto de principios y preceptos, para cuya observación se constriñe al hombre a través de una coerción exterior o física, (Rubrie Et Rau).

Es hasta que aparece la división del derecho, cuando surge el derecho social como una rama del derecho y existen al respecto, tres teorías fundamentales, como son:

1.- LA TEORÍA MONISTA: sostenida por Hans Kelsen, establece que solo existe un derecho, el derecho público tutelado por el Estado, es único e indivisible, rechazando la distinción entre derecho público y derecho privado. Todo derecho constituye una expresión de la voluntad del Estado, por lo que tiene naturaleza pública.

2.- LA TEORÍA DUALISTA: divide al derecho en público y privado, existen 3 tesis al respecto:

A).- LA TEORÍA ROMANA O DEL INTERÉS EN JUEGO: La naturaleza pública o privada depende del interés que garanticen o protejan, el derecho público

protege intereses públicos, colectivos; el derecho privado protege intereses particulares.²

B).- LA TEORÍA DE LA NATURALEZA DE LA RELACIÓN: Señala que el derecho privado regula relaciones de igualdad o coordinación; el derecho público regula relaciones de subordinación y desigualdad jurídica en las cuales el Estado interviene como un ente soberano.³

C).- TESIS DE ROGUIN: El derecho público y privado se aprecian si el Estado interviene en una relación jurídica; si su actividad se sujeta a la legislación especial es derecho público y, si su relación se sujeta a la legislación común es derecho privado.⁴

3.- TEORÍA TRICOTOMICA: Es sostenida por Otto Von Gierke, clasifica al derecho en público, privado y social, atendiendo a cinco criterios:

A).- CRITERIO DERIVADO DEL INTERÉS TUTELADO POR LAS NORMAS: Existen dos tipos de intereses, los públicos y los privados, las normas que los regulan son de derecho público y privado respectivamente (teoría del interés en juego), pero existe también el derecho mixto o social, cuyas normas protegen intereses públicos, privados y sociales.

B).- CRITERIO DERIVADO DE LA FORMA COMO CONTEMPLAN A LAS PERSONAS PARA REGULAR SU CONDUCTA: El derecho público es el conjunto de normas generales para la comunidad Estatal; el derecho privado regula la conducta del individuo o del particular; el derecho social se dirige no al individuo sino al grupo social.

² García Máynez, E., *Introducción al Estudio del Derecho*, p. 131.

³ *Ibidem*, p. 134.

⁴ *Ibidem*, p. 135.

C).- CRITERIO DERIVADO DE LA NATURALEZA DE LOS SUJETOS DE LA RELACIÓN: Es decir si son particulares, grupos sociales o el Estado. El derecho privado regula relaciones entre particulares o particulares y el Estado como tal; el derecho social regula relaciones entre particulares y grupos sociales, grupos sociales entre si y grupos sociales y el Estado; el derecho público son las normas que regulan las relaciones entre particulares y el Estado, órganos del Estado entre sí, o donde éste actúa como entidad soberana.

D).- CRITERIO DERIVADO DE LA NATURALEZA DE LA RELACIÓN: La relación puede tener tres naturalezas: de Coordinación, en un plano de igualdad, (derecho privado); de Subordinación, en un plano de desigualdad, (derecho público) y de integración (derecho social).

E).- CRITERIO DERIVADO DE LA RELACION DE LA VOLUNTAD DE LOS SUJETOS CON LA IMPERATIVIDAD DE LAS NORMAS: En el derecho público las normas son dispositivas; en el derecho privado las normas son de carácter imperativo y en el derecho social las normas son autárquicas, ya que pueden modificarse en beneficio del débil.

Por tal razón los grandes tratadistas del derecho han intentado de definir el derecho social mediante los conceptos de igualdad, de bienestar social y como un derecho reivindicatorio, tales como:

- Es un derecho nivelador de las naturales desigualdades humanas, que busca las relaciones equilibradas entre los integrantes de la sociedad (Radbruch).
- Es un derecho autónomo de comunión, por el cual se integra objetivamente cada totalidad activa, real que encarna un valor positivo extra temporal (Gurvitch).
- Es una ordenación de la sociedad en función de una integración dinámica teológicamente dirigida a la obtención del mayor bienestar social de las

personas y de los pueblos, mediante la justicia social, (Francisco Gonzáles Díaz Lombardo, Teoría del Equilibrio).

- Es el conjunto de leyes y disposiciones autónomas que establecen y desarrollan diferentes principios y procedimientos protectores en favor de individuos, grupos y sectores de la sociedad económicamente débiles, para lograr su convivencia con las otras clases sociales dentro de un orden justo, (Lucio Mendieta y Nuñez).
- Es el conjunto de principios, instituciones y normas que, en función de integración, protegen, tutelan y reivindican a los que viven de su trabajo y a los económicamente débiles, (Alberto Trueba Urbina, Teoría Reivindicatoria).

Al surgir a la vida jurídica el derecho social, los estudiosos del derecho se dan a la tarea de crear las ramas del derecho social, entre los que tenemos a:

1.- Lucio Mendieta y Nuñez, divide en 7 las ramas del derecho social:

- Derecho del trabajo.
- Derecho agrario.
- Derecho social económico.
- Derecho de la seguridad social.
- Derecho de la asistencia social.
- Derecho cultural.
- Derecho social internacional.

2.- Alberto Trueba Urbina, divide en 6 las ramas del derecho social:

- Derecho del trabajo y de la previsión social.
- Derecho de la seguridad social.
- Derecho cooperativo.
- Derecho familiar.
- Derecho social agrario.

- Derecho social económico.

3.- Gurvich, divide en 4 tipos al derecho social:

- Derecho social puro e independiente.
- Derecho social puro, pero sometido a la tutela del derecho estatal.
- Derecho social anexado por el Estado, pero autónomo.
- Derecho social condensado en el orden del derecho del estado democrático.

A).- DERECHO SOCIAL PURO E INDEPENDIENTE: El derecho social es puro, según Gurvich, cuando llena la función de integrar a los miembros en un todo, sin recurrir a la coacción incondicionada, y es puro e independiente cuando, en caso de conflicto con el orden del derecho del Estado, resulta equivalente a él o superior (derecho internacional, derecho eclesiástico).⁵

B).- DERECHO SOCIAL PURO PERO SOMETIDO A LA TUTELA DEL DERECHO ESTATAL: Se refiere el autor en cita a todos aquellos casos en que la legislación del estado involucra normas que pertenecen a aquel derecho, o bien cuando el estado legisla sobre las mismas cuestiones que son objeto del derecho social, para evitar los posibles abusos de éste. Las normas de derecho social puro quedan entonces en los cuadros del derecho privado (Derecho familiar).⁶

C).- DERECHO SOCIAL ANEXADO POR EL ESTADO, PERO AUTONOMO: Es éste el derecho social que habiendo surgido en el seno de grupos determinados, en vista de la importancia de los fines que persiguen tales grupos, se vuelve obligatorio por determinación de las autoridades del estado. La coacción incondicionada del poder público

⁵ Mendieta y Núñez, L., *El derecho social*, p. 29.

⁶ *Ibidem*, pp. 30, 31 y 32.

sanciona al derecho social autónomo desde que el Estado lo anexa a su orden jurídico (instituciones descentralizadas).⁷

D).- DERECHO SOCIAL CONDENSADO EN EL ORDEN DEL DERECHO DEL ESTADO DEMOCRÁTICO: Son las leyes que establecen la estructura del estado o en otras palabras, del derecho constitucional; es un derecho social porque tiene por objeto integrar a la sociedad en el orden jurídico del estado; pero advierte que el orden de derecho estatal no constituye sino en un solo caso una especie de derecho de integración social, cuando se trata de un Estado netamente democrático.⁸

Cualquier proceso normativo, ya sea consuetudinario o escrito, que se desarrolla en el seno de una comunidad, es de derecho social, siempre que en ese proceso creativo tomen parte todos los integrantes del grupo en un plano igualitario de colaboración y que tenga por objeto realizar y mantener la unión entre sus miembros.

1.2.- INTERNACIONALES

- GRECIA.- Existían organizaciones para socorrer a la población y a los menesterosos.
- ROMA.- Existieron los colegios de artesanos, en los cuales mediante una cuota que cubrían los asociados, se pagaban los gastos de sepelio a los beneficiarios.
- CRISTIANISMO.- Surgen las hermandades y asociaciones de caridad para los más necesitados, su principales fines eran la identidad de cultos, la ayuda mutua y la salvación espiritual de los participantes.

⁷ *Ibidem*, p. 33.

⁸ *Ibidem*, p. 33.

- **EDAD MEDIA.-** Surgen los gremios, las corporaciones y las guildas; los gremios eran los grupos de personas de un mismo oficio (Oficiales), quienes se procuraban la mutua protección; las corporaciones eran organizaciones de oficios regidos por sus propios estatutos, existían normas de calidad de productos, condiciones de trabajo y ayuda mutua; las guildas, sus agremiados eran maestros, oficiales y compañeros o asalariados y aprendices, sus fines eran la protección mutua, la asistencia en casos de enfermedad, muerte, orfandad, viudez, entre otros.
- **ÉPOCA MODERNA.-** Con el maquinismo y la revolución industrial, se agrupan con fines de seguridad industrial y social, y con fines profesionales.
- **ALEMANIA.-** En el año de 1883 surge el seguro obligatorio para los trabajadores, quedando amparados por el Estado contra accidentes y riesgos de trabajo, ya que anteriormente el régimen era de seguro social voluntario. Otto Von Bismarch instituye el seguro para riesgos de enfermedades y en el año de 1889, el seguro contra accidentes de trabajo, que luego se amplía para vejez e invalidez.
- **INGLATERRA.-** En 1907 surge la ley de reparación de accidentes de trabajo y el sistema de asistencia para ancianos; posteriormente en 1911 se promulga la ley denominada *National Insurance Bill*, póliza nacional de seguros, la cual abarcó riesgos de enfermedad, invalidez y paro voluntario, dentro del seguro social Inglés se da una aportación tripartita entre el Estado, el trabajador y el patrón.
- **GRAN BRETAÑA.-** En el año de 1914 se revisa el sistema estatal de seguridad social y en 1942 William Beveridge realiza un estudio sobre la seguridad social y servicios conexos, llamado PLAN BEVERIDGE; es una política social contra la miseria, la enfermedad, la desocupación, la ignorancia con la intervención del estado y de los interesados; en 1948 se crea la ley del seguro nacional, que protege contra accidentes, enfermedades de trabajo, sanidad, atención a la niñez, asistencia y seguro social a desvalidos.

- ESPAÑA.- En 1900 se expide la ley sobre accidentes de trabajo y el seguro voluntario, se responsabiliza al patrón de las consecuencias de los riesgos de trabajo; en 1917, se dicta la ley del seguro social obligatorio y su reglamento y se da a conocer hasta 1921.
- ESTADOS UNIDOS.- En el año de 1929 con motivo de la crisis económica y del desempleo, se crea la ley del seguro social; en 1935 promulga la ley contra la desocupación, vejez, retiro y la ley del seguro de desempleo de los ferrocarrileros en el año de 1946.

1.3.- NACIONALES

En la época precortesiana no existen antecedentes, posteriormente en la época Colonial surgen las cajas de comunidades indígenas, en las cuales los miembros de éstas participaban con aportaciones para que se les ayudara en caso de muerte, riesgos o para las festividades de sus dioses.

La asistencia social que apoyo los fines del Estado Mexicano para alcanzar el desarrollo nacional con justicia social, encuentra sus antecedentes en distintas etapas de la historia del país.

Con la llegada de los españoles a nuestro territorio y la consecuente dominación y conquista, los indígenas eran tratados como esclavos y no tenían ninguna clase de derechos o prerrogativas, motivo por el cual los frailes que llegaron junto con los conquistadores, al ver tantas injusticias decidieron ayudar y proteger a los indígenas de nuestro país siendo las hermandades religiosas los primeros antecedentes del derecho social.

En la época colonial, se crea la Ley de Burgos, en la que se establecen normas de protección a los indígenas; se les otorgaba el derecho a la repartición de un pedazo de tierra (terreno) para que hicieran sus chozas, además de que se pretendía se les diera un buen trato.

Las primeras concepciones de asistencia a la población necesitada se dan a través de los religiosos mediante el concepto de obras de caridad. En esa época Vasco de Quiroga funda los primeros Hospitales de Indios; Fernando Ortiz Cortés, instala la Primera Casa de Cuna y el Virrey Conde de Bucarelli inaugura en 1771 el asilo de pobres o Casa de la Misericordia.

En 1856, es cuando por primera vez en México surge la idea del Derecho Social con Don Ignacio Ramírez El Nigromante a quien se le considera el padre del derecho Social en nuestro país.

En el año de 1756 surge el hospital de los hermanos de la orden de San Francisco (primer antecedente de los hospitales), se atendían a los necesitados quienes no siempre eran enfermos; en el año de 1770 se crean los Montepíos de Viudas y Pupilos, en ellos se realizaban descuentos en los sueldos de los trabajadores que pertenecían al mismo, en beneficio de sus familiares (este es el antecedente del Monte de Piedad, cuyo objeto en un principio fue de ayuda a los familiares de los asegurados y que en la actualidad es totalmente diferente y con fines de lucro).

Con el movimiento armado de 1810, la guerra de independencia, surgen varios documentos con contenido social entre los que se destaca el creado por José María Morelos y Pavón, llamado Sentimientos de la Nación dentro, en el que se establece la igualdad de las personas, que se modere la opulencia y la indigencia, el abatimiento de la ignorancia y la pobreza, entre otras.

En el año de 1861 el presidente Juárez crea la Dirección de Fondos de Beneficencia y exceptúa de toda contribución los bienes afectos al propio fondo, poniendo en vigor el Reglamento interior aprobado por el Supremo Gobierno.

La Ley Villada es creada en 1904, esta ley se refiere a los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, el patrón se obliga en riesgos laborales a cubrir una indemnización al trabajador, pago de salarios, atención médica durante tres meses, si falleciera, el funeral y salario de 15 días.

El gobernador de Nuevo León, Bernardo Reyes en 1906, crea una ley que lleva su nombre, que regulaba sobre los accidentes de trabajo, es una copia de la Ley Villada.

Durante el año de 1914 Manuel Aguirre crea la Ley de Seguridad Social; posteriormente en 1915 Salvador Alvarado, expide un decreto de la Ley del Trabajo estableciendo un Sistema de Seguros Sociales.

Otro antecedente importante que dan origen al pensamiento del derecho social son los movimientos obreros de Cananea y Río Blanco, durante los cuales se pide que se establezca la jornada laboral de ocho horas, la contratación de un 75% de trabajadores mexicanos y el 25% de extranjeros, el pago de cinco pesos como salario mínimo, el derecho de ascenso en la empresa, se pretendía también derogar el reglamento de trabajo que en ese momento los regía.

Con estos movimientos obreros y con todas las injusticias sociales así como la desigualdad de clases dan origen al movimiento revolucionario de 1910, que termina con la creación de la carta magna de nuestro país; la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, supremo ordenamiento en el que se establece el fundamento jurídico del derecho social ya que el artículo 123 se establecen los derechos laborales de los trabajadores, así como se considera de utilidad social el establecer cajas de seguros de invalidez, vida, accidentes, etc.

Siendo presidente de la República Mexicana Porfirio Díaz decreta las primeras leyes relacionadas con la beneficencia privada y en 1920 cuando el gobierno

reorganiza la beneficencia pública, se crea la Lotería Nacional con los recursos y productos económicos de la beneficencia privada.

En el año de 1925 se crea la Ley General de Pensiones Civiles de Retiro, que entre otras cuestiones disponía que, al llegar a los 35 años de edad, o servicio o por inhabilitación para poder trabajar se podía solicitar la pensión de retiro, esta ley se expidió siendo presidente de la República Mexicana Elías Calles, esta Ley es un antecedente directo de la Ley de ISSSTE.

Con fecha 24 de enero de 1929 se constituyó la Asociación de Protección a la Infancia, para prestar asistencia, brindar protección y amparo a los niños de escasos recursos de nuestro país. El 31 de diciembre de 1937 el presidente Lázaro Cárdenas establece la Secretaría de Asistencia Pública y crea la Secretaría de Salubridad y Asistencia, cuyos objetivos eran cuidar a la niñez, disminuir la mortalidad y lograr mejores generaciones para México.

El 31 de enero de 1961 se crea el Instituto Nacional de Protección la Infancia (INPI) y el 15 de julio de 1968 se constituye un organismo público descentralizado denominado Institución Mexicana de Asistencia a la Niñez (IMAN), ambos tenían por objeto contribuir a resolver los problemas de abandono y explotación de los menores. El 10 de enero de 1977 se fusionan el Instituto Mexicano para la Infancia y la Familia y la Institución Mexicana de Asistencia a la Niñez, creándose el Sistema Nacional Para el Desarrollo Integral de la Familia, que actualmente es el organismo encargado de cumplir con las metas y programas en materia de asistencia social por parte del gobierno.

Con el transcurso del tiempo el artículo 123 ha sufrido diversas reformas para adecuarse a las necesidades sociales de la población, surgiendo la inquietud de que los trabajadores cuenten con seguridad social y protección en caso de accidentes y enfermedades de trabajo, reformándose en forma substancial la

fracción XXIX del artículo 123 expidiéndose, la Ley del Seguro Social en 1929 y la cual entra en vigor en 1942-43.

1.3.1.- EN EL ESTADO DE MEXICO

La asistencia social en nuestro Estado inicia con la creación del centro asistencial “La Gota de Leche”, durante la administración del gobernador José Vicente Villada. La atención a la mujer, al menor y a la familia en el Estado de México fue formalmente establecida por primera vez.

Por el Gobernador Salvador Sánchez Colín, al promulgar el Código de Protección a la Infancia para el Estado de México, la cual ordenaba la creación de la Institución Protectora a la Infancia Mexiquense.

En el periodo constitucional del gobernador Gustavo Baz Prada, la Institución de Protección a la Infancia se consolidó y aumentó sus acciones en pro de la infancia y de la mujer. Las necesidades de la población y con la evolución y transformación de la sociedad y de las instituciones, este organismo va cambiado de nombre siempre con la finalidad de proteger a los menores en estado de necesidad y a la mujer desamparada, surgiendo así el 28 de marzo de 1977, mediante Decreto número 148 el Sistema Para el Desarrollo Integral de la Familia del Estado de México DIFEM, expidiéndose el 31 de diciembre de 1986, la Ley de Asistencia Social del Estado de México, cumpliendo así con un mandato constitucional y protegiéndose a los grupos más débiles conformados por menores, ancianos en situaciones de desamparo, personas con alguna discapacidad, mujeres trabajadoras y personas carentes de recursos económicos que requieren de diversas clases de protección.

1.4.- FUNDAMENTO JURÍDICO O BASES CONSTITUCIONALES DEL DERECHO SOCIAL.

Al elevarse al rango de constitucionales las garantías que contemplan artículos como el 4º, 27, 123, entre otros, se establece el Derecho Social y, por lo tanto, el mismo se constitucionaliza, encuentra su fundamento jurídico en los artículos 4º, 5º, 27 y 123 de la Carta Magna.

Pero el derecho social no solo encuentra su fundamento y bases en la constitución del país y las leyes, ordenamientos, reglamentos y demás disposiciones que de ella se derivan, sino también en tratados internacionales, como por ejemplo en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, en sus artículos 22 y 25 en los cuales establece derechos de salud y laborales, así como de seguridad social.

Las Encíclicas de la doctrina católica son los fundamentos sociales y religiosos, son las cartas que dirige el Pontífice a sus fieles, como ejemplo tenemos la encíclica “MATTER ET MAGISTRA” en 1961 y PACEM IN TERRIS en 1963, entre otras muchas.⁹

⁹ “*Manual De Capacitación Sobre los Derechos Humanos*”, editado por la Comisión Nacional de Derechos Humanos, p. 69.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA ASISTENCIA SOCIAL

2.1.- ANTECEDENTES EN MÉXICO DE LA ASISTENCIA SOCIAL.

A partir del año de 1963 surge la inquietud de conceptualizar al derecho asistencial, el cual forma parte de el Derecho Social, es una rama de éste cuyas normas integran la vida del Estado y los particulares destinadas a procurar una condición digna, decorosa y humana para aquellas personas y sociedades pertenecientes al Estado, para que estén en posibilidad de satisfacer por si mismos sus urgentes y apremiantes necesidades.

2.2.- CONCEPTO DE ASISTENCIA SOCIAL.

En ese entendido la Asistencia Social es una actividad de carácter público y en consecuencia financiada con ingresos públicos, basada en los principios de solidaridad de todos aquellos que viven en una comunidad organizada, que encamina sus acciones y objetivos en favor de los económicamente débiles o que se encuentran en un estado de necesidad.¹⁰

Para Francisco Gonzales Días Lombardo, el Derecho de la Asistencia Social, es una rama del derecho social cuyas normas integran la actividad digna, decorosa y humana para aquellas personas y sociedades en sus más urgentes necesidades, para procurarse su propio bienestar social en función de un deber de justicia o altruista.¹¹

La Ley General de Salud en su artículo 167 y la Ley Sobre el Sistema Nacional de Asistencia Social definen a la asistencia social, como un conjunto de acciones tendientes a modificar y mejorar las circunstancias de carácter social que impiden al individuo su desarrollo integral, así como la protección física, mental y social de personas en estado de necesidad, desprotección y

¹⁰ Martín Ramón, Mateo, *Problemas fundamentales, de beneficencia y asistencia social*, p. 602.

¹¹ González Díaz, Lombardo Francisco, *El derecho social y la seguridad social*, p. 60.

desventaja física y mental hasta lograr su incorporación a una vida plena y productiva.

La Ley de Salud del Estado de México, en su artículo 140 menciona que se entiende por asistencia social, el conjunto de acciones tendientes a modificar, disminuir y aún eliminar las circunstancias de carácter social que impidan al individuo su desarrollo integral, así como la protección física, mental y social de personas en estado de necesidad, desprotección o desventaja física y mental, hasta lograr su incorporación a una vida plena y productiva, este artículo se encuentra relacionado con el artículo 3º de la Ley de Asistencia Social del Estado de México.

Entonces la Asistencia Social se concibe como el conjunto de acciones que deben realizarse en beneficio de la población y particularmente de aquellos sectores económicos, sociales, culturales e incluso físicamente menos favorecidos con un matiz de esfuerzos tendientes a fortalecerlos e integrarlos como sectores productivos de la comunidad.

2.3.-PRINCIPIOS DE ASISTENCIA SOCIAL

La asistencia social se encuentra basada en principios fundamentales, como son:

- **PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD:** La asistencia social es universal porque debe de proteger a todos los miembros de la sociedad que lo necesiten, sin hacer ninguna excepción.
- **PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD:** Busca la participación y la cooperación de todos los grupos y clases sociales para alcanzar el bien común y obtener un mejor nivel de vida.
- **PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD:** Esto significa que debe de cubrir o alcanzar todos los estados de necesidad del ser humano; debe de ser preventivo, para evitar que existan personas en estado de necesidad;

- Debe de ser reparador, para subsanar el daño causado; debe ser readaptador y reeducador, para lograr la plena incorporación y reintegración del individuo en estado de necesidad a la sociedad.
- PRINCIPIO DE UNILATERALIDAD DE LAS PRESTACIONES: Consiste en que la asistencia social es gratuita y los beneficiarios no deben de pagar contribución alguna para poder recibir un servicio, ya que tienen derecho a éste por encontrarse en estado de necesidad.
- PRINCIPIO DE COMUNIDAD: Todos los individuos se deben unir entre sí para formar comunidades a través de un vínculo común.
- PRINCIPIO DE LA INSUFICIENCIA DE LAS PRESTACIONES: El estado de necesidad de un individuo será el que determine, la naturaleza de la prestación, así como su monto.

2.4. ASISTENCIA PRIVADA.

Se entiende a la asistencia como una forma de ayudar, de socorrer, el verbo asistir proviene del latín asisto, vocablo que se compone a su vez de la preposición AD que significa acercamiento y el verbo asisto significa estar; colocarse cerca de alguien con la idea de auxiliarlo.

La asistencia privada en nuestro país originalmente encuentra su fundamento legal en la Ley de Instituciones de Asistencia Privada, para el Distrito Federal (Diario Oficial del 2 de enero de 1943, reformada el 7 de enero de 1991). Las Instituciones de Asistencia Privada son entidades jurídicas que con bienes de propiedad particular que ejecutan actos con fines humanitarios de asistencia, sin propósito de lucro y sin designar individualmente beneficiarios; esta Ley reconoce 3 clases de Instituciones de Asistencia Privada: las fundaciones; las juntas de socorro y asistencia y las asociaciones.

Como Asistencia Privada se puede entender el conjunto de acciones realizadas por los particulares sin propósito de lucro y sin designar individualmente a los

beneficiarios, tendiente a mejorar y eliminar las circunstancias que impiden al individuo, su desarrollo integral así como la protección de las personas en estado de necesidad, desprotección o desventaja física y mental y aquellas que como resultado de desastres naturales se encuentren en estado de abandono total o parcial para lograr su incorporación a una vida plena y productiva (artículo 2º de la Ley de Asistencia Privada del Estado de México).

De igual forma, que la asistencia social, la asistencia privada se basa en diversos principios fundamentales como son:

- **PRINCIPIO DE INTERÉS SOCIAL:** Ya que tiende a proteger a todos los miembros que requieran algún bien o servicio, ya sea porque se encuentren en estado de necesidad o abandono total o parcial.
- **PRINCIPIO DE DESARROLLO INTEGRAL:** Tiende a cubrir los estados de necesidad, procurando combatir y prevenir dicho estado de necesidad, con fines de mejorar el nivel de vida de las personas que se encuentran en esta situación.
- **PRINCIPIO DE DESPROTECCIÓN O DESVENTAJA FÍSICA:** Busca mejorar las condiciones de vida de una persona o grupo de personas, que por algún factor económico, social o físico se encuentren en alguno de los estados de necesidad o en abandono total o parcial.
- **PRINCIPIO DE INTERÉS PÚBLICO:** Los particulares al constituir una determinada institución de asistencia privada con recursos y patrimonio propios, brindarán asistencia a quienes más lo necesiten, personas en extrema necesidad, procurando su incorporación a una vida plena y productiva.

2.5. ASISTENCIA PÚBLICA

Resulta que en estricto Derecho la Asistencia Pública esta definida o contenida por el ámbito más amplio de la Asistencia Social, es decir, que el sector público tiene el monopolio de la asistencia social en nuestro país, así tenemos que esta idea generalizada de lo que se entiende por la atención a los grupos vulnerables nace con el Estado moderno cuando siente la necesidad de ser el tutor y regulador de las ayudas a los menesterosos y más necesitados de la sociedad, por lo que se concibe como una obligación y atribución del Estado moderno la aplicación de la asistencia social a la población. En ese orden de ideas en nuestro país como en el resto del mundo la asistencia social fue concebida para desarrollar programa de asistencia a la población vulnerable, así en el sector salud se concentraron los primeros esfuerzos por llevar la ayuda a la población, es por ello que en la administración pública la asistencia social tiene como origen administrativamente en las leyes de salud que hasta en la actualidad contienen las disposiciones que norman la asistencia gubernamental o pública.

En la Ley General de Salud, se establecen que los programas gubernamentales que tienen por objetivo la ayuda a la población desde el punto de vista de la asistencia social, e inclusive existe un capítulo especial que trata de la asistencia social propiamente dicha, encargada a organismos descentralizados de carácter estatal en los tres niveles de gobierno responsables de la aplicación de la asistencia social propiamente dicha, denominados Sistema Para el Desarrollo Integral de la Familia. (DIF Nacional, DIFEM y DIF Municipales).

2.6.-BASES CONSTITUCIONALES DE LA ASISTENCIA SOCIAL

En este contexto las reformas a la Constitución Federal de la República establecen en el artículo 2º lo siguiente: “la nación (mexicana) tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en los pueblos indígenas. La ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos, costumbres,

recursos y formas específicas de organización social y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del estado. En los juicios y procedimientos agrarios en que ellos sean parte, se tomarán en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas en los términos que establezca la ley. El varón y la mujer son iguales ante la ley, ésta protegerá la organización y desarrollo de la familia. Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos. Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la federación y las entidades federativas en materia de salubridad en general, conforme a lo que dispone la fracción xvi del artículo 73 de esta Constitución. toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo. Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La ley determinará los apoyos a la protección de los menores, a cargo de las instituciones públicas”. Así el artículo 115 de la misma Constitución menciona que la legislatura de los Municipios pueden crear leyes o dotar de servicios públicos a su comunidad, de acuerdo con sus condiciones socioeconómicas; así tenemos que la Constitución del Estado de México establece como facultad del Gobernador del Estado, como titular del poder Ejecutivo y responsable de la administración pública la creación de organismos auxiliares, remitiendo para tal efecto a las disposiciones de la Ley Orgánica de la Administración Pública del Estado de México, en sus artículos 45 y 46 que dicen: “Artículo 45: Los organismos descentralizados y empresas de participación estatal, serán considerados como organismos auxiliares del poder ejecutivo y forma parte de la administración pública del estado; Artículo 46: El gobernador del estado podrá solicitar al congreso, la creación de organismos descentralizados; ordenar la creación, fusión o liquidación de empresas de participación estatal o disponer la constitución y liquidación de fideicomisos públicos para la atención del objeto que expresamente les encomiende. El ejecutivo deberá rendir cuenta a la legislatura del uso que hiciere de esta facultad”; en tal virtud para ajustar la actuación del Estado de México a la inercia y disposiciones Federales, que en materia de salud contemplan el ajuste en materia de asistencia social pública desde el punto de vista de la salubridad en general, por tal razón el artículo 40 fracción III de esta disposición legal establece como servicio de salud a la población la asistencia social, y para tal efecto el artículo 51

menciona que la prestación de este servicio será otorgado por el organismo descentralizado denominado Sistema Para el Desarrollo Integral de la Familia del Estado de México. Por otra parte, el artículo 125 fracción X de la Ley Orgánica Municipal del Estado de México, señala como servicio público la asistencia social en el ámbito de la competencia de los Municipios de la Entidad.

Como podrá observarse en México la asistencia social pública acapara toda acción encaminada a la ayuda a los grupos vulnerables, aún cuando sea prestada por organismos internacionales, particulares, organizaciones sociales que auxilien a la población, ya que aún la Ley de Asistencia Privada del Estado de México, como de las demás Entidades Federativas tienden a regular la actividad asistencial en todos sus aspectos.

CAPÍTULO TERCERO

DEL SISTEMA PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LA FAMILIA

3.1.-INTEGRACIÓN

Resulta que al adoptar los tres niveles de gobierno el modelo nacional para la prestación de los servicios de asistencia social a la población, se cumple con la integración de los sistemas Nacional y Estatal de salud en materia de asistencia social, ya que corresponde a los gobiernos de las entidades federativas en materia de salubridad en general el organizar, operar, supervisar y evaluar la prestación de los servicios de salud en materia de asistencia social, toda vez que los servicios que se mencionan y que presta la Federación, los Estados, los Municipios, los sectores social y privado, forman parte del Sistema Nacional de Salud.

3.2.-DESARROLLO INTEGRAL DE LA FAMILIA (DIF NACIONAL)

El 10 de enero de 1977 se crea el Sistema Nacional Para el Desarrollo Integral de la Familia, que tiene la obligación como mandato constitucional proteger a los grupos más débiles de la sociedad, constituidos por menores y ancianos en situación de desamparo, minusválidos y personas carentes de recursos socioeconómicos que requieren de diversas clases de protección, a fin de evitar los riesgos a los que están expuestos, e incorporarlos a una vida más útil y productiva para sí mismos y para su comunidad.

Este organismo se deriva de la Ley General de Salud en su artículo 172 menciona: “El Gobierno Federal contará con un organismo que tendrá entre sus objetivos la promoción de la asistencia social, la prestación de servicios en ese campo y la realización de las demás acciones que establezcan las disposiciones legales aplicables. Dicho organismo promoverá la interrelación sistemática de acciones que en el campo de la asistencia social lleven a cabo las instituciones públicas”.

En este orden de ideas, la Ley sobre el Sistema Nacional de Asistencia Social en su artículo 13 define al Sistema Nacional Para el Desarrollo Integral de la Familia como: “ un organismo público descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propios y tiene como objetivos la promoción de la asistencia social, la prestación de servicios en ese campo, la promoción de la interrelación sistemática de acciones que en la materia lleven a cabo las Instituciones públicas, así como la realización de las demás acciones que establezcan las disposiciones legales aplicables”.

Hoy, el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, se posiciona como la institución rectora de la asistencia social en México, impulsora de programas y acciones encaminadas a mejorar las condiciones de vida de las personas con mayor vulnerabilidad del país y de la mano con sus homólogos estatales y municipales, así como de la sociedad civil organizada, transita desde el ámbito nacional al local, para tener un mejor desarrollo como sociedad.¹²

3.3.-DESARROLLO INTEGRAL DE LA FAMILIA (DIF ESTATAL).

La preocupación del sector público por proteger y asistir en forma institucionalizada a la mujer, al niño y a la familia, surgió en el Estado de México en el último cuarto del siglo XIX, al crearse un organismo mixto denominado patronato de beneficencia.

El 5 de febrero de 1871 y el 28 de abril de 1872 se crearon el Asilo para Menores Huérfanos y el Hospicio para Pobres, respectivamente.

El 5 de abril de 1904 el general José Vicente Villada inauguró oficialmente la Estancia Infantil Gota de Leche, brindando atención médica gratuita y suministrando medicamentos necesarios. Esta institución benefactora fue sostenida durante muchos años por la iniciativa privada.

¹² <http://www.gob.mx./difnacional>

La Gota de Leche se sumó al establecimiento de otros servicios como el Hospicio para Niños Pobres, la Casa Hogar para Niñas Huérfanas y los doce hospitales edificados en el mismo periodo, entre ellos, el Primer Hospital de Maternidad e Infancia.

Durante los años treinta, una vez superados los reajustes derivados de la Revolución Mexicana, la señora Eleazar Hernández de Gómez, esposa del entonces gobernador Filiberto Gómez, convocó a las damas de Toluca, para integrar la Asociación Local de Protección a la Infancia y el Centro Pro-Infancia de Toluca.

La atención al menor, a la mujer y a la familia en el estado quedó formalmente establecida en 1954, cuando la Legislatura Local, a iniciativa del gobernador Salvador Sánchez Colín, promulgó el decreto por el cual se aprobó el Código de Protección a la Infancia por el Estado de México, primer acontecimiento jurídico en su tipo a nivel nacional y el segundo en América Latina.

Fue hasta 1968, en el periodo del gobernador Juan Fernández Albarrán, cuando se estableció la Ley Protectora de la Infancia y la Integración Familiar.

El 31 de marzo de 1975 se aprobó la nueva Ley de Asistencia a la Niñez y de Integración Familiar, presentada por el gobernador Carlos Hank González, quien apoyó ampliamente la labor de su esposa, profesora Guadalupe Rhon de Hank, como presidenta de la institución.

En 1977, el IPIEM se transformó en el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Estado de México

Para 1981, la señora Carmen Maza de Del Mazo fortaleció la conformación legal de los Sistemas Municipales DIF, acción que consolidó la señora Lucía Sáenz de Baranda, presidenta del DIF estatal de 1986 a 1987.

El 31 de diciembre de 1986 se aprobó la Ley de Asistencia Social del Estado de México, ordenamiento jurídico que rige actualmente la actividad de nuestra

institución.

Los trabajos se concluyeron durante la gestión de la profesora Julieta Lechuga de Pichardo (1989-1993) quien, con el apoyo del gobierno estatal y las Unidades de Promoción Voluntaria, remodeló y modernizó el Hospital para el Niño, en ocasión de su 25 aniversario. A ella también se debe la fundación de la Biblioteca Infantil y Juvenil.

Siguiendo las directrices del Sistema DIF Nacional, se operó una nueva estructura programática que incluía las Cocinas Populares, la Atención a los Adolescentes y a los Menores en Situación Extraordinaria, creando para tan efecto el primer Club de la Calle en la ciudad de Toluca.

Tras el compromiso institucional de proteger a niños huérfanos y abandonados, se creó el Albergue Villa Juvenil como una extensión de la Villa Hogar, para albergar a varones de 9 a 18 años de edad.

En 1991 inició la remodelación del Hospital de Ginecología y Obstetricia el cual, por su noble labor en beneficio de las madres de escasos recursos, logró en 1994 el reconocimiento del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia como Hospital Amigo del Niño y de la Madre.

De 1993 a 1995, la licenciada Olga Soto de Chuayffet impulsó durante su administración también se establecieron las Agencias del Ministerio Público Especializadas, la Clínica de Prevención del Maltrato, 16 delegaciones regionales de la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia y catorce Coordinaciones Regionales. Además, la señora Soto de Chuayffet promovió la descentralización de los Sistemas DIF Municipales, a fin de constituirlos en organismos públicos descentralizados con personalidad jurídica y patrimonio propios, logro alcanzado en 1995, con la licenciada María Eugenia San Martín de Camacho.¹³

¹³ <https://difem.edomex.gob.mx/antecedentes>

La Ley de Asistencia Social del Estado de México y Municipios, vigente, menciona que el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Estado de México, es un ente normativo rector que promueve el control adecuado y la vigilancia de la ejecución de políticas y programas de asistencia social que presten los Sistemas Municipales del Desarrollo Integral de la Familia, sin que con ello conculque de manera alguna la autonomía municipal, dándole facultades de apoyo técnico y supervisión a los Sistemas Municipales DIF e instituciones de la sociedad civil, en coordinación con otras instancias.

En su artículo 3 define a la asistencia social, como el conjunto de acciones tendientes a modificar y mejorar las circunstancias de carácter social que impidan al individuo su desarrollo integral, por las circunstancias de vulnerabilidad en que se encuentra, así como la protección física, mental y social, en tanto logra su restablecimiento, para incorporarse a una vida plena y productiva.

Dentro de esta Ley es importante analizar la creación del Sistema Estatal que es un mecanismo permanente de concurrencia, colaboración, coordinación y concertación entre las dependencias y organismos auxiliares de la administración pública estatal y municipal, las dependencias y entidades federales y los sectores social y privado con funciones de asistencia social, refiriéndose que el Ejecutivo del Estado, a través del DIFEM, coordinará el Sistema Estatal, que tendrá diversas atribuciones destacando la señalada en su artículo 3 fracción VII, relativa a coadyuvar con el Sistema Estatal de Salud en la supervisión de las instituciones sociales y privadas que realicen actividades de asistencia social, para la debida observancia de la normatividad aplicable, principalmente en la operación de centros de asistencia social para niñas, niños y adolescentes.

En este sentido la Ley en comento da vida jurídica al DIF Estatal y le encomienda la asistencia social e integración de la familia en representación del

Gobierno del Estado de México y los Sistemas Municipales DIF, en la esfera de su competencia, dejando claro que la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes estará a su cargo de la Procuraduría de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de México y sus representaciones regionales, en coordinación con las procuradurías municipales en la esfera de sus respectivas competencias, éstas tendrán entre otras atribuciones como el ejercer la tutela de niñas, niños y adolescentes que corresponda al Estado, en términos de esta Ley y de la legislación civil, coadyuvando con otras autoridades en acciones de protección de la integridad física, jurídica y psicoemocional, realizar, a través de la Procuraduría de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de México, los estudios en materia de psicología, trabajo social, jurídico y médico que permitan acreditar la idoneidad del adoptante o adoptantes para expedición del certificado de idoneidad, así como dar seguimiento al proceso de integración de las niñas, niños y adolescentes adoptados para verificar su adaptación al núcleo familiar.

3.4.-DESARROLLO INTEGRAL DE LA FAMILIA (DIF MUNICIPALES)

Mediante decreto número 10 de la 49 Legislatura del Estado de México, de fecha 15 de julio de 1985, fue publicada la Ley que crea los Organismos Públicos Descentralizados de Asistencia Social denominados “Sistemas Municipales para el Desarrollo Integral de la Familia “.

Asimismo la Ley de Asistencia Social para el Estado de México y Municipios, en todo su Título Cuarto refiere que los Sistemas Municipales DIF, son Organismos Públicos Descentralizados, con personalidad jurídica y patrimonio propios, que tienen por objeto la promoción de las actividades y acciones relacionadas con la asistencia social, la prestación de servicios asistenciales y la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, los cuales establecerán su domicilio social en la cabecera municipal correspondiente.

Estos Sistemas tendrán respecto del Sistema Estatal, las funciones y atribuciones que les otorga esta Ley, así como las del Decreto de su creación, adicionalmente con base en la concurrencia y colaboración con el DIFEM y con el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia garantizarán la continuidad de las acciones y operación de los programas de asistencia social y protección a la infancia y adolescencia.

Deberán establecer y operar establecimientos asistenciales en el ámbito de su competencia territorial, o mediante acuerdos de colaboración y de concertación de acciones con otros Sistemas Municipales DIF colindantes, bajo las Normas Oficiales Mexicanas o normas técnicas, que emitan las autoridades correspondientes.

Los Sistemas Municipales DIF, en materia de asistencia social y protección de la infancia y adolescencia tendrán diversas atribuciones destacando, entre ellas, las relacionadas a la protección de la Infancia las siguientes:

- El Difundir y ejecutar acciones que favorezcan la paternidad y maternidad responsable, que propicien la preservación de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental, atendiendo al interés superior de ellos. VI. Realizar acciones que tiendan a la prevención, protección y atención a niñas, niños y adolescentes migrantes que sean víctimas del delito de trata de personas.
- Apoyar en el ejercicio de la tutela y protección de niñas, niños, adolescentes e incapaces, que corresponda al Estado, en razón de su domicilio, en la protección de niñas, niños y adolescentes e incapaces que carezcan de familiares, así como asistirlos en los procedimientos judiciales civiles y familiares que les afecten, de acuerdo con las disposiciones legales correspondientes.

- Coadyuvar con el Ministerio Público, aportando los elementos a su alcance en la protección de niñas, niños y adolescentes e incapaces que carezcan de familiares o que requieran de medidas especiales de protección en los procedimientos judiciales civiles y familiares que les afecten, de acuerdo con las disposiciones legales correspondientes.
- Apoyar en auxilio de la autoridad judicial, a los particulares, cuando lo soliciten en los procedimientos judiciales relacionados con los juicios de divorcio, guarda y custodia, alimentos, patria potestad, estado de interdicción, tutela, curatela, realizando los estudios socioeconómicos y psicológicos que sean solicitados por la autoridad judicial y por las partes interesadas, con la limitante de la disponibilidad de la especialidad en que se requiera.

CAPITULO CUARTO

MEDIDAS PROTECTORAS DE MENORES

4.1. CONCEPTO

Las medidas protectoras de menores deben entenderse como aquellas normas materialmente orientadas a la clara salvaguarda de una de las partes de la relación jurídica o social que giran en torno a la existencia de una parte débil en la misma. Las medidas motivo del presente estudio tienen como piedra angular y principio insustituible el *interés superior del niño*. Sin duda este principio en la protección del menor es considerado como de aplicación imperativa e inmediata, de obligatorio respeto y cumplimiento, lo cual implica que en todo momento las políticas, acciones y toma de decisiones relacionadas con esta etapa de la vida humana, tendrán que realizarse de tal manera que, en primer término, se busque el beneficio directo del niño o niña a quien van dirigidas.

La Organización de las Naciones Unidas declaró al año de 1985: “Año Internacional de la Juventud”; con ese motivo se celebraron varias reuniones internacionales sobre la protección integral de las niñas, los niños y los adolescentes como parte de una política de justicia social encaminada a lograr orden y paz para toda la población.

Con posterioridad, en 1990, se acordaron las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, Conocidas como las Directrices de Riad,¹⁴ cuyas declaraciones se centraron en prevenir la delincuencia juvenil, recomendando la participación de toda la sociedad para alcanzar la eficacia en la tarea de procurar el desarrollo armonioso de los adolescentes a partir de respetar y cultivar su personalidad desde la primera infancia. Este documento instaba a reconocer a los jóvenes como sujetos que

¹⁴ Resolución 45/112 de la Asamblea General de las Naciones Unidas 14 de diciembre de 1990.

debían desempeñar una función activa y participativa en la sociedad y no como objetos de socialización y control.

El acuerdo anterior en conjunto con varios más con la misma línea temática, culminaron en la Convención sobre los Derechos del Niño, en la cual se abordó toda la problemática que gira alrededor de las personas, desde su nacimiento hasta los 18 años de edad, ya fuera de carácter político, social, educativo, sanitario, entre otros. Este documento asumió la doctrina de la “protección integral de los derechos de la infancia”, que considera a los infantes como sujetos de plenos derechos. En esta Convención, los estados signantes se comprometieron a promover las normas jurídicas necesarias para establecer procedimientos e instituciones jurídicas para establecer procedimientos e instituciones especializadas en el tratamiento de menores de edad siempre respetando sus derechos fundamentales, tanto sustantivos como procesales.

La Convención define, en su artículo 1º, lo que se debe entender como niño a todo ser humano menor de 18 años de edad, también menciona lo diferente que puede llegar a ser la psicología evolutiva de cada ser humano y la práctica legislativa en cada región del mundo y, con ello, da la pauta para fraccionar este rango de edad en distintos niveles como, por ejemplo, diferenciar a los niños de los adolescentes, lo cual es comprensible atendiéndose a las necesidades propias de cada una de las etapas tempranas del desarrollo humano.

Nuestro país, al suscribir la “Convención sobre los Derechos del Niño”, se obligó a establecer un sistema de procuración e impartición de justicia orientado a conceder a niñas, niños y adolescentes, la calidad de sujetos de derecho y titulares de garantías. Este sistema encontró su fundamento en el artículo 1º de la Constitución Federal que reconoce a todas las personas como sujetos de garantías, entre las que también se encuentran los menores de 18 años, así como también en los párrafos sexto y séptimo del artículo 4º constitucional, que establecen con toda nitidez la obligación del Estado de proveer lo necesario a

fin de garantizar el ejercicio pleno de los derechos de la niñez. El texto de los citados párrafos establece lo siguiente:

Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en una sentencia emitida el 18 de abril del año 2007, nos aclara el concepto del interés en cuestión, afirmando en este sentido que "En términos de los artículos 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (ratificada por México y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991); y 3, 4, 6 y 7 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, los tribunales deben atender primordialmente al interés superior del niño, en todas las medidas que tomen concernientes a éstos, concepto interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cuya competencia aceptó el Estado Mexicano el 16 de diciembre de 1998 al ratificar la Convención Interamericana de Derechos Humanos) de la siguiente manera: "la expresión 'interés superior del niño' ... implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño".¹⁵

En México, y prácticamente en el resto del globo terráqueo, los menores conforman uno de los sectores más vulnerables y que ameritan una atención prioritaria. Tales características, deben poner en alerta a los poderes

¹⁵ Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. XXVI, Julio de 2007, Tesis 1a. CXLI/2007, p. 265, Materia: Civil, Tesis Aislada.

Legislativo, Ejecutivo y Judicial mexicano, por lo tanto, el principio toral que debe permear en la elaboración de las medidas encargadas de proteger a los menores es, precisamente, el interés superior del menor. El interés superior del menor debe estar ubicado en la cúspide de todo sistema de protección de menores y, por lo tanto, servir como pieza clave para la promoción de los derechos de la niñez. Tal interés se encuentra localizado esencialmente en: 1. El respeto de los derechos sus derechos fundamentales como los de todos los individuos; y 2. En el libre desarrollo de su personalidad. Una renovación importante, desde el momento que se considera al menor como sujeto social, fuera del ámbito exclusivamente familiar y, a la vez, como auténtico titular de verdaderos derechos subjetivos.

4.2. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE MENORES

4.2.1. CONCEPTO DE JURISDICCIÓN.

El vocablo jurisdicción se deriva de los términos *ius* y *dicere*, que significan: declarar; decir el derecho; lo anterior desde el punto de vista etimológico.

La delimitación de este concepto, así como de sus características pueden construirse a través de las concepciones que diversos autores han venido ofreciendo en sus obras.

Desde el punto de vista jurídico, Ugo Rocco¹⁶ manifiesta: “La función judicial o jurisdiccional, es pues la actividad con que el Estado interviene a instancia de los particulares, a fin de procurar la realización de los intereses protegidos por el derecho, que han quedado insatisfechos por la falta de actuación de la norma jurídica que los ampara.”

¹⁶ Pallares Eduardo, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, Porrúa, México 1994, p. 511.

El profesor Miaja de la Muela define este concepto señalando que “la jurisdicción es, pues, una competencia potencial, y la competencia, jurisdicción actual sobre un determinado asunto. La distinción entre jurisdicción y competencia nace necesariamente de la pluralidad de tribunales en un mismo país”¹⁷

Para el Profesor Silva “se suele afirmar que cada Estado tiene una jurisdicción. En realidad, la jurisdicción es un concepto único que corresponde a la función de decidir los litigios *inter partes*. Esta función la tienen todos y cada uno de los Estados modernos. La jurisdicción en sí no tiene nacionalidad”.¹⁸

De acuerdo al autor Contreras Vaca la competencia supone un límite a la jurisdicción, entendida ésta como la función soberana del Estado para resolver con fuerza vinculante una controversia, representando la competencia el límite impuesto al órgano jurisdiccional para hacer uso de dicha función.¹⁹

Para los profesores Calvo Caravaca y Carrascosa González, la jurisdicción es “el poder de los tribunales de un Estado de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado...Es la actividad propia del Poder Judicial de cada Estado. La jurisdicción opera en relación a todo tipo de relaciones jurídicas con o sin elementos extranjeros, internas o internacionales”.²⁰

Eduardo Couture afirma que la jurisdicción es “la función pública, realizada por los órganos competentes del Estado, con las formas requeridas en la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos o controversias de relevancia jurídica, mediante

¹⁷ Miaja de la Muela, A., *Derecho Internacional Privado, t. II: Parte especial*, 3ª. Ed., Madrid, 1963, pp.435 y 436.

¹⁸ Silva, J. A., *Derecho internacional sobre el proceso. Procesos civil y comercial*, México, McGraw-Hill, 1997, p 74.

¹⁹ Contreras Vaca, F. J., “La competencia judicial en México y en la esfera internacional a nivel interamericano”, *Jus*, Ciudad Juárez, México, 1986, p. 357.

²⁰ Calvo Caravaca, A. L., Carrascosa González, J. et al., *Derecho internacional privado*, 2ª ed., Granada, Comares, 2000, vol. II.

decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución”.

De las anteriores concepciones doctrinales se puede determinar que los rasgos constitutivos de la jurisdicción se resumen en que:

- a) Es una actividad del Estado.
- b) No se puede desarrollar, sino a instancia de los particulares que tienen motivos especiales para que el poder jurisdiccional actúe.
- c) Procura la realización de los intereses protegidos por el derecho necesario para que la acción prospere y, en consecuencia, que la función jurisdiccional actúe.
- d) Cuando los individuos no gozan de los derechos que nacen por Ley, la parte interesada puede hacer que la función jurisdiccional intervenga.

El objeto del acto jurisdiccional es algo concreto, preciso, que coincide con el acto culminante de la resolución, en cambio, el fin del acto jurisdiccional es de orden público e implica un estado de derecho, fundamento de toda la sociedad. El objeto es concreto, el fin es abstracto. Frecuentemente se confunden las palabras jurisdicción, fuero y competencia.

La palabra fuero expresa, unas veces, legislación especial, otra jurisdicción especial (fuero militar, por ejemplo; la jurisdicción se diferencia de la competencia, ya que aquélla es el género y ésta, la especie).

Las clasificaciones de la jurisdicción son numerosas. Por razón de la potestad que emanan, se ha dividido históricamente en secular y eclesiástica, pero la mayoría de los países la han desaparecido, puesto que rechazan la injerencia de la iglesia en la función jurisdiccional.

La mayoría de los autores clasifican la jurisdicción tomando en cuenta la

materia (civil, penal contencioso-administrativa, fiscal, del trabajo, etc.); en consideración a la naturaleza del tribunal que la ejerce, al procedimiento y a la amplitud de su cometido, en: común y especial, y en razón con su ejercicio en: propia, forzosa y prorrogada.

Es así que la jurisdicción, como “facultad de administrar justicia”, constituye un poder, poder que desde el monismo jurídico “pertenece al Estado de manera privativa, que no se puede delegar”, resulta relevante a lo anterior el criterio que adopta el profesor Fernández Arroyo, quien sostiene que “debe saberse que el término jurisdicción se ha manejado siempre con una connotación de potestad pública cuyos cimientos esenciales son fijados por el constituyente y cuyo alcance concreto es determinado por el legislador”²¹. Por lo tanto, el poder de administrar justicia proviene de nuestra Constitución Política, misma que expresamente establece en su artículo 13 que: “nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales”, en concordancia a dicho numeral el artículo 14 de la ley suprema en cuestión se prevé lo siguiente: “Nadie podrá ser privado de la vida, libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los Tribunales previamente establecidos...” en ese entendido la jurisdicción es un atributo de la soberanía y se determina por motivos de orden constitucional, políticos, internacionales o económicos de gran importancia; consecuentemente, nunca es producto de la voluntad de los particulares, sino que dimana directamente de la ley por ser un atributo de la soberanía.

El término jurisdicción, entendido como una potestad soberana del Estado tendiente a salvaguardar los intereses protegidos por el orden jurídico, cobra especial relevancia en cuanto al tema motivo de la presente investigación, ya que conforme a lo dispuesto por el artículo 4o. Constitucional que establece el desarrollo integral, el respeto a la dignidad y derechos de la niñez, así como los artículos 3o., 7o., 9o., 12, 18, 19, 20 y 27 de la Convención sobre los Derechos

²¹ Fernández Arroyo, D.P., *Derecho internacional privado de los Estados del Mercosur*, Argentina, Zavalia, 2003, pp. 137 y 138.

del Niño, ratificada por México el 21 de septiembre de 1989, se vincula al Estado Mexicano a garantizar el interés superior del niño el cual -como ya se ha señalado al inicio del presente capítulo- corresponde a la atención que el Estado debe proporcionar a la infancia para el efecto de garantizar su desarrollo integral, tanto físico como emocional, que les permita alcanzar la edad adulta y una vida sana.

La obligación que se refiere se encuentra establecida en el artículo 4º Constitucional, que en su parte relativa establece:

“El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.”

Como se desprende del párrafo anterior del artículo 4º Constitucional, el Estado debe ser garante de los derechos de la infancia, por lo que los tres poderes, tanto el legislativo, el judicial y el ejecutivo, dentro de sus respectivas esferas de competencia deben garantizar ese interés superior de la niñez.

4.2.2. CONCEPTO DE COMPETENCIA.

La competencia supone un examen de la distribución jurisdiccional entre los diferentes órganos de la misma, constituye “la capacidad que el Estado concede al órgano jurisdiccional para que, a su nombre, ejerza la función de administrar justicia”²².

La competencia es la porción de la jurisdicción que se atribuye a los tribunales que pertenecen al mismo órgano jurisdiccional. Se distingue lógicamente de la jurisdicción como el todo se distingue de la parte. En sentido objetivo la competencia es el conjunto de asuntos o procesos o relaciones jurídico-procesal (causas en que el juzgado ó tribunales pueden ejercer conforme a la

²² Zavala Baquerizo, Jorge, *El proceso penal*, tomo I, 4ª ed., Bogotá, 1989, p.122.

Ley su jurisdicción).

En sentido subjetivo es con relación al órgano jurisdiccional el derecho, así como a la vez el deber de conocer de un asunto determinado; con relación a las partes, constituye el derecho de llevar ante ese órgano el asunto y el deber de sometimiento a la actividad (complejo de poderes jurisdiccionales del órgano).

Véanse algunas definiciones que nos brindan los juristas: CHIOVENDA: "Es el conjunto de causas en que con arreglo a la ley puede un Juez ejercer su jurisdicción, y la facultad de ejercerla dentro de los límites en que le está atribuida".

GUASP: "es la atribución a un determinado órgano jurisdiccional de determinadas pretensiones con preferencia a los demás órganos de la jurisdicción, y por extensión, la regla ó conjunto de reglas que deciden sobre dicha atribución".

CARNELUTTI: "Es la extensión de poder que pertenece (compete) a cada oficio o a cada componente del oficio en comparación con los demás".

El Código de Procedimientos Civiles vigente para el Estado de México Código, en su artículo 1.30 señala los requisitos esenciales para que los Jueces y Tribunales tengan competencia, requerimientos que consisten en:

- I. Que el conocimiento del negocio en que intervengan, esté atribuido por la ley a la autoridad que ejerzan;*
- II. Que les corresponda el conocimiento del negocio con preferencia a los demás Jueces o Tribunales de su mismo grado.*

Generalmente, la doctrina conceptúa la competencia como la medida, el rasero de la jurisdicción, estableciendo una relación de género y especie con la

Jurisdicción. La competencia hace que la jurisdicción sea una potestad potencial, pues al ejercerse en acto, en el caso concreto, se transforma en competencia. Sin embargo, tenemos que, *lo que se divide, reparte o distribuye entre los distintos órganos jurisdiccionales no es la potestad jurisdiccional sino el “ámbito” (material, territorial, funcional, o el aspecto cuantitativo de la relación jurídica controvertida) sobre el cual se ejercita la función jurisdiccional, pues aquél puede ser muy variado.* Surge, de este modo, la noción de competencia, a la cual, de acuerdo con todo lo dicho, no cabe concebirla como la parte de la jurisdicción que se le atribuye a un órgano jurisdiccional, ni tampoco como la medida de la jurisdicción que se asigna a aquel; ésta, o sea, la competencia, no es más que la parte del ámbito sobre el cual se ejercita toda la función jurisdiccional.²³

De todo lo dicho se sigue que, en realidad, lo que puede disponerse es que la potestad jurisdiccional que un tribunal tiene atribuida en su totalidad, sólo sea ejercida por éste sobre determinadas materias, en una definida región del territorio nacional y sólo cuando el valor del objeto litigioso alcance una determinada cantidad; puede, asimismo, restringirse la actuación de dicho tribunal a una parte del proceso (en primera instancia, en segunda instancia o en casación); pero, aún y cuando esta función sea ejercida por múltiples órganos jurisdiccionales, la jurisdicción continuará siendo una sola. Precisamente por ello se afirma que todos los jueces tienen jurisdicción, pero no todos tienen competencia para conocer en un determinado asunto.²⁴

De cuanto se ha tenido la oportunidad de decir, se concluye, entonces, que la competencia no es más que el poder o facultad que, habiéndose requerido la actuación jurisdiccional del Estado, por ministerio de la ley, es atribuida a un determinado órgano perteneciente al Poder Judicial (Tribunal), y no a otro, para

²³ Montero, J., Ortells, M. y Gómez, J. *Derecho jurisdiccional*, 2ª. ed., Vol. I. Barcelona. José María Bosch Editor, S.A., 1991, p. 63.

²⁴ Couture, E. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª. ed., Buenos Aires. Ediciones De Palma, 1981, p. 44.

decidir un particular asunto que (atendiendo a las circunstancias referidas a la materia, cuantía, territorio o por expresa asignación de ley), es sometido a su consideración y, de ser necesario, hacer ejecutar lo que ha sido decidido por él.

En la definición que se propone se destaca lo siguiente:

a). Que la competencia, así como permite asignar a aquel determinado juez que, perteneciendo a la estructura organizativa del denominado Poder Judicial de un Estado, la ley, atendiendo a criterios predeterminados (la materia, la cuantía, el territorio, el grado, el turno, etc.), confiere el poder o facultad de decidir el mérito de un asunto sometido a su consideración; recíprocamente, valga la pena destacar desde ya, esa asignación del poder de decidir a un determinado juez genera, para los demás jueces integrantes del Poder Judicial, el deber de abstenerse, en lo sucesivo, de pretender conocer y decidir ese específico asunto.

b). Que si bien es cierto que los factores que determinan la asignación a un juez del poder de decidir una particular causa, han de estar definidos previamente por la ley, sin embargo, esa asignación no tiene lugar, en abstracto, en las previsiones de la misma ley sino, por el contrario, una vez que, mediante el ejercicio del poder de la acción, se ha instado la actuación del órgano jurisdiccional, vale decir, después que se ha instaurado el proceso, de tal suerte que, se afirma, esta asignación no puede tener lugar sino en el proceso. Que ello debe entenderse de este modo queda perfectamente claro al advertir que, si esta asignación tuviera lugar en abstracto (en el postulado de la ley), entonces, no sólo se estaría ante el evento de que tan pronto como se produzca la insatisfacción del interés jurídico de un justiciable, varios jueces serían, al mismo tiempo, competentes para decidir una sola causa, sino que, además, esos varios jueces serían competentes para decidir una particular causa que, precisamente por no haberse ejercido el poder de la acción, no ha sido

sometida a la consideración de ninguno de ellos y esto, como se podrá suponer, es manifiestamente imposible.

4.2.3. LA RELACIÓN ENTRE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.

La jurisdicción es, según se ha señalado, la soberanía del Estado aplicada a la función de administrar justicia, esto es, la potestad del Estado para someter o doblegar los intereses de los particulares al interés colectivo en la satisfacción de los intereses de los justiciables a través del proceso, mediante la aplicación de las normas del derecho objetivo. Concebida así la jurisdicción, resulta evidente que cualquiera que sea la clase de conflicto o la necesidad de satisfacer un particular interés jurídico que requiera su intervención, la materia a la cual se aplique y las personas que sean parte en esos procesos, se tratará siempre de la misma función jurisdiccional y del mismo derecho, muy a pesar de que esta función sea ejercida por múltiples órganos jurisdiccionales. Así las cosas, se comprende que no podrá asignársele válidamente el poder o facultad de decidir el mérito de una causa, de proveer respecto de la satisfacción de un determinado interés jurídico, a ningún órgano que no detente la potestad jurisdiccional. En pocas palabras: no puede haber competencia sin jurisdicción.²⁵

De lo que se acaba de decir bien puede concluirse que la jurisdicción es un presupuesto indispensable de la competencia.

La jurisdicción es, como se ve, una potestad pública, genérica, que es inherente a todos los tribunales, en cuanto integrantes del denominado Poder Judicial del Estado, en virtud de la cual éstos (o sea, los tribunales) se encuentran investidos de una amplia gama de poderes que bien pueden ser ejercidos durante el proceso (*notio, vocatio, coertio, iuditio* y *executio*); sin embargo, para

²⁵ Devis, H. *Compendio de derecho procesal*, 14ª. ed., Vol. I. Santa Fe de Bogotá. Editorial ABC, 1996, p. 133.

que un determinado juez (o tribunal) pueda dictar la decisión de mérito en el asunto sometido a su consideración, con plena eficacia y validez, se requiere que éste sea competente.

Consecuencia directa de lo que se acaba de mencionar es que la jurisdicción, en tanto que potestad pública, genérica e inherente a todos los tribunales para procurar la satisfacción de los intereses jurídicos de los justiciables (misión ésta que, sin embargo, no se agota en ella), no requiere que el juez a quien corresponda hacer efectiva esa satisfacción, sea siempre el competente para decidir el fondo de la causa, puesto que es perfectamente posible que la satisfacción inmediata de tales intereses jurídicos esté, en ocasiones, divorciada de los efectos que se derivarían de la sentencia de mérito.

En pocas palabras: un juez, en tanto que está investido de jurisdicción, si bien puede ordenar la realización de cualquier acto de sustanciación y decretar medidas cautelares, decidir respecto de su propia competencia o incompetencia e, incluso, decidir respecto si habría o no jurisdicción²⁶, sin embargo, sólo podrá producir una decisión sobre el mérito del asunto sometido a su consideración, si es efectivamente el competente para ello (por razones de la materia, la cuantía, el territorio y/o el grado).

Se ha señalado que la jurisdicción es un presupuesto de la competencia y que, en razón de ello, se debe estar investido de jurisdicción para poder recibir la facultad de decidir el mérito de un asunto. Esta afirmación trae aparejada una necesaria consecuencia: dado que sólo puede ser competente para decidir el fondo de un asunto un órgano que esté investido de jurisdicción, el conflicto de competencia, mejor dicho, la discusión respecto de cual ha de ser ese órgano que deberá decidir el mérito de un determinado asunto, sólo podrá presentarse entre órganos investidos de jurisdicción, vale decir, entre órganos

²⁶ Calamandrei, P. *Instituciones de derecho procesal civil*. Vol. I. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa América, 1973, p. 245.

jurisdiccionales. Por lo tanto, el conflicto de competencia es una cuestión endógena al Poder Judicial de un Estado.

Del mismo modo, queda perfectamente claro que, siendo la jurisdicción un presupuesto necesario de la competencia, ningún juez podrá reclamar que se le asigne a él la facultad de decidir el mérito de un determinado asunto cuestionando la jurisdicción del juez que venía conociendo de aquel, puesto que, de declararse con lugar la “falta de jurisdicción” del juez que originalmente veía conociendo de la tal causa, el efecto jurídico que de dicha declaratoria se derivaría es que la pretensión deducida no es atendible jurisdiccionalmente y, por lo tanto, ni el juez que venía conociendo del asunto, ni el que en la hipótesis que estamos tratando habría cuestionado la jurisdicción de aquel, ni ningún otro juez integrante del Poder Judicial del Estado podrá conocer ni mucho menos decidir el fondo de la misma.

En tal virtud, existe **conflicto de jurisdicción** cuando se discute que un determinado asunto sometido a la consideración del juez, no corresponde en absoluto a la esfera de poderes y deberes que idealmente están comprendidos en la función potestad de administrar justicia, atribuida a los órganos del Poder Judicial. En estos casos, resulta que no solamente el juez ante el cual se ha deducido una pretensión determinada no puede conocer del mérito de ella, sino que ningún otro juez u órgano del Poder Judicial tiene la posibilidad real de hacerlo.

Como se podrá comprender, el conflicto de jurisdicción trae consigo el problema de tratar de establecer si el poder de conocer y decidir una determinada causa corresponde, en general, a los jueces de un determinado país, considerados en su conjunto como contrapuestos a los jueces extranjeros o a los órganos de la administración pública y demás entes y órganos pertenecientes al sistema de justicia pero no integrantes del Poder Judicial.²⁷ Así las cosas, *el “conflicto de*

²⁷ Carnelutti, F. *Sistema de derecho procesal civil*. Vol. II., t. IV, Buenos Aires. Unión Tipográfica

jurisdicción” implica un problema externo a la estructura orgánica del Poder Judicial de un determinado país, cuya resolución deviene, necesariamente, en esclarecer si un determinado asunto es tutelable o no ante esos órganos jurisdiccionales.

Lo que se ha dicho anteriormente sirve de base para que se afirme que la denominada “falta de jurisdicción” no puede estar referida, nunca, al órgano jurisdiccional puesto que éste, tiene jurisdicción, está plenamente facultado para declarar la imposibilidad de brindar tutela judicial a un determinado asunto; que el defecto de jurisdicción, así concebido, está referido a la pretensión misma puesto que la misión de brindar solución a aquella, bien podría estar asignada a un órgano de la Administración Pública, a un juez extranjero o a un tribunal arbitral (que, como se sabe, integra el sistema de justicia pero no forma parte del Poder Judicial), en pocas palabras, *el defecto de jurisdicción, está referido, simplemente, a la prohibición de actuar que, en determinados casos, le es impuesta por la ley (y nada más que por ministerio de la ley), a los órganos jurisdiccionales.*

En efecto, cada vez que se solicita la actuación de algún órgano jurisdiccional, la primera actividad que corresponde desarrollar a éste consiste en resolver el problema relativo a si lo que le pide el justiciable cae o no dentro de la frontera que le demarcan los precisos límites que habilitan su actuación y, de éste modo, determinar previamente si a los órganos que integran el Poder Judicial les corresponde en concreto la atribución de proveer sobre el mérito del asunto sometido a su consideración (acogiendo o desechando la pretensión) o si, por el contrario, tan sólo les corresponde la atribución de proveer respecto de los presupuestos del proceso, para rehusar o declinar el tener que decidir respecto del mérito del mismo.²⁸

Editorial Hispano Americana, 1993, p. 196.

²⁸ Redenti, E. *Derecho procesal civil*. Vol. I, t. I, Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa América, 1957, p. 125.

En pocas palabras: el juez debe indagar previamente si el asunto sometido a su consideración, tal y como se le presenta en el libelo de la demanda, resulta subsumible en por lo menos uno de los esquemas legales típicos abstractos respecto de los cuales la legislación vigente autoriza la actuación de los órganos del Poder Judicial, para conocer de tal (es) asunto (s) y emitir decisiones judiciales para tutelarlos.

Así, pues, si el resultado de esta operación del juez, que es esencialmente de derecho, es afirmativo, es decir, si el asunto es ciertamente reducible a un esquema respecto del cual la ley dispone que los órganos del Poder Judicial deben actuar y consecuentemente emitir providencias judiciales de un cierto tipo para tutelar la aspiración del justiciable, entonces el juez deberá concluir que tiene jurisdicción para producir, en la oportunidad legal correspondiente, en caso de que concurren los requisitos legales pertinentes, decisiones de aquel tipo. Pero, si, por el contrario, el resultado de esta operación es radicalmente negativo, vale decir, que atendiendo a las circunstancias particulares del caso, éste no resulta reducible a un esquema respecto del cual la ley dispone expresamente que los órganos del Poder Judicial pueden actuar válidamente para emitir providencias judiciales para tutelar la aspiración del justiciable (bien porque se trate de causas que, dada su particular naturaleza, no son de contenido jurisdiccional o deban ser resueltas por tribunales extranjeros, por los órganos de la Administración Pública o por órganos o entes integrantes del sistema de justicia que, sin embargo, sean ajenos al Poder Judicial), entonces, el juez no podrá más que declarar que ni él mismo ni ningún otro puede dictar sentencias de esa índole al respecto. Estas limitaciones externas a la actuación jurisdiccional se consideran por la ley, establecidas no en interés de las partes sino en interés general, según los principios que informan la institución de la función jurisdiccional y las relaciones con los otros órganos del Estado.²⁹

²⁹ Liebman, E. *Manual de derecho procesal civil*. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa América, 1980, p. 18.

Ahora bien, es raro que en un estado haya un solo tribunal (o dos, o tres, formando dos instancias y un recurso superior); de un lado, la complejidad de los trabajos jurisdiccionales (civiles, laborales, sobre la administración, penales, fiscales) y de otro, la extensión geográfica y la gran población de casi todos los Estados, impone una distribución jurisdiccional entre los diferentes órganos de la misma, dentro de cada orden jurisdiccional habida cuenta de su pluralidad.

Para la distribución competencial, se utilizan diversos criterios, como son:

- a) Territorial. - Esta está referida directamente al territorio que comprende el domicilio de las personas y la situación de las cosas.
- b) Funcional o jerárquica. - Obedece a los varios grados de jurisdicción, es decir, la estructura orgánica. La que tienen los tribunales para conocer por razón de la instancia en que el juicio se encuentre. Los tribunales de primera instancia solo conocen de ésta, y así sucesivamente.³⁰
- c) Objetiva: se funda en el objeto del proceso que comprende materia y cuantía, y determina qué tipo de tribunal de primer grado debe conocer con exclusión de los demás del mismo tipo respecto del asunto planteado.

Por Materia o Naturaleza se conceptúa el contenido, la esencia de la relación jurídico-material ó pretensión material, y por cuantía el valor de la demanda, esto es, el valor de los objetos pretendidos en la demanda.

La competencia territorial es prorrogable. a través de la sumisión expresa o tácita, puede llevar el conocimiento del asunto a un juez que en principio no esta señalado para conocer del caso, este aspecto ha sido plasmado en el artículo 1.33 del Código de Procedimientos Civiles vigente en el Estado de México.

³⁰ Ob. Cit., Pallares, E., p. 165.

Las otras dos: Funcional o Jerárquica y Objetiva, no son prorrogables, sus normas son de orden público, de aplicación preceptiva u obligatoria.

4.2.4. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA EN MATERIA DE PROTECCIÓN A LOS MENORES, DESDE LA OPTICA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

Como ya ha quedado asentado, el estado tiene entre sus diversas funciones la protección y realización de los intereses consagrados por el derecho. En el caso que ocupa a la presente investigación, es decir la protección de los menores, ésta siempre ha despertado el interés del grupo social al cual pertenece. Desde el grupo primario, la familia hasta la entidad social superior, el estado, ha desarrollado mecanismos destinados a proveer la protección y representación de los menores.

En distintos momentos históricos se han planteado diversas soluciones ante el mismo hecho; sin embargo, éstas se reducen a dos, según el principio en que se basen: la intervención de la familia o el control por parte de la autoridad pública. La intervención de la familia y del Estado se conjugan, pretendiendo con ello un equilibrio entre los aspectos públicos y privados de la protección de menores.

La realidad histórica ha comprobado la inoperatividad del grupo familiar para resolver satisfactoriamente la protección de los menores huérfanos o de aquellos que aun no siéndolo, no están sujetos a la patria potestad de sus ascendientes. Esta insuficiencia, aunada a la evolución social y jurídica, ha motivado, en la mayoría de los países, el tránsito del sistema tutelar de control de familia al de autoridad, a través de los órganos judiciales y administrativos.

El Sistema Mexicano ha sido, desde el siglo XIX, de control de autoridad con intervención de órganos de carácter jurisdiccional y administrativo; además de

la presencia del Ministerio Público, sin pasar por alto un órgano de control de carácter privado, como lo es el curador.

Primero, durante la vigencia de las Partidas, se estableció un sistema de autoridad, y con la implantación del Código Civil de 1870, se confirmó el sistema de autoridad, con intervención constante del juez y del Ministerio Público. El Código Civil de 1884 no estableció ningún cambio significativo en relación con el sistema de autoridad confirmado en la Ley de Relaciones Familiares y el Código Civil de 1928.

El multicitado artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos expresa: *“El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y desarrollo de la familia.*

Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.”

Este texto debe entenderse como un derecho humano de que gozan todos los menores. Consecuentemente, es responsabilidad de toda autoridad, no sólo respetarla, sino promover a través de las instituciones públicas la satisfacción de las necesidades de los menores, pues el mandato constitucional no se limita a enunciar una garantía, sino establece una obligación de apoyar y proteger a los infantes para que éstos logren su desarrollo físico y mental. El Estado, a través de sus poderes, actúa de manera que la asistencia que se imparta resulte efectiva.

Al haber elevado a rango constitucional la protección de la familia y de los menores, con preponderancia del Estado en su tutela, se demuestra la necesidad de un “orden jurídico de mayor jerarquía para su protección y la

existencia de un sistema administrativo dentro del cual puedan moverse las autoridades sin afectar el interés privado, para exigir el cumplimiento de las garantías mínimas que le corresponden”, expresa Santiago Barajas.³¹

El deber primario de proteger y educar a los hijos corresponde a los padres, ellos son los principales obligados por su calidad de procreadores, pero a falta de aquellos o cuando el ejercicio de la patria potestad causa un perjuicio a los menores éstos pueden ser atendidos por otros miembros de la familia a través de la tutela legítima y, a falta de otro sostén familiar, las instituciones públicas deben dar el apoyo necesario a la promoción y protección de los menores, y prestar auxilio a los padres en caso de que lo necesiten, para el cumplimiento de esos deberes de crianza y educación.

Se reconoce, como garantía individual de los menores, el derecho a la satisfacción de las necesidades y a la salud física y mental. Esa satisfacción no se concreta a su defensa, amparo o auxilio, sino que adquiere significado cuando se relaciona con su desenvolvimiento integral.

En primer termino, ese derecho se ejerce frente a los padres; el Código Civil vigente en la entidad lo extiende también a los abuelos, situación prevista en las fracciones II y III del artículo 4.204; sin embargo, en ocasiones, ninguno de estos ascendientes responde a sus obligaciones y el incumplimiento puede alcanzar tal magnitud que el juez decreta, para proteger al menor, la suspensión o extinción de los derechos que conlleva el ejercicio de la patria potestad.

Ante la suspensión o pérdida de la patria potestad, o cuando no haya ascendiente que la ejerza consecuentemente el menor se encuentre desprotegido el Derecho ha creado como institución subsidiaria; la tutela. El Estado Mexicano respeta, en primer término, el derecho de los padres y los abuelos para cuidar de sus hijos, pero cuando éstos no reciben atención y cuidado que merecen, ya sea porque su medio familiar los ha rechazado –como

³¹ Barajas, Santiago, *Comentarios al artículo 4º de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada.*, México, UNAM, 1990, pp. 18-23.

es el caso de los menores abandonados- o es deficiente o verdaderamente nocivo, se justifica la intervención del Estado, en distintos grados atendiendo a las circunstancias de cada caso.

La tutela atribuida a particulares tuvo su origen en el Derecho Civil; sobre ella el estado ha ejercido control y vigilancia. Cuando a falta de obligados, no se puede nombrar como tutor a un particular, el estado directamente a través de los directores de las instituciones públicas, ejerce la tutela de los menores desamparados.

Diversas son las acciones que ha desarrollado el Estado Mexicano en materia de protección de los menores de edad en estado de desamparo. Dentro de la que se puede denominar “tradicional”, las acciones que asume el estado se inician aun antes de la constitución de la tutela, se mantienen durante su ejercicio y culminan con su extinción. La intervención estatal en estos casos es mediata, puesto que la función tuitiva es ejercida por un particular o por el director de una institución de asistencia privada. La actividad estatal consiste en vigilar el desenvolvimiento de aquélla, a través del Ministerio Público, el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia (de conformidad a los artículos 4.254 fracción III y 4.261 del Código Civil del Estado de México) y del Juez. Si es necesario, también el estado puede realizar actos de promoción, sustituyéndose en la iniciativa de los particulares, a través, también de las actuaciones del juez, del Ministerio Público y del el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia de la entidad.

En cambio, la intervención se convierte de carácter inmediato cuando una institución oficial, a través de su director, asume las funciones tutelares directamente, aunque éstas también están sometidas a los tradicionales mecanismos de control y vigilancia, administrativos y judiciales.

De todo lo anterior, 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 doctrina integral de protección de la niñez. Así, mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 7 de abril de 2000, 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.

4.2.5. LA COMPETENCIA DE LA AUTORIDAD JUDICIAL ESTATAL.

Las normas que rigen la protección que brinda el estado en materia de menores de edad, otorgan a la autoridad judicial la potestad necesaria para constituir y controlar la tutela en los casos y con las formalidades legalmente previstas; por ello, la presencia de esa autoridad puede calificarse de constante y decisiva.

Los jueces de lo familiar son los competentes para intervenir en asuntos en los que se involucren intereses de menores de edad desprotegidos, tales como la adopción, tutela, y en el caso de ésta última figura ejercen una vigilancia en el conjunto de actos del tutor para impedir la transgresión de los deberes inherentes al cargo.

El marco jurídico que delimita las actuaciones del juez en los aspectos concernientes a la protección de intereses de niños y niñas está integrado por diversos cuerpos jurídicos entre los que se encuentran: el Código Civil del Estado de México, el Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México, el Código Penal vigente en la entidad, los respectivos Códigos adjetivos en materia penal, tanto el federal como para el Estado de México, y la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de México.

El juez actuará siempre dentro del marco legal, pues el incumplimiento de sus deberes haría recaer en responsabilidades. El control sobre sus actos lo lleva a cabo el juez de superior instancia. Además del acatamiento estricto a la legalidad, la actuación judicial se sujeta a ciertos principios, como son:

1. *Ejercicio de jurisdicción*: Para que la protección de los menores asumida por el poder público sea efectiva, requiere de un imperio, energía o fuerza ética y física. La supremacía o superioridad del órgano jurisdiccional frente a los particulares motiva de manera eficaz y definitiva el cumplimiento de las decisiones judiciales.³²

En el ejercicio de la función jurisdiccional, el juez posee todas las facultades de dirección y decisión, afirma Prieto Castro.³³ Este imperio, energía y superioridad garantizan que las decisiones judiciales sean cumplidas, pues el Estado cuenta con medios para exigir la eficacia de las mismas. La protección de los intereses de los menores justifica la intervención de un juez dotado de jurisdicción, con lo cual garantiza el cumplimiento de las decisiones tomadas.

El juez interviene en los asuntos relacionados con la tutela de los menores a través de jurisdicción voluntaria, cuando la constitución y control de la

³² Di Yoro, "El concepto de jurisdicción", *Temas de Derecho Procesal*, Buenos Aires, 1985, pp. 3-38, p 16.

³³ Prieto Castro, *Tratado de Derecho Procesal civil*, Pamplona, 1985, t. I. p. 522.

tutela, no presenten controversia. En cambio, en caso de presentarse conflictos de intereses, se resolverán en jurisdicción contenciosa. La Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de México establece en el artículo 72: “Los jueces de primera instancia de la materia familiar conocerán y resolverán: I. De los asuntos de jurisdicción voluntaria y contenciosa relacionados con el derecho familiar; II. De los juicios sucesorios; De las diligencias preliminares de consignación en materia familiar; IV. De la diligenciación de exhortos, cartas rogatorias, suplicatorias, requisitorias y despachos relacionados con el derecho familiar que envíen los jueces del Estado, de otras entidades federativas o del extranjero, que se ajusten a la ley procesal del Estado; y V. De los demás asuntos familiares cuyo conocimiento les atribuyan las leyes”.

2. *Intervención de oficio*: Prieto Castro ³⁴ señala que “...el juez puede actuar de oficio como excepción, ya que en general se estima que la iniciativa judicial puede hacer peligrar la esencia de derechos subjetivos de los ciudadanos que no deseen hacerlos valer”. Sin embargo, esta excepción se justifica en los casos de los institutos tutelares, y el juez está facultado para intervenir de oficio, tanto en la constitución de la tutela como en la remoción del tutor. Lete del Río³⁵ expresa: “La actuación de oficio es algo extraño al proceso civil en el que rige el principio dispositivo; esta intervención –en los asuntos tutelares- se encuentra justificada por la existencia y reconocimiento de un triple interés: individual, familiar y social”.
3. *Discrecionalidad*: este principio se justifica por la imposibilidad de que el legislador prevea todos los casos que la realidad pueda proporcionar. Las circunstancias concretas de cada situación son las que determinan la oportunidad y conveniencia de las resoluciones judiciales. Como ha señalado Castán Tobeñas “...hay en nuestro sistema jurídico una

³⁴ *Ibídem*.

³⁵ Lete del Río, *Comentarios al Código Civil*, dirigidos por Albadalejo, Madrid, 1985, p. 293.

formulación ordinaria y propiamente creadora del Derecho Positivo que corresponde al legislador, y una elaboración que podríamos llamar reconstructora del derecho, la cual, operando con el Derecho Positivo, corresponde a los jueces. Al juez incumbe la individualización del derecho integrando soluciones nuevas dentro de ciertos límites legales.” ³⁶

No debe confundirse la discrecionalidad judicial con una libertad absoluta en la toma de decisiones, la cual podría llevar a su arbitrariedad. El juez no está facultado para elegir a su arbitrio la solución sino para concretar la norma, mandando lo que la ley quiere. El juez debe encontrar soluciones que se ajusten a la norma sin excederse.

La discrecionalidad otorgada al juez en materia de protección a los menores en estado de abandono no es absoluta; el margen otorgado al juez le sirve para reconocer y apreciar la presencia de un interés concreto del menor. Este interés debe ser suficiente para justificar la intervención judicial, y ese mismo interés es el que marca el límite, la oportunidad y la conveniencia de la actuación del juez. El principio del interés superior del menor, se encuentra omnipresente en toda regulación sobre la tutela. Sin embargo, las circunstancias o actos que puedan resultar beneficiosos para un menor, pueden no serlo para otro, y aun para el mismo menor, el mayor o menor beneficio dependerá de su edad, educación, medios económicos, etcétera.

Una pauta a seguir es considerar que el beneficio consiste en disfrutar de una posición similar o parecida a la de los que se encuentran en circunstancias similares, lo que además tiene su fundamento último en la idea de igualdad.

³⁶ Castán Tobeñas, *La formulación judicial del Derecho y el arbitrio de equidad*,. Madrid, 1953, pp. 266-267.

La discrecionalidad judicial está limitada por el marco establecido en el propio ordenamiento jurídico, y si éste es sobrepasado, corresponde a los tribunales, en resolución de los recursos, intervenir como medio de control de la legalidad de las actuaciones judiciales.³⁷

4. Así como la ley otorga amplias facultades al juez, correlativamente le atribuye responsabilidades. El juez y los tribunales tienen los deberes y las facultades que la ley les otorga, y el incumplimiento de ellos hace recaer responsabilidades.

Todos los supuestos de responsabilidad derivados del incumplimiento de deberes tienen por finalidad garantizar el principio de legalidad contra toda actuación arbitraria.

4.2.6. DE LA INTERVENCIÓN DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS EN LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES.

Las diferentes legislaciones con orientación hacia los menores han reconocido la participación de instituciones diversas a las surgidas del Derecho Civil. El derecho privado común se ha preocupado más por los menores propietarios de un patrimonio que de los abandonados carentes de bienes, aunque no por ello han quedado al margen del derecho. Sin embargo, con el transcurso del tiempo y los cambios políticos, sociales, culturales, así como la evolución de las instituciones jurídicas, han transformado necesariamente el concepto de la tutela sobre los menores desamparados. Por lo tanto, el estado ha determinado la asunción por parte de la administración pública de los llamados servicios asistenciales y sociales, es decir, aquellos que garantizan el derecho a la conservación de la vida, de la salud y el desarrollo de la personalidad.

³⁷ Reverte Navarro, *Intervención judicial en las situaciones familiares*, Murcia, 1980, p. 21

La intervención de la administración en este tipo de actividades rompió el esquema del estado abstencionista cuya única misión era la de asegurar el orden público mediante una función de policía. La satisfacción de otras necesidades de la colectividad quedó al libre juego de las fuerzas sociales. La doctrina se vio precisada a construir los conceptos adecuados para explicar la actividad que, desde entonces, vino a descubrirse como propia del estado, la administración jurídica (o policía) y la administración social. Desde la mitad del siglo XIX hasta nuestros días, la nota característica de la administración es el incremento de la actividad pública como prestadora de los servicios asistenciales.

Uno de los servicios asistenciales que más preocupa a la sociedad es la protección del menor desamparado. Por ello, el estado ha asumido esa tarea a través de la comúnmente denominada tutela de estado, cuya finalidad, en líneas generales, ha sido la protección de niños pobres y desvalidos; superando estimaciones tradicionales para transformarse en programas protectores que abarcan a toda la colectividad menor de edad.

El estado de minoría requiere el aporte y la decidida colaboración de personas expresamente designadas por la ley para que le otorguen el amparo que precisa. “La función tuitiva que ha de ejercerse en relación con la persona del menor, presenta características propias radicalmente diferentes a todas las demás que contempla y regula el Derecho privado”.³⁸

La protección de la minoría constituye uno más de los objetivos de la sociedad contemporánea; por ello, resulta incuestionable la intervención del estado como único medio capaz de asumir la trascendente tarea de corregir las tradicionales diferencias entre los menores propietarios o con un entorno familiar que se haga cargo de ellos y los abandonados.

³⁸ Mendizábal Oses, *Derecho de los menores. Teoría general*, Madrid. Ed. Pirámide, 1977.

La concurrencia del sector público administrativo especializado en la atención de menores, con el aporte técnico de funcionarios idóneos, ha sido un binomio necesario para hacer efectiva la protección de menores. El estado organiza los servicios para que, por medio de técnicas especializadas, se intervenga directamente en la atención de la problemática relacionada con la niñez.

La tendencia de las modernas legislaciones europeas es regular la denominada en Francia *tutela de Estado* o *tutela asistida*, por estar encomendada a la asistencia pública.

En Italia, cuando falta la familia, los menores abandonados son enviados a los institutos u hospicios de asistencia pública que operan bajo la vigilancia del juez tutelar.

En España, se regula, desde 1987, la tutela legal a cargo de entidades públicas. Estas entidades pueden habilitar a instituciones colaboradoras para que ejerzan la guarda de menores.

Por su parte, los organismos internacionales en general recomiendan una mayor participación de los Estados en la protección de los huérfanos desvalidos. Los gobiernos deberán actuar en forma directa; la primera acción gubernamental se dirigirá al reforzamiento del grupo familiar, pero, si a pesar de los esfuerzos realizados, el grupo se desintegrara, el estado asumirá directamente la protección de los menores carentes de un medio familiar que permita su adecuado desarrollo. Si no es posible la colocación del menor en familias alternativas, se procurará encomendar el cuidado de los menores a centros asistenciales dedicados a la protección de la familia.

Sin desconocer la relevante actuación del poder judicial y del Ministerio Público en la protección de los menores, debe darse la importancia que merece a la

intervención de la autoridad administrativa en la tutela.³⁹ Esta autoridad es la que mayor conocimiento tiene de los problemas que enfrentan los menores en su vida diaria.

La autoridad administrativa cuenta con los medios económicos y logísticos para abocarse al cuidado de la persona del menor, dejando al juez de lo familiar la resolución de los conflictos, que es su misión principal, y al Ministerio Público, la vigilancia del buen desempeño de las funciones tutelares.

También debe reconocerse la importancia que han tenido, tanto históricamente como en la época actual, los organismos ajenos a la administración pública, específicamente fundaciones privadas, las cuales están reguladas por la Ley de Asistencia Privada del Estado de México.

La protección de menores que corresponde a las autoridades en la entidad, se lleva a cabo a través del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Estado de México. Lo anterior se hace patente en materia de protección de los expósitos, contemplada en el artículo 3.13 del Código Civil vigente en la entidad, que prevé lo siguiente:

Artículo 3.13.- Toda persona que encontrare un expósito, deberá presentarlo ante el Agente del Ministerio Público, con los vestidos, valores o cualesquiera otros objetos encontrados con él, para iniciar la Carpeta de Investigación respectiva. Para los efectos del presente Código, tendrán la calidad de entregados aquéllos sobre quienes en el momento del parto, la madre ha solicitado que se preserve el secreto de su identidad y la reserva en torno al nacimiento, quedando bajo la tutela inmediata del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Estado de México, quien a su vez podrá enviarlos a los Sistemas Municipales de Desarrollo Integral de la Familia del Estado de México que cuenten con Centros de Asistencia Social o actuar conforme a su

³⁹ Chávez Ascencio, Manuel, *La Familia en el Derecho. Relaciones jurídicas paterno-filiales*, México, Porrúa, 1987.

normativa. El Ministerio Público una vez iniciada la Carpeta de Investigación, enviará, de manera inmediata al expósito al Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Estado de México a través de la Procuraduría de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes, quien a su vez podrá enviarlo; al Sistema DIF Municipal correspondiente a través de la Procuraduría de Protección Municipal que cuente con Centros de Asistencia Social, o una institución o asociación de asistencia social constituida, registrada legalmente para estos fines y reconocida ante el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Estado de México. El Ministerio Público ordenará a los Sistemas para el Desarrollo Integral de la Familia del Estado de México y Municipales, para que soliciten, cuando proceda, el registro de nacimiento del menor ante el Oficial del Registro Civil, remitiéndole copia certificada de la Carpeta de Investigación. El Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Estado de México o los municipales, en su caso, deberán informar al Ministerio Público sobre la situación jurídica definitiva. El Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Estado de México, deberá solicitar cuando proceda, el registro de nacimiento, para los menores sujetos a su tutela y para los que se ha reclamado la reserva sobre nacimiento, procediéndose a su custodia en términos de los establecido por el artículo 4.243 de este Código.

Aunado a lo anterior, es preciso señalar los diversos aspectos de custodia y tutela contemplados en el ordenamiento civil sustantivo en cuestión en los que interviene el DIFEM, además de las funciones y fines propios de dicha institución contemplados en la Ley de Asistencia Social del Estado de México, que en su artículo 16 señala que “ La asistencia social e integración de la familia, la asume el Estado por conducto del DIFEM y los Municipios a través de los SMDIF en esfera de su competencia. La protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes estará a cargo del DIFEM, a través de la Procuraduría de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de México y sus representaciones regionales en coordinación con las Procuradurías Municipales en la esfera de sus respectivas competencias.”

Por tanto, se aprecia que los órganos administrativos que intervienen en la protección de los menores son los correspondientes de los albergues, con los que cuenta la Procuraduría del DIFEM y DIF Municipales de conformidad al Código Civil vigente en la entidad.

Así como la actuación judicial se lleva a cabo en estricto apego a derecho, el juez actuará siempre dentro del marco legal, pues el incumplimiento de sus deberes haría recaer en él responsabilidades. El control sobre sus actos lo lleva a cabo el juez de superior instancia. Además del acatamiento estricto a la legalidad, la actuación judicial se sujeta a ciertos principios, como son:

1. *Servir con objetividad*: La administración pública debe servir con objetividad a los intereses generales. García de Enterría⁴⁰ considera a la administración pública como una “organización al servicio de la comunidad, por eso, asume la ejecución de los fines propios del grupo social, la realización de esos fines son su misión propia”. La satisfacción del interés general como función, trasciende los intereses particulares.

El objeto de la actividad administrativa en cuanto a la protección de menores en estado de desamparo, como un asunto de interés general, se cumple a través de la tutela institucional. El fin perseguido con la actividad de la autoridad pública es el mayor beneficio para el menor, y todo acto que realice, debe servir a ese fin; si se apartara de él, o pretendiera servir con una finalidad distinta, el acto administrativo carecería de uno de sus elementos, y por tanto, no sería válido.

La ley otorga potestades a la administración pública, que justifican el fin que se pretende, la satisfacción del interés público, o más concretamente, “aquella parcela del interés público para cuyo logro se

⁴⁰ García de Enterría y Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid, Civitas, 1977, p.358.

otorgó la potestad”, expresa Entrena Cuesta.⁴¹ En el caso de los menores desamparados, las funciones que la ley concede a las dependencias públicas tienen como fin lograr la mayor protección posible para el menor. Así, la protección del menor, como satisfacción del interés público, se transforma en condición de validez para los actos que realicen las dependencias públicas. Sin la pretensión de proteger y de alcanzar el mayor beneficio para el menor, la actuación de las dependencias carecería de sentido y los actos por ella ejecutados, serían nulos.

Si el interés general legitima y otorga validez a la intervención de la dependencia, la omisión del ejercicio de las potestades administrativas en los casos debidos significa una disfunción del órgano administrativo, la cual podría dar lugar también a responsabilidades.

2. *Jerarquía*: la administración pública funciona como un aparato tecnificado y burocrático, cuyos órganos superiores controlan y dirigen a los inferiores. Para la protección de los menores, existe toda una estructura administrativa planteada a través de los Sistemas de Salud y de Asistencia Social. Dentro de esa estructura existen organismos, dependencias y funcionarios de distintos niveles, entre los cuales se dan relaciones, en algunos casos, de subordinación y en otros, de coordinación.

El DIFEM opera establecimientos de asistencia social en beneficio de menores en estado de abandono, y por ministerio de ley tiene la tutela de los menores por disposición de la Ley de Asistencia Social para Estado de México y Municipios y Código Civil. Estos establecimientos forman parte del DIF, y dependen de la Procuraduría de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de México.

⁴¹ Entrena Cuesta, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, 1988, vol. I, p. 191.

3. *Legalidad*: toda acción administrativa se presenta como un poder atribuido previamente por la ley y por ella delimitado y construido. El principio de legalidad administrativa implica que las dependencias públicas sólo pueden actuar hasta donde la norma lo autoriza.

La actuación administrativa no puede ser arbitraria; por el contrario, deberá estar legitimada. Debe existir un equilibrio entre privilegios de la autoridad y las garantías para los ciudadanos. Las disposiciones y resoluciones administrativas no pueden infringir lo dispuesto en las leyes y no pueden vulnerar los preceptos contenidos en disposiciones dictadas por autoridades de superior grado ni dictar resoluciones de carácter concreto.

La dependencia administrativa es responsable frente al menor por el incumplimiento de sus obligaciones.

4. *Discrecionalidad*: En el proceso aplicativo de la ley, señala García de Enterría⁴², se incluye una estimación subjetiva de la propia administración. Esta afirmación permite reconocer que las potestades otorgadas a una dependencia implican un cierto margen de libertad, de decisión de actuación, es decir, una cierta discrecionalidad.

Tomando en cuenta las circunstancias de cada caso, las acciones de la autoridad administrativa tienen un amplio margen de acción para adoptar las medidas necesarias de protección de los menores, en especial, los que han sido abandonados o maltratados por sus padres.

El ejercicio de facultades discrecionales tratándose de menores implica la consideración de varios elementos: edad, estado emocional, desarrollo

⁴² Ob. Cit. García de Enterría y Fernández, p. 43.

físico, así como la situación jurídica del menor en relación con sus padres y otros miembros del grupo familiar, como abuelos, tíos o hermanos.

En todo caso, la discrecionalidad administrativa, transformada en acciones concretas, está siempre sujeta al posterior control de los tribunales para verificar la oportunidad y legalidad de las acciones realizadas.

5. *Responsabilidad*: como con todo acto de autoridad, la administrativa puede causar daños o perjuicios a los particulares, y en tal caso, la autoridad será responsable de lo actuado.

Debe tomarse en cuenta que la responsabilidad administrativa es del tipo objetivo, que se comprueba demostrando el daño o el perjuicio causado, independientemente de los conceptos de culpa o negligencia atribuibles al funcionario.

4.3. DE LA FAMILIA

La familia es un núcleo de personas que como grupo social ha surgido de la naturaleza y deriva primordialmente del hecho biológico de la generación.

En un sentido amplio, es el conjunto de personas que proceden de un progenitor o tronco común; sus fuentes son el matrimonio, la filiación (legítima o natural) y en casos excepcionales la adopción.

Esta relación conyugal, paterno filial y de parentesco colateral de origen consanguíneo o simplemente de naturaleza legal, establece vínculos entre los componentes de ese grupo familiar de diverso orden e intensidad (sentimentales, morales, jurídicos, económicos y de auxilio o ayuda recíproca) que no permanecen ajenos al derecho objetivo sino, por el contrario, éste

afianza, reafirma y consolida, atribuyendo a dichos vínculos el carácter de deberes, obligaciones, facultades y derechos.

El primer párrafo del multicitado artículo 4º de la Constitución Mexicana de 1918 establece que el: “El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia”. A partir de este precepto se puede afirmar que el estudio jurídico de la familia entra en la órbita del derecho constitucional y, concretamente, en el campo de estudio de los derechos fundamentales. Al haberse constitucionalizado su protección, el tema cambia radicalmente de perspectiva y requiere un enfoque realizado desde el derecho público. Desde este enfoque nuevo da buena cuenta el hecho de que el de que el Código Civil del Estado de México disponga, en su artículo 4.1 que las disposiciones relativas a la familia, en particular al matrimonio, son “de carácter público e interés social”.

4.3.1. CONCEPTO.

El concepto de la familia puede formularse desde un doble punto de vista: jurídico y sociológico.

a). La *perspectiva jurídica* nos brinda un concepto amplio: la familia es el conjunto de personas unidas por los vínculos jurídicos emergentes del matrimonio o del parentesco. En este sentido lato la familia comprende tres órdenes de relaciones: las conyugales, las paterno- filiales y las parentales.

Nuestro Código Civil (CC.), aunque no define a la familia, brinda la base para deducir este concepto jurídico amplio, pues de acuerdo a sus normas los vínculos jurídicos no sólo existen entre cónyuges y entre ascendientes y descendientes sin limitación de grado, sino también entre los colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado, que es el límite del derecho sucesorio intestado (fracción I del art. 6.144 CC.) y entre los colaterales por afinidad igualmente hasta el cuarto grado. Los vínculos jurídicos familiares reconocidos

por nuestro derecho positivo son, por lo tanto, los que determinan el concepto y la composición de la familia.

Ahora bien, como nuestro derecho otorga efectos jurídicos tanto a los vínculos legítimos nacidos del matrimonio como a los que se generan fuera de la unión conyugal, aunque concediendo más derecho a los primeros, lo exacto es que de tal circunstancia se deduce que el concepto de familia comprende no sólo a la familia legítima, sino también a la que se constituye sin mediar entre los progenitores el vínculo matrimonial, reconociendo la realidad innegable de la familia natural, extramatrimonial o ilegítima, que surge cuando se forma la prole extramatrimonial y genera derechos y deberes recíprocos en la relación paterno-filial consagrados por la ley civil, relevante a este aspecto resulta el artículo 4.397 fracción II, del Código Civil referido, que define Grupo familiar como:

“Conjunto de personas vinculadas por relaciones de: intimidad, mutua consideración y apoyo, parentesco, filiación o convivencia fraterna; o bien, tengan alguna relación conyugal o de concubinato”

Por ello, aunque no medie vínculo matrimonial válido entre los progenitores, la situación jurídica que se crea entre éstos y sus hijos tiene un carácter esencialmente familiar, y esas normas legales indican que el hijo extramatrimonial tiene realmente una familia.

Desde luego, admitir que el concepto amplio de familia comprende también a la que se forma sin mediar unión conyugal entre los progenitores, no significa ni mucho propugnar su equiparación legal a la familia fundada en el matrimonio, sino, sencillamente, se trata de una conclusión derivada de los efectos que el legislador otorga al parentesco ilegítimo, que implican reconocer la realidad de la familia natural, aunque sin establecer la igualdad jurídica con la familia legítima por el riesgo de socavar las bases de la sociedad al debilitar el matrimonio .

El concepto amplio de familia incluye también a la familia adoptiva, creada exclusivamente por la ley, sin la base del fenómeno biológico.

Bajo esta perspectiva la familia es el conjunto de personas unidas por los vínculos emergentes del matrimonio o del parentesco, sea éste por consanguinidad, legítima o extramatrimonial, por afinidad o por adopción. Este concepto jurídico comprende entonces a las tres clases de familia: legítima, extramatrimonial y adoptiva.

b). La *perspectiva sociológica* restringe el concepto de familia al núcleo paterno-filial, llamado pequeña familia, o familia nuclear. La familia, en este sentido, se define como la agrupación natural formada por el padre, la madre y los hijos no emancipados por matrimonio que viven con ellos, o que están bajo su potestad, aunque no convivan en el hogar común. Este concepto, deducido de la observación social, tiene más importancia sociológica que jurídica porque se refiere a la familia como núcleo primario de la sociedad, y a este significado aluden los textos de las modernas constituciones y declaraciones internacionales que imponen al estado la protección y defensa de la familia.

Ahora bien, antropólogos, sociólogos y un buen número de especialistas en los estudios del ser humano y sus relaciones sociales primarias, afirman que la familia o el grupo familiar es tan antiguo como la misma humanidad. Se ha llegado a afirmar que las formas y estructuras familiares adoptadas por el *homo sapiens*, no son más que un producto de la herencia recibida de otras especies en su evolución.

Rosseau sostiene que la familia es la más antigua de las sociedades y la única que surge espontáneamente por razones naturales, aunque su continuidad depende de la voluntad de sus miembros de seguir unidos.⁴³ Recasens Siches

⁴³ Rousseau Jean Jacques. *El contrato social*, 6ª ed., Porrúa, México, 1979, pp. 4 a 9.

coincide con él al calificar a este grupo social primario como un grupo surgido por las necesidades naturales de sus integrantes, sobre todo aquellas referidas a la crianza y al sostenimiento de los hijos e hijas, sin embargo, sostiene que esa consideración no es suficiente, ya que si bien es cierto que las agrupaciones familiares son un producto de la naturaleza, son también una institución creada por la cultura a fin de regular –y controlar- a los individuos, sus relaciones, conducta y todo aquello relacionado con el intercambio entre generaciones y, especialmente, su sexualidad. ⁴⁴

Por su parte, Linton distingue la familia consanguínea de la familia conyugal afirmando que la primera es una creación cultural-social y, por tanto, artificial. En cambio, la segunda es una unidad biológica similar a otras que se encuentran en un gran número de especies entre los mamíferos, incluso sostiene que buena parte de las pautas de comportamiento que en apariencia tienen su origen en una norma de conducta impuesta desde fuera, están íntimamente relacionadas con las características fisiológicas y psicológicas del ser humano.⁴⁵

Como se puede observar la familia es un concepto que, antes de ser jurídico, es sobre todo sociológico. Desde esa perspectiva, Anthony Giddens explica que una familia “es un grupo de personas directamente ligadas por nexos de parentesco, cuyos miembros adultos asumen la responsabilidad del cuidado de los hijos”; de acuerdo con el mismo autor, se puede hablar de “familia nuclear”, que “consiste en dos adultos que viven juntos en un hogar con hijos propios o adoptados” y de “familia extensa”, en la cual, “además de la pareja casada y sus hijos, conviven otros parientes, bien en el mismo hogar, bien en contacto íntimo y continuo”. ⁴⁶

⁴⁴ Recasens Siches, Luis, *Sociología*, 18ª ed. Porrúa, México, 1980, pp. 465 y ss.

⁴⁵ Linton, Ralph. “Introducción. La historia natural de la familia”, en *La familia*, Fromm et al., 5ª ed., Península, Barcelona, 1987.

⁴⁶ Giddens Anthony, *Sociología*, Madrid, Alianza Editorial, 1998, p. 190.

Independientemente de lo discutible que puedan ser estas consideraciones, se puede demostrar que al interior de la familia se desarrollan poderosas fuerzas afectivas que trascienden al grupo y matizan las relaciones que sus miembros establecen en la sociedad en donde están insertos y, al mismo tiempo, le dan cohesión interna al grupo, por ello se puede afirmar que las agrupaciones familiares tienen extraordinaria capacidad de resistencia frente a las dificultades de su propia evolución. Las estructuras varían, pero el principio fundamental subsiste: se trata de agrupaciones sociales primarias en donde hombres y mujeres encuentran los satisfactores básicos a sus necesidades; son esencialmente agrupaciones dinámicas cuyas relaciones al interior y al exterior delimitan características culturales- en las que se desarrollan y, al mismo tiempo, transmiten en los hombres y mujeres que la integran, los valores, también culturales, que se perfilan en ella.⁴⁷

4.3.2. NORMAS PROTECTORAS COMO DERECHOS Y OBLIGACIONES EN LA FAMILIA EN MÉXICO.

Las normas jurídicas que se ocupan de regular, creando y organizando las relaciones de parentesco, forman el derecho de familia, por tanto, el Derecho de Familia es un conjunto de normas jurídicas destinadas a regir la conducta de los miembros del grupo familiar entre sí, creando las relaciones conyugales, constituidas por un sistema de derechos y obligaciones, poderes, facultades y deberes entre consortes y parientes.

Esas facultades y deberes de carácter asistencial que nacen entre los parientes colaterales (hermanos, tíos, sobrinos), tienen ascendientes y descendientes un aspecto de potestades y sujeciones establecidas para la protección de los hijos.

⁴⁷ Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena., *Panorama del Derecho Mexicano. Derecho de Familia*. México, McGraw-Hill, 1997, introducción.

Así pues, el derecho de familia se ocupa, entre otros aspectos, de la protección de los menores a través del ejercicio de la patria potestad, la que es considerada como una institución protectora de la persona y bienes de los hijos menores de edad, no emancipados, que nace de la filiación. Su ejercicio corresponde en primer término a los progenitores (el padre y la madre del menor) y a falta de éstos, a los demás ascendientes por la línea paterna y por la línea materna, a falta de padres y abuelos paternos.

En este panorama, la aparición del concepto interés superior de la niñez supedita, con mayor claridad, los derechos que las personas adultas pudieran tener sobre un niño o niña, al deber de atenderlos y cuidarlos, buscando siempre el mayor beneficio posible para ellos, como un imperativo de la comunidad hacia las personas que ejercen la patria potestad. Con ello, la función social es ahora explícitamente de orden público e interés social.

Como una derivación de la protección constitucional a la familia, el propio artículo 4º Constitucional contiene diversas disposiciones que tutelan a los menores de edad, considerados en lo individual, así como en su carácter de miembros del grupo familiar.

La protección de la familia se realiza en la práctica a través de la implementación de una serie de políticas públicas sustantivas, que desde luego exigen regulaciones favorables al reconocimiento de formas familiares distintas de las tradicionales, pero que también requieren la implementación de otras medidas fácticas por parte de los poderes públicos.

4.3.2.1. DE LA FILIACIÓN.

Como filiación se entiende la relación de tipo jurídico que existe entre padre o madre y el hijo o la hija, dicha definición incluye conceptos de maternidad y

paternidad, así como el de filiación en sentido estricto.

Por medio de esta institución el derecho de familia pretende regular el fenómeno de la procreación, tanto dentro como fuera del matrimonio, e incluso, en el caso de la adopción, se extiende a personas extrañas al crear entre ellas un vínculo jurídico como si fueran padre o madre e hijo o hija. Tal es el caso de la adopción.

En la actualidad el esquema mediante el cual se perfila la filiación en el derecho mexicano tiene como base de sustento un principio constitucional: todo hombre y toda mujer tienen el derecho de decidir libre, informada y responsablemente sobre el número y espaciamiento de sus hijos, consagrado en el artículo 4º de nuestra Carta Magna, mismo que también apunta el deber de los padres de preservar la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental.

Estos principios reflejan las actuales tendencias respecto de la procreación y de la atención de los hijos e hijas, de las necesidades de control de la natalidad y de la planeación familiar, así como de la toma de conciencia en el ejercicio responsable de la paternidad y maternidad, tendencias que se encuentran también en instrumentos jurídicos internacionales sobre los derechos humanos.

El primer problema a resolver en esta corriente actual sigue siendo el señalado por Montesquieu en su *Espíritu de las Leyes*, encontrar al progenitor que se haga cargo del nuevo ser. Ésta es la razón jurídica que origina la institución que se está analizando.

A partir de estos principios se estructura el Sistema Mexicano de filiación que también tiene influencias de los sistemas jurídicos romano y canónico, en los cuales se enuncian otros principios básicos que son: maternidad es siempre cierta; el marido de la madre es el padre del hijo o hija y a cada uno sólo se le puede atribuir un padre y una madre. Estos principios supuestamente deben ser

aplicables a toda relación de filiación. Sin embargo, dada la complejidad de la naturaleza humana, las variantes a la estructura que el derecho maneja como “ideal” son múltiples. Empezando por la más sencilla: la procreación no siempre se produce en los límites de un matrimonio, por ello el derecho mexicano ha tenido que clasificar en dos rubros iniciales las normas sobre filiación: las que se refieren a hijos habidos en matrimonio y las que se refieren a los hijos nacidos fuera de él.

La filiación de los hijos e hijas habidos en matrimonio se presupone y se demuestra con la partida de nacimiento y el acta de matrimonio del padre y la madre (art. 4.155 del Código Civil), y la de los hijos e hijas habidos fuera del matrimonio, se establece en relación con la madre por el solo hecho del nacimiento, y respecto del padre, sólo por medio del reconocimiento voluntario o por sentencia que declare la paternidad (art. 4.162 del Código Civil) En este último caso existe la posibilidad de “legitimar” a los hijos e hijas con el matrimonio subsecuente de su padre y madre, con lo que se les considera como hijos del matrimonio.

La lectura de los artículos relativos a la filiación, tal y como se encuentran en la actualidad, produce una gran duda sobre el sujeto a quien protegen. Aparentemente se debería atender al interés superior del niño o niña permitiéndole establecer en forma sencilla, el vínculo jurídico con su padre y su madre. Sin embargo, no ocurre así debido a que la investigación de la paternidad requiere de procedimientos muy complejos, cuando no existe el matrimonio. En estas circunstancias, un hijo o hija sólo se le puede atribuir a un determinado varón si éste manifiesta su voluntad en cualquiera de las formas establecidas por la ley, o mediante una sentencia que declare su paternidad aun en contra de lo que diga.

En nuestro sistema la posesión de estado de hijo se demuestra con la forma y el trato; es decir, se deberá probar que el hijo o hija ha sido tratado por el

presunto padre o por su familia como si en efecto fuera su hijo o hija, y que éste haya proveído a su subsistencia, educación y establecimiento.

Este sistema taxativo, aunado a la circunstancia real de lo difícil que es encontrar una prueba plena que determine quién es el padre de quien, hacen prácticamente imposible obtener una sentencia declaratoria de paternidad.

Ello no demerita a la filiación como instituto, importante tanto para las relaciones familiares como para la protección del hijo o hija, no solo porque resuelve el problema de encontrar al padre y la madre que se responsabilicen del crecimiento y desarrollo del menor, sino porque hoy en día ha adquirido un sentido más amplio al pretender que atienda precisamente el interés de la niñez antes que cualquier otro.

Los derechos humanos de la niñez, como el derecho del nombre, a reconocer sus orígenes y a la salud, entre otros, inciden en la adecuada orientación de la filiación. Por ejemplo, si el señalamiento del padre y madre atiende a factores de interés ajeno al menor, o se oculta la verdad biológica, estarán violando estos derechos, aunque pretendan “proteger” a la infancia; en cambio, si se distingue de manera clara la verdad biológica al definir la relación de filiación, independientemente de los intereses sociales que pudieran conjugarse con ello, se estará en realidad respetando estos derechos.⁴⁸

No hay duda, en nuestra legislación estatal también existen normas que manifiestan la preocupación por proteger los intereses superiores de la niñez. ejemplo de ello es la declaración contenida en el artículo 4.130 del Código Civil, en donde se establece que los padres de los menores están obligados a proporcionarles alimentos.

⁴⁸ *Ibidem*

4.3.2.2. DE LOS ALIMENTOS.

El concepto de alimentos se define como el deber recíproco que tienen determinadas personas de proporcionar a otras igualmente determinadas los elementos que permiten la subsistencia tales como casa, vestido, comida, asistencia en casos de enfermedad, así como educación, aspectos que nuestra legislación civil estatal contempla en su artículo 4.135. La codificación en cita reconoce a este deber y al derecho que le es correlativo, como un deber derecho de contenido patrimonial como ético, pues a través de él se pretende proporcionar a un ser humano determinado los satisfactores a sus necesidades físicas e intelectuales de tal suerte que, satisfechas éstas, pueda cumplir su propio destino. Por estas razones se le califica a las normas que lo regulan, como normas de orden público e interés social, pretendiendo con ello evitar que negociaciones entre las partes o acciones judiciales, como embargos, que impidan al acreedor alimentario recibir estos satisfactores indispensables para su subsistencia.

Estas características resumen lo social, moral y jurídico que califica a esta figura social, porque a la sociedad le interesa la subsistencia de los miembros del grupo familiar; moral, porque es en los vínculos afectivos que encontramos entre determinadas personas en donde se perfila el fundamento original de velar por quienes necesitan ayuda o asistencia, y jurídico, porque a través del derecho se pretende hacer coercible el cumplimiento de esta obligación.⁴⁹

Por lo tanto, como el derecho-deber alimentario, tiene las siguientes características:

- 1) Es de orden público. El derecho a alimentos interesa al orden público, y lo normado sobre él no es modificable por voluntad de los particulares

⁴⁹ Ob. cit. Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena, p. 66.

(art. 4.126 Código Civil.).

- 2) Recíproco. Particular carácter de la obligación alimentaria entre parientes es la reciprocidad (art. 4.127 Código Civil.), que en este caso implica la identidad sujeción legal entre quienes se encuentran –por su especial relación de parentesco- dentro de los supuestos que prevén los artículos del 4.128 al 4.133 del código en cita.

Si bien la reciprocidad se presenta también dentro de los caracteres de los alimentos entre los cónyuges, la obligación alimentaria entre ellos reconoce condiciones diversas según sea el marido o la mujer el llamado a cumplirla, ya que la ley de matrimonio hace pesar sobre el primero, y como regla general, el deber de alimentar a su esposa.

- 3) Subsidiario. Sólo ante la falta o imposibilidad de cumplimiento del pariente más cercano, surge la obligación exigible en la persona de otro más lejano. (arts. 4.132, 4.133 del Código Civil).
- 4) Dinámico o Variable. El modo de cumplimiento, y hasta la obligación misma, reconoce la posibilidad de asiduos cambios, ya que las condiciones de hecho de ambos parientes de la relación pueden ir variando y conllevando así a la permanente adecuación del deber. Los vaivenes de las posibilidades del alimentante o de las necesidades del alimentado provocan consecuentemente la revisión del modo y amplitud del cumplimiento de esta obligación.
- 5) Dado que el derecho-deber alimentario es una consecuencia de un determinado estado de familia, presenta notas que son propias de éste, y como además tiende al cumplimiento de un fin extrapatrimonial el cual es la conservación de la vida humana, ofrece los siguientes caracteres: es

irrenunciable, imprescriptible e intransigible (art. 4.145 Código Civil).⁵⁰

Todos los sistemas normativos contemplan, en el ámbito familiar, una obligación de este tipo. Casi siempre su denominación hace referencia a los satisfactores tanto físicos como morales para el desarrollo humano. En otras palabras, los alimentos deben verse como el elemento material que permite a los hombres y mujeres satisfacer sus impulsos biológicos positivos a fin de que puedan integrarse a la humanidad, a la naturaleza y a sí mismos sin perder su propia individualidad. Con base en esto se entiende que la obligación alimentaria gravita sobre toda la comunidad, lo que, hasta cierto punto, es cierto, sin embargo, existen nexos afectivos y biológicos que vinculan, en primera instancia, a determinadas personas, las cuales están llamadas por la ley a cumplir con esta obligación de solidaridad humana. Estas personas son los cónyuges, los concubinos, los ascendientes respecto de los descendientes y éstos respecto de aquéllos, los demás parientes colaterales hasta el cuarto grado y el o la adoptante y el o la adoptada entre sí.

4.3.2.3. GUARDA Y CUSTODIA.

La familia es un núcleo de personas que como grupo social ha surgido de la naturaleza y deriva primordialmente del hecho biológico de la generación.

En un sentido amplio, es el conjunto de personas que proceden de un progenitor o tronco común; sus fuentes son el matrimonio, la filiación (legítima o natural) y en casos excepcionales la adopción.

Esta relación conyugal, paterno filial y de parentesco colateral de origen consanguíneo o simplemente de naturaleza legal, establece vínculos entre los componentes de ese grupo familiar de diverso orden e intensidad

⁵⁰ Méndez Costa, María Josefa *et al.*, *Derecho de Familia, t. II*, Rubinzal y Culzoni, Argentina, p. 348, 349 y 350.

(sentimentales, morales, jurídicos, económicos y de auxilio o ayuda recíproca) que no permanecen ajenos al derecho objetivo sino, por el contrario, éste afianza, reafirma y consolida, atribuyendo a dichos vínculos el carácter de deberes, obligaciones, facultades y derechos.

Las normas jurídicas que se ocupan de regular, creando y organizando tales relaciones, forman el derecho de familia que comprende las disposiciones legales relativas al matrimonio, al concubinato, a la filiación, a los alimentos, al patrimonio de la familia, a la patria potestad, a la emancipación, a la tutela, etcétera.

Por tanto, el derecho de familia es un conjunto de normas jurídicas destinadas a regir la conducta de los miembros del grupo familiar entre sí, creando las relaciones conyugales, constituidas por un sistema de derechos y obligaciones, poderes, facultades y deberes entre consortes y parientes.

Esas facultades y deberes de carácter asistencial que nacen entre los parientes colaterales (hermanos, tíos, sobrinos, etcétera), tienen entre ascendientes y descendientes un aspecto de potestades y sujeciones establecidas para la protección de los hijos.

Así pues, el derecho de familia se ocupa, entre otros aspectos, de la protección de los menores a través del ejercicio de la patria potestad, la que es considerada como una institución protectora de la persona y bienes de los hijos menores de edad, no emancipados, que nace de la filiación. Su ejercicio corresponde en primer término a los progenitores (el padre y la madre del menor) y a falta de éstos, a los demás ascendientes por la línea paterna y por la línea materna, a falta de padres y abuelos paternos.

Cuando ambos padres del menor ejercen la patria potestad, pero viven separados sea cual fuere la causa, entonces surge la necesidad de determinar

con quién de ellos habrá de vivir el menor, es decir, cuál de los progenitores ejercerá el derecho de custodia sobre ese hijo. Una de las prerrogativas de la patria potestad es la custodia, cuidado y vigilancia de los menores y dicha guarda no se puede entender desvinculada de la posesión material de los hijos, porque tal posesión es un medio insustituible para protegerlos, cultivarlos física y espiritualmente y procurarles la satisfacción de sus necesidades.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación mediante jurisprudencia de octubre del año 2002, estableció que el derecho a la guarda y custodia de una niña, niño y adolescente, implica considerar no sólo las pruebas ofrecidas por las partes con las que pretendan demostrar una adecuada capacidad para el cuidado del menor, sino que atendiendo al beneficio directo de la infancia, el juzgador también debe considerar el interés superior de la niña, niño y adolescente como presupuesto esencial para determinar quién tiene derecho a la guarda y custodia. Ello, porque conforme a lo dispuesto por el artículo 4o. Constitucional que establece el desarrollo integral, el respeto a la dignidad y derechos de la niñez, así como los artículos 3o., 7o., 9o., 12, 18, 19, 20 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por México el 21 de septiembre de 1989, que establece que los Estados garantizarán que los tribunales judiciales velen por el interés superior del niño, los juicios en los que se vean involucrados derechos inherentes de las niñas, niños y adolescentes, como el caso en que se demande la guarda y custodia, debe tenerse como presupuesto esencial el interés superior del niño y darle intervención al Ministerio Público, para que en su carácter de representante de la sociedad, vele por los derechos de los infantes y adolescentes.⁵¹

⁵¹ Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. XVI, octubre de 2002, Tesis II.3o.C. J/4, p. 1206, Materia: Civil, Jurisprudencia.

4.3.2.4. DERECHO DE VISITA Y CONVIVENCIA.

Del artículo 4.205 del Código Civil del Estado de México, se aprecia que la eficacia del derecho de visita y convivencia, que tiene por objeto lograr la protección, estabilidad personal y emocional del menor dándole afecto, calor humano, presencia personal, respaldo espiritual y respeto a su persona e intimidad, es una cuestión de orden público e interés social, dado que en su observancia está interesada la sociedad y el estado, porque de su efectivo cumplimiento, depende el desarrollo armónico e integral del menor que, en ocasiones, por causas ajenas a su voluntad, vive separado de uno o ambos progenitores.

De ahí la importancia del goce y disfrute de esos derechos, mismos que no podrán impedirse sin justa causa, pero en caso de oposición de uno de los padres, la autoridad jurisdiccional determinará lo que más convenga al interés preponderante del menor que sólo podrá suspenderse, limitarse o perderse por resolución judicial expresa y cuando se haya perdido la patria potestad. Como se advierte, la teleología del artículo 4. 205, en comentario, se encamina a la conservación de un entorno familiar saludable y favorable para el pleno desarrollo personal y emocional de los menores que, se reitera, por causas ajenas a ellos, viven separados de alguno de sus padres o de ambos, estableciendo que aun cuando no se encuentren bajo su custodia, si ejercen la patria potestad, tendrán derecho a convivir y disfrutar de momentos en común, en aras de tutelar el interés preponderante del menor, teniendo sólo como limitante para que se suspenda el ejercicio del derecho de visita y convivencia, que exista peligro para el menor, caso en que el juzgador podrá aplicar las medidas correspondientes a fin de salvaguardar el interés superior del menor, contra alguno de los progenitores.⁵²

⁵² Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. XXII, septiembre de 2005, Tesis I.6o.C. J/49, p. 1289, Materia: Civil, Jurisprudencia.

Es importante señalar que la Convención sobre los Derechos del Niño, de la cual México es parte integrante, en su artículo 9 expresamente establece:

"Artículo 9. 1. Los Estados partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. 2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones. 3. Los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño. 4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas."

La anterior disposición prevé el derecho que tiene el niño a la convivencia y contacto directo con sus padres y que éstos tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño. En razón de la responsabilidad

de los padres en el cumplimiento de sus deberes para con sus hijos, que comprende no sólo la formación corporal, sino espiritual, emocional y social que propicie el acrecentamiento de la capacidad del menor, de ahí que la sociedad está interesada en que los menores puedan convivir con sus padres cuando ello sea benéfico para ellos. Lo anterior es así, porque esa disposición debe ser interpretada acorde con la obligación que contrajo el Estado Mexicano como parte integrante de la convención aludida en el sentido de que los tribunales judiciales al resolver controversias que puedan afectar los derechos de los niños, están obligados a resolver sobre el régimen de convivencia con sus padres, para tutelar ese interés superior, pues la convivencia es una relación básica para el desenvolvimiento del ser humano, que tiende a facilitar la participación activa del niño en la comunidad, tutelando un sano desarrollo físico y mental de los niños, niñas y adolescentes.

El derecho de visita viene a ser la contracara del derecho de guarda o custodia; si bien estos derechos se perciben legalmente como más estables, en el sentido de duraderos, aquél se ve, en contraposición como un derecho de carácter transitorio. Una diferencia marcadamente temporal que conllevará a quien no tenga atribuida la guarda del menor a reclamar el derecho de visita. En este orden de ideas, debe decirse que la relación entre sustracción y derechos de visita es una relación circular. En efecto, en el momento álgido de una ruptura dos son las posibilidades que se pueden generar, a saber: que las partes no alcancen un acuerdo respecto al reparto de dichos derechos generando un traslado ilícito del niño fuera de su Estado de residencia habitual o bien, que el detonante sea la falta de acuerdo sobre el traslado del menor y esto genere la falta de acuerdo en los progenitores. En tales circunstancias, debe decirse que el menor debe tener afianzado entre sus derechos inalienables, y en condiciones normales, el contacto y acceso con ambos progenitores. Lo anterior en orden a garantizarle un entorno adecuado; aspecto que desemboca en una real protección del interés superior del menor.

Por lo tanto, los derechos de guarda, custodia y visita son derechos inalienables y de propiedad exclusiva del menor, siendo éste su único titular. Lejos de lo que pudiera parecer los derechos de guarda, custodia y visita no son derechos que pertenezcan a la esfera de propiedad de los progenitores; por el contrario, son derechos que pertenecen a los menores.

4.4. MEDIDAS PROTECTORAS EN MATERIA CIVIL

4.4.1. DE LA TUTELA.

4.4.1.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

La tutela como la curatela es una institución de profundo arraigo histórico. Sus orígenes se remontan al derecho romano primitivo y, para captar su naturaleza, es necesario tener en cuenta la organización de la familia romana, fundada en la autoridad del *pater familias*. Esa autoridad que se ejercía en razón de patria potestas sobre los *alieni iuris*, importaba la *auctoritas* no sobre los hijos sino sobre los demás descendientes e, incluso, involucraba la *manus* a que estaba sometida la esposa.

Con el fallecimiento del *pater familias* los *alieni iuris* sometidos a la patria potestad se hacían libres, cualquiera que fuese su edad sin embargo la calidad de *sui iuris* no impedía que, tratándose de menores impúberes, se les designase tutor. En el derecho clásico se recoge la definición de tutela dada por Gayo, atribuida a servicio, un jurista de la época: “fuerza y poder -dice Gayo en el digesto- sobre una persona libre dada y permitida por el derecho civil con el fin de cuidar a quien, por causa de su edad, no puede defenderse por si mismo”. Junto a esta tutela perpetua de las mujeres, debido a la incapacidad que sufrían en el contexto del derecho romano antiguo. Sin embargo, la institución de la tutela *mulienum* de mujer púber *sui iuris* en razón de su debilidad y ligereza fue desapareciendo, al menos en sus funciones clásicas, restringiéndose prácticamente a la *actoritas* del tutor, pero no a la representación o *negotiorum gestio* ya que la mujer *sui iuris* púber otorgaba por

si sola actos jurídicos.

Cuando el menor alcanzaba la pubertad -catorce años de edad el varón y doce la mujer – cesaba la tutela y, hasta la edad de veinticinco años en el caso del varón púber, se le daba curador. La curatela se daba también a los mayores de esa edad si eran dementes *-furiosi-o prodigi*, como asimismo a los imbéciles-*menti captis-*, sordos y mudos y a los que sufrieran de enfermedad *perpetua-sordi et mutis et qui morbo perpetuo laborant-*. La distinción entre la tutela y curatela residía en que, en la primera, prevalecía la *auctoritas*, mientras en la segunda, la *negotiorum gestio*. En otras palabras, la tutela era dada a quien, por razón de la edad, siendo sui iuris, no estaba en condiciones de gobernar su persona; la curatela de los púberes y de los enfermos- dementes, pródigos, etc, atendía fundamentalmente a la protección de los bienes. De allí la tradicional máxima: *tutor datur personae*.⁵³

4.4.1.2. FUNCIONES DE LA TUTELA.

El jurista Eduardo A. Zannoni, hace referencia a las funciones de forma general y concreta sobre esta institución dividiéndole en tres:

- a) Cuidado de la Persona del Menor. Salvo la hipótesis de tutelas especiales en que los menores continúan bajo la autoridad y protección de sus padres, el tutor suple la carencia de estos. De allí que “el menor debe a sus tutores el mismo respeto y obediencia que a sus padres, y, asimismo que el menor debe ser educado y alimentado con arreglo a su clase y facultades. En suma, el tutor debe tener en la educación y alimento del menor los cuidados de un padre”
- b) Administración de los Bienes. Se trata de una acción primordial que atiende a la incapacidad del menor para gestionar por sí mismo sus

⁵³ A. Zannoni, Eduardo, Derecho de Familia, Buenos Aires, 1993, pp. 790-792

intereses patrimoniales. De que “el tutor debe administrar los intereses del menor como buen padre de familia, y es responsable de todo perjuicio resultante de su falta en el cumplimiento de sus deberes.

- c) Representación del Menor. Al igual que la patria potestad, la institución de la tutela de menores atiende al requerimiento de la representación jurídica del incapaz.⁵⁴

4.4.1.3 OBJETO DE LA TUTELA.

En el artículo 4.229 del Código Civil del Estado de México, señala que el objeto de la tutela es la guarda de la persona y des sus bienes, respecto de los que no estando sujetos a la patria potestad tienen incapacidad natural y legal o solamente la segunda, para ejercitar sus derechos y cumplir sus obligaciones por sí mismos. La tutela puede también tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señale la ley. En la tutela se cuidará preferentemente de la persona de los incapacitados.

4.4.1.4. DE LAS CLASES DE TUTELA.

Los artículos 4.240, 4.244, 4.253, 4.256, 4.251 y 4.262 del Código Civil; nos menciona que existen las siguientes:

1). Testamentaria. Es el ascendiente que ejerce la patria potestad y puede nombrar tutor en su testamento a aquellos sobre ejerza, con inclusión de hijo póstumo.

2). Legítima. Ha lugar a tutela legítima cuando por cualquier causa no haya quien ejerza la patria potestad, ni tutor testamentario.

⁵⁴ Ibidem pág. 790

Es de hacer notar que la legislación en el Estado de México a esta clase de tutela legítima también la divide en dos y que es muy importante mencionarlas ya que una de ellas es parte total de la investigación y modificaciones que se pretende hacer a la Ley que Regula los Centros de Asistencia Social y las Adopciones en el Estado de México.

a).- Tutela Legítima de Menores Incapaces. El cónyuge es tutor legítimo y forzoso de otro incapacitado, a falta de aquel lo serán los hijos.

b).- Tutela legítima de Expósitos Abandonados. La ley coloca a los expósitos y a los que sean entregados o abandonados, bajo la tutela del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Estado de México y, en su caso de los municipales que cuenten con albergues, sin perjuicio que estos otorguen la guarda y cuidado a alguna institución de asistencia social pública o privada, legalmente reconocida. La mujer que solicitó mantener en secreto su identidad en el momento del parto y la reserva sobre el nacimiento, deberá integrar inmediatamente al menor al Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Estado de México.

En los casos que los Sistemas Municipales otorguen la guarda y cuidado a instituciones de asistencia social pública o privada, deberán notificarlo al Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Estado de México.

El Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Estado de México asumirá la tutela provisional, guarda y custodia de las niñas niños y adolescentes que ingresen a los centros de asistencia social de carácter público y privado.

3). Tutela Dativa. La tutela dativa tiene lugar cuando, no haya tutor testamentario ni persona a quien conforme a la ley corresponda la tutela

legítima; o el tutor testamentario esté impedido temporalmente para ejercer su cargo y no haya ningún pariente para desempeñarlo legalmente.

4.4.1.5. PERSONAS A QUIENES CORRESPONDE SER TUTOR LEGÍTIMO.

El artículo 4.254 del Código Civil de Estado de México, establece quienes son las personas a quienes le corresponde ser tutor legítimo señalando el orden siguiente:

I. A los hermanos, prefiriéndose a los que sean por ambas líneas.

II. Por falta o incapacidad de los hermanos a los demás colaterales dentro del cuarto grado inclusive.

III. Tratándose de niñas, niños y adolescentes abandonados, expósitos o entregados voluntariamente a los Sistemas para el Desarrollo Integral de la Familia y municipales, éstos ejercerán la tutela legítima desde el momento en que sean recibidos.

4.4.2 DE LA PATRIA POTESTAD

4.4.2.1. DEFINICIÓN

La patria potestad es el conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales.

No debe olvidarse que estos derechos y facultades, únicamente se conceden a los padres, como consecuencia de las importantes obligaciones que tienen que cumplir para el menor, solo existe la patria potestad porque hay obligaciones numerosas a cargo del padre y de la madre, las cuales se resumen en una sola frase; la educación del hijo. El vocablo patria potestad nunca ha sido preciso en

el derecho francés y actualmente lo es menos que nunca. Lo que corresponde a los padres es más bien una tutela, es decir, una carga, que una potestad (potestas). Además, esta potestad no pertenece únicamente al padre como patria potestad romana; también corresponde a la madre quien la ejerce a falta de aquel.⁵⁵

4.4.2.2. OBJETO DEL DERECHO DE PATRIA POTESTAD.

La custodia de un hijo es el derecho de que habite en la casa de los padres, el padre guardián de su hijo, puede, por tanto, obligarlo a que habite con él, y en su caso necesario hacerlo regresar a su domicilio mediante la fuerza pública.⁵⁶

4.4.2.3. ASPECTOS QUE COMPRENDE LA PATRIA POTESTAD.

El Código Civil del Estado de México en su artículo 4.202, indica que la patria potestad comprende la representación legal y la protección integral del menor en sus aspectos físico, psicológico, moral y social, su guarda y custodia, la administración de sus bienes y el derecho de corrección.

4.4.2.4. ORDEN DE PERSONAS PARA EJERCERLA.

El precepto legal 4.204 del Código previamente citado nos refiere que la patria potestad se ejerce en el siguiente orden:

- I.- Por el padre y la madre.
- II.- Por los abuelos.
- III.- Por los familiares consanguíneos hasta el tercer grado colateral.

⁵⁵ Marcel Planiol y Georges Ripert, Derecho Civil Tomo 8, México, Biblioteca Clásicos del Derecho, Editorial Harla 1993, p. 255

⁵⁶ *Ibidem*, pág. 259.

Tratándose de controversia, el juez decidirá a quien corresponde ejercerla, tomando en cuenta el interés del menor. Para el caso de que la familia de origen o extensa no muestre interés en reincorporar a su núcleo familiar y, una vez acreditada la investigación realizada por el Ministerio Público y las áreas de psicología y trabajo social de la Procuraduría de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de México, solo serán llamados a juicio los padres.

4.4.2.5. DE LOS MODOS DE ACABARSE Y SUSPENDERSE.

El artículo 4.223 del Código en cita enumera las formas de concluir el ejercicio de la patria potestad, las cuales se enumeran a continuación:

I. Con la muerte del que la ejerce;

III. Por la mayoría de edad.

V. Cuando quien ejerza haya entregado voluntariamente a su hija o hijo en términos de la Ley que Regula los Centros de Asistencia Social y las Adopciones en el Estado de México y del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México.

VI. Cuando los menores se encuentren albergados y abandonados por sus familiares sin causa (sic) justificada por más de dos meses, en las instalaciones de instituciones públicas o privadas.

VII. Por la exposición que la madre o el padre hiciera de sus hijos.

4.4.3. DE LA ADOPCIÓN

4.4.3.1. DEFINICIÓN

La adopción es un contrato solemne, sometido a la aprobación judicial, que crea entre dos personas relaciones análogas a las que resultarían de la filiación legítima.⁵⁷

⁵⁷ *Ibíd.*, pág. 240

4.4.3.2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS EN EL DERECHO ROMANO.

Desde la época primitiva hasta la Justiniana, en el derecho romano se regularon dos formas clásicas de adopción: la *adoptio* y la *drogatio*.

La *adoptio* permitía el ingreso a la familia de una persona que por estar sujeta a la patria potestad de otro *alieni juris*, en un primer momento el sujeto se desligaba de la potestad del *pater* al que estaba sujeto para posteriormente incorporarse a la familia del nuevo *pater*. En la *drogatio* el incorporado a la nueva familia era sujeto *sui juris*, del cual a su vez dependía de una familia, esta última completa se integraba al nuevo grupo familiar.

La *adoptio* y la *drogatio* tenían predominantemente fines sucesorios, no se trataba de beneficiar a un huérfano o abandonado, sino de perpetuar la dinastía y transmitir el patrimonio.

Durante el imperio justiniano surgieron dos tipos de adopción; la plena realizada por un ascendiente del adoptado y en la que el adoptado se sometía a la potestad del adoptante y quedaba desligado a la de su familia de origen y la *adptio minus* plena realizada por un extraño al adoptado quedando el adoptado vinculado a su familia natural, no saliendo de ella ni de la potestad del *pater* familia, pero adquiriendo, en relación con el padre adoptante, derechos sucesorios.

En España la adopción comenzó merced a la influencia romana, siendo aplicable a ésta, el Fuero Real, las Partidas y la Novísima Recopilación. Estos cuerpos jurídicos se aplicaron en el México colonial, hasta la sanción del Código Civil⁵⁸

⁵⁸ Ruiz Lugo, Rogelio A., La Adopción en México, México, Rusa, 2002, p. 17

4.4.3.2.1. LA ADOPCIÓN EN MÉXICO.

En México el marco jurídico de la adopción ha sufrido diferentes reformas y adiciones desde la época del Virreinato hasta nuestros días, inclusive en cada entidad federativa se ha legislado de manera diversa, en virtud de que el derecho de familia, en cuanto a su regulación, es materia local o estatal, por lo que se requiere armonizar la legislación de cada Estado y promover varias medidas para lograr óptimos resultados en un ámbito nacional.

Tales medidas como la especialización de todos los profesionales abogados, psicólogos, trabajo social, médicos, con el objeto de que los estudios que practican sean enfocados a beneficiar la adopción.

En estos últimos años, contrario a la idiosincrasia imperante en el siglo pasado en el que se buscaba la satisfacción de los intereses de los adoptantes, la adopción ha sido reconocida como una medida de protección para los niños, niñas y adolescentes privados de un medio familiar; pero es ante todo la posibilidad de brindar un sano crecimiento brindando al infante un hogar que por diferentes causas ha crecido con la carencia del amor y la protección que solo puede encontrarse en el seno familiar.

4.4.3.3. LA ADOPCIÓN EN EL ESTADO MEXICO.

Hasta el año 2015 la adopción estaba regulada en el Código Civil del Estado de México, con fecha 20 de agosto de 2015 se crea la Ley que Regula los Centros de Asistencia Social y las Adopciones en el Estado de México, encontrando en este ordenamiento en los Títulos Cuarto, Quinto y Sexto y sus respectivos capítulos, lo referente a la Adopción que a grandes rasgos, dispone que hoy en día el adoptado adquiere la calidad de hijo consanguíneo de los adoptantes, es decir, que con esta adopción se extingue la filiación existente entre el adoptado y sus progenitores y el parentesco con las familias de origen.

Nos refiere los requisitos de los adoptantes, que deben cubrir, como lo es ser mayor de 21 años, tener una diferencia de diez años con el adoptado, tener los medios para proveer lo necesario y que obtengan el certificado de idoneidad expedido por el DIF, Estatal previo haber pasado los estudios médicos, psicológicos y de trabajo social.

También nos señala en su artículo 60 quienes podrán ser adoptados niñas, niños y adolescentes e incapaces de los cuales se cuente con informe de adoptabilidad señalando en 7 fracciones bajo que supuestos.

Independientemente al informe de adoptabilidad, en el precepto 62 señala que en la adopción deben consentir en sus respectivos casos para que proceda la adopción: I. El que ejerce la patria potestad; II. El DIFEM, los Sistemas Municipales DIF, que cuenten con centros de asistencia social. III. Los Centros de Asistencia y/o Instituciones acreditadas que tengan la guarda y cuidado del menor que se pretende adoptar. IV. El Tutor de quien se va adoptar. V. Las personas que hayan acogido al que se pretende adoptar. VI. El Ministerio público a falta de los anteriores o quien lo acogió pretenda adoptarlo; y VII. El Juez, cuando el tutor, el Ministerio Público o el acogedor no consientan la adopción.

En los artículos 63 y 64 nos refiere la Ley en cita, quienes son las autoridades a las que les compete conocer del proceso de adopción como son el DIFEM y los Sistemas Municipales DIF, así como las obligaciones para ambas autoridades administrativas.

En los artículos del 73 al 76 se regula lo relativo a quienes son autoridades coadyuvantes como el Ministerio Público, el Registro Civil y aquellas dependencias y organismos de la administración pública estatal y municipal; así como la participación de la autoridad competente judicial señalada en el

artículo 72 y todo el Título Quinto, capítulos I y II que se refieren al procedimiento judicial y la tramitación de la adopción internacional.

Por último, la Ley establece en sus artículos del 66 al 71, una Junta Multidisciplinaria, quien la conforma y sus atribuciones, refiriendo que es un cuerpo colegiado cuyo objetivo es revisar, analizar, discutir y determinar los aspectos socio jurídicos que permitan regularizar la situación legal de las niñas, niños y adolescentes albergados en el DIFEM, procurando su bienestar, mediante la reintegración con algún familiar o, en su caso, procurarles un nuevo núcleo familiar mediante la adopción, así como los casos que le sean presentados o entregados por los Sistemas Municipales DIF y los Centros de Asistencia Social de carácter privado.

CAPÍTULO QUINTO

LEY QUE REGULA LOS CENTROS DE ASISTENCIA SOCIAL Y LAS ADOPCIONES EN EL ESTADO DE MÉXICO.

5.1. COMENTARIOS A LA LEY QUE REGULA LOS CENTROS DE ASISTENCIA SOCIAL Y LAS ADOPCIONES EN EL ESTADO DE MÉXICO.

Esta Ley inició su vigencia con fecha de 20 de agosto de 2015, derogando todo el Título Sexto “DE LA ADOPCIÓN” del Código Civil para el Estado de México, y reformando los artículos 3.23 (que refiere en poner un término de 5 días a los Oficiales del Registro Civil para emitir el acta de adopción; artículo 4.223 (que indica lo relacionado a la conclusión de la pérdida de la patria potestad), de este mismo artículo la fracción IV se deroga y; (refería a perderse la patria potestad por la adopción); la fracción V del artículo previamente citado se reformo, quedando en el sentido de que también concluye por quien ejerza la patria potestad y haya entregado voluntariamente a su hija o hijo en términos de la Ley que Regula los Centros de Asistencia Social y las Adopciones en el Estado de México.

Del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México; artículo 4.254 fracción III, y; (que indica que tratándose de niñas, niños y adolescentes, abandonados, expósitos o entregados voluntariamente a los Sistemas para el Desarrollo Integral de la Familia y Municipales, estos ejercerán la tutela legítima desde el momento que sean recibidos); por último se adiciona al artículo 4.261 un último párrafo que indica; (que el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Estado de México asumirá la tutela provisional, guarda y custodia de las niñas, niños y adolescentes que ingresen a los centros de asistencia social de carácter público y privado).

En este sentido, es importante analizar los aspectos por el que los menores se encuentran en situaciones diversas y que motivan la atención del Estado y en que la ley para cada caso concreto indica cómo se debe proceder explicándolo de la siguiente manera:

1.- De los Menores Expósitos, se refiere al recién nacido que es colocado en una situación de desamparo, por quienes, conforme a la ley, están obligados a su custodia, protección y cuidado y de quien no es posible determinar su origen.

Esto es que cuando un infante nace y su progenitora lo abandona posterior al parto en cualquier lugar y de cualquier forma, independientemente que esta conducta se encuentra tipificada como un delito (abandono de incapaz), el Código Civil marca la pauta de cómo el Estado debe intervenir en el cuidado y protección, así el artículo 3.13 de forma categórica indica que toda persona que encontrare un expósito (recién nacido de horas o días), deberá presentarlo ante el Agente del Ministerio Público debiéndose iniciar la carpeta de investigación correspondiente y, de igual forma, este precepto señala que cuando la madre al momento del parto, solicite que se preserve el secreto de su identidad y la reserva en torno al nacimiento, es decir, que la madre no lo va a registrar, en esta hipótesis también deberá presentarse al menor ante el Ministerio Público, pues es de explorado derecho que al ser un sujeto incapaz, la representación social es responsable de tomar las medidas urgentes para su guarda y cuidados, y como el Ministerio Público no cuenta con albergues provisionales es correcto que los DIF, Estatal y Municipales que cuentan con centros de atención coadyuven con el deber de protección y cuidados del menor; el representante social en este supuesto tiene una doble función: 1. perseguir el delito en su caso contra la progenitora por abandonar a su hijo y 2. darle asistencialmente los cuidados para su guarda y protección así como también autorizar el Registro de nacimiento ante el Oficial del Registro Civil, y en todo momento el DIF Estatal y Municipal deberán informar al Ministerio Público, la situación jurídica

definitiva sobre las figuras jurídicas de Tutela legítima o Adopción.

2. De los Menores Abandonados, Huérfanos, Maltratados o Explotados Laboralmente o Sexualmente o Involucrados en cualquier otro delito. El Estado debe de intervenir por considerar a los menores incapaces, es decir, que no se pueden valer por sí mismos, y por ende toda persona que tiene conocimiento sobre dichas condiciones debe hacerlo del conocimiento o presentarlo ante el Agente del Ministerio Público o dar parte a las autoridades de cualquier orden de gobierno, para que en el ejercicio de sus funciones actúen de forma inmediata y lo asistan dependiendo de sus condiciones para que le den atención médica o lo presenten ante el Ministerio Público a fin de dar inicio a la carpeta de investigación correspondiente y deslindar responsabilidades contra los que cometieron el delito que en la mayoría de los casos son sus padres, o familiares cercanos o contra quien sea responsable, ordenando inmediatamente en su calidad de representante social a los Sistemas DIF Estatal o Municipales que coadyuven en la atención, guarda y cuidados del infante hasta en tanto se determine su situación jurídica sobre la Patria Potestad en el caso de estar registrados, tutela legítima o, en su caso, la adopción.

3.- De los Menores Entregados Voluntariamente, en estos casos el Código Civil, dispone que procede legalmente la entrega de menores de forma voluntaria, es decir, que aquellos a quien les asiste el derecho de patria potestad, pueden renunciar a este derecho, el Código menciona que todo ser humano que nace vivo y es presentado ante el Oficial del Registro Civil, tiene el derecho a una identidad como lo es el nombre y apellidos, de sus padres y por consecuencia legal tiene derechos de filiación (consanguínea , hasta el tercer grado ya sea de forma ascendente o colateral).

En este apartado, se pueden presentar los siguientes supuestos: si ambos padres no quieren hacerse cargo de su menor hijo, la ley para prevenir el delito de abandono y poner en riesgo su integridad física, regula la entrega voluntaria

y marca la pauta para que opere la figura jurídica de la sustitución de la patria potestad y tutela legítima, como lo refiere el Código Civil en sus artículos 4.204 el orden de las personas que ejercen la patria potestad, 4.254 personas a quien corresponde ser tutor legítimo, 4.261 de la Tutela de los Expósitos y Abandonados y los que sean Entregados. Por lo que, a falta de los padres en primer término de uno de ellos, lo será el otro siempre y cuando no tengan impedimento legal, en segundo término, los abuelos, en tercer término, los familiares consanguíneos hasta el tercer grado colateral, en cuarto término, el DIF, Estatal los DIF Municipales y las instituciones públicas y privadas.

De los anteriores supuestos por los que pasan los menores y que regula la Convención de los Derechos del Niño, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes; la Ley de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de México, Ley de Asistencia Social para el Estado de México y Municipios, el Código Civil del Estado de México, así como el análisis pormenorizado de las figuras Jurídicas enunciadas en los capítulos que anteceden a este, establecen, sin lugar a dudas que: “EL ESTADO ES EL GARANTE DEL INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ FRENTE AL PROCEDIMIENTO DE ADOPCIÓN”

Es evidente que el procedimiento de adopción, es parte de un proceso integral que a grandes rasgos tiene dos vertientes:

La primera, que previo a que el menor tenga su situación jurídica resuelta mediante el juicio de adopción, pasa por otros procedimientos considerando su presentación ante el Agente del Ministerio Público, su remisión para guarda y cuidados a los DIF, Estatal y Municipales que cuenten con centro de asistencia social (albergues), iniciar el procedimiento para regularizar su situación como lo es el juicio de pérdida de patria potestad, tutoría legítima o entrega voluntaria, ante los jueces competentes y con esto obtener el informe de adoptabilidad y;

La segunda relativa a todo el trámite, requisitos, entrevistas, valoraciones por diferentes especialistas, a seguir por parte de los solicitantes de adopción, hasta lograr obtener el certificado de idoneidad.

Ahora bien, en un análisis sistemático de la Ley que Regula los Centros de Asistencia Social y las Adopciones del Estado de México, vigente a partir del 2015, se transgreden las instituciones jurídicas del ejercicio de la Patria Potestad y la Tutela legítima, como continuación se explica y se permite que las instituciones, realicen actos jurídicos que van más allá de lo que las normas Internacionales, Federal y Estatal, que disponen las facultades al Estado, y que para el caso del Estado de México le corresponden a los DIF, Estatal y Municipales:

a).- Del ejercicio de la patria potestad, el artículo 4.223 del Código Civil vigente en el Estado de México, en su fracción V establece que una de las causas por la que se acaba la patria potestad, se da “Cuando quien la ejerza haya entregado voluntariamente a su hija o hijo” en términos de la Ley en análisis, lo que contraviene, el artículo 4.204 del Código Civil, establece un orden para ejercer la patria potestad, y que en primer término será por el padre o la madre, en segundo término por los abuelos y en tercer término por los familiares consanguíneos hasta el tercer grado colateral.

Actualmente las Instituciones de Asistencia Privada, apoyan a la madre durante el embarazo, nacimiento y registro de su menor hijo, proporcionándole servicios de asistencia como alojamiento, vestido, alimentación, médicos y psicológicos, no están a discusión, sin embargo, es contrario al interés superior del infante que la ley permita cuidados que a través de este procedimiento judicial no contencioso se viole el derecho que le asiste por ministerio de ley a los abuelos o tíos o hermanos de la madre para efecto de que se puedan hacer cargo del menor, es decir no se agotan los mecanismos para que el menor quede

integrado en su familia de origen que idealmente es la mejor de las opciones para el óptimo desarrollo integral del menor.

Es relevante hacer notar que la Ley en análisis, en su título III “DE LOS ENTREGADOS VOLUNTARIAMENTE POR LOS PADRES BIOLÓGICOS”, menciona que están facultados para recibir a los menores además de los DIF Estatal y Municipal los Centros de Asistencia Social de las Instituciones Acreditadas y que para esta acción de entrega voluntaria deberán de entrevistar a la madre y el padre, con el objeto de que han sido debidamente informados de las consecuencias y efectos jurídicos de la entrega, que es precisamente la pérdida de la patria potestad, según lo señala el artículo 4.223 fracción V del Código Civil.

Así las cosas, el artículo 32 de la Ley en análisis, en el cuarto párrafo señala que: “EN EL CASO DE RECIÉN NACIDOS O HASTA LOS SEIS MESES, DE LOS CUALES NO EXISTA UNA INTEGRACIÓN CON LA FAMILIA DE ORIGEN O EXTENSA, SE DETERMINARÁ POR VOLUNTAD DE QUIEN EJERCE LA PATRIA POTESTAD, SE RESPETARÁ SU DECISIÓN, SOBRE LA MEDIDA DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA NIÑA, NIÑO O ADOLESCENTE PARA QUE SEA EL DIFEM, LOS SISTEMAS MUNICIPALES DIF O LA INSTITUCION ACREDITADA QUIEN PROTEJA Y GARANTICE DICHOS DERECHOS A TRAVÉS DE LA FIGURA DE LA ADOPCIÓN.”

Se considera que este artículo favorece a las Instituciones Acreditadas y no a los derechos consagrados a favor del menor, en el sentido de que se les permite abiertamente participar con la entrega voluntaria en un procedimiento de pérdida de patria potestad, que únicamente le compete al Estado, pues es a quien le corresponde a través de sus funcionarios públicos adscritos a las áreas de psicología, médica y trabajo social, buscar investigar y cerciorarse de respetar el orden que la ley marca para ejercer el derecho de patria potestad, es decir, contactar con los abuelos, tíos, hermanos del menor, informándoles que

es su derecho la guarda y cuidados del mismo y que previo ciertos estudios puede reintegrarse al menor a su familia de origen y no como se observa que basta que la Institución Acreditada, inicie un procedimiento de entrega voluntaria ante el juez competente y la madre exprese su voluntad en renunciar a sus derechos de patria potestad, sin existir en el juicio investigación, documentos o entrevistas por las áreas a familiares del menor por parte del DIFEM O DIF Municipales que acrediten fehacientemente que no fue posible su reintegración o brindar el apoyo psicológico o cuidados alternativos por parte del DIFEM, cómo se señala el artículo 34 de la Ley en análisis y no solo se limiten a la manifestación expresa de la madre ante el juez de entregar a su hijo con la finalidad de darlo en adopción, agotando solo dar vista al DIFEM y Agente del Ministerio Público para efecto de que manifiesten su conformidad transgrediendo los derechos de los que por ley le corresponden a los familiares.

b).- De la Tutela Legítima.- El artículo 4.253 del Código Civil, señala que hay tutela legítima cuando por cualquier causa no haya quien ejerza la patria potestad, ni tutor testamentario; en este sentido y con la finalidad de fortalecer la importancia de ejercer derechos a favor de los menores y que están debidamente acreditados en el Código Civil, a parte de lo expuesto en el inciso anterior sobre el orden para ejercer la patria potestad, encontramos dentro las clases de tutela a la legítima, dividida en dos tipos la que se refiere a los mayores incapaces y la de los expósitos abandonados y los que son entregados; el artículo 4.261 del Código Civil puntualiza que los menores que estén en los supuestos mencionados estarán, bajo la tutela del DIF Estatal y en su caso de los Municipales que cuenten con albergues, agregando “SIN PERJUICIO QUE ESTOS OTORGUEN LA GUARDA Y CUIDADOS A ALGUNA INSTITUCIÓN DE ASISTENCIA SOCIAL PÚBLICA Y PRIVADA LEGALMENTE RECONOCIDA”, también contempla “QUE LA MUJER QUE SOLICITO MANTENER EN SECRETO SU IDENTIDAD EN EL MOMENTO DEL PARTO Y LA RESERVA SOBRE EL NACIMIENTO DEBERÁ ENTREGARLO INMEDIATAMENTE AL DIF ESTATAL” y por último este precepto legal en su

segundo y tercer párrafo indican que en los casos que los sistemas Municipales otorguen la guarda y cuidados a Instituciones de asistencia social pública o privada, deberán notificarlo al DIF Estatal. Y que el DIF Estatal asumirá la tutela provisional, guarda y custodia de las niñas, niños y adolescentes que ingresen a los centros.

Bajo este esquema normativo y haciendo el análisis sistemático de la Ley que Regula los Centros de Asistencia Social y las Adopciones en el Estado de México que rige a partir del 2015, se contrapone a la esencia del Código Civil y genera un conflicto entre ambas leyes explicándolo de la siguiente manera; mientras que el Código Civil no deja dudas que cuando un menor expósito o entregado de forma voluntaria ante el órgano jurisdiccional, por quien ejerce la patria potestad, la tutela legítima estará bajo el DIF. Estatal y Municipales que cuenten con centros de asistencia, NO facultando a las instituciones para que ejerzan este derecho, el Código Civil, los limita únicamente a que guarden y cuiden, a los menores mientras que al Estado le compete ser su tutor legítimo y definir su situación jurídica, como lo es reintegrarse con algún familiar, acogimiento residencial en los albergues de los DIFS o Centros de Asistencia Social Privados, o iniciar su proceso de adopción.

Y por otro lado la Ley en análisis a sus artículos 29, 31, 32 (cuarto párrafo que se refiere a los casos de recién nacidos), da la pauta para que los centros de asistencia social de las instituciones privadas acreditadas, puedan recibir a ambos padres o cualquiera de ellos, para iniciar el procedimiento de entrega de menor vía judicial, y por ende declararlos tutores legítimos, y con esto estar en condiciones de consentir la adopción a los solicitantes. Lo que genera que el Estado ceda facultades que solo a él le competen como es la tutela legítima además de también proporcionar tanto el certificado de idoneidad como el informe de adaptabilidad para que las instituciones patrocinen el juicio de adopción, siendo que el patrocinio de estos menores para dar en adopción le corresponden únicamente al Estado, es decir, evitar que la adopción por el

simple hecho de estar involucrados menores no puede ser promovida y consentida por instituciones privadas en su calidad de representantes legales de los menores por haber sido declarados judicialmente tutores legítimos.

c). Observaciones al procedimiento actual de adopción que señala el Título Cuarto de la Ley que Regula los Centros de Asistencia Social y las Adopciones en el Estado de México.

Hoy en día el procedimiento de adopción, pareciera que es uno solo y que el DIFEM, es el que regula todo el procedimiento cuando la realidad es otra; ya que al permitir que las Instituciones Privadas, tengan los mismos derechos que el DIFEM, esto es al poder promover juicios de conclusión de pérdida de la patria potestad y de entrega de menor (recién nacidos), ante el Órgano Jurisdiccional, que sólo al estado le compete tutelar por estar involucrados menores, resultando que las instituciones privadas, obtienen con los juicios antes mencionados declaraciones judiciales en el sentido de nombrarlos tutores legítimos y con esto se da la apertura para promover la adopción de forma particular utilizando al DIFEM, como solo una autoridad de trámite al obtener de ella el informe de adoptabilidad, el certificado de idoneidad ocasionando una falta de control y transparencia en la asignación de menores a los matrimonios, explicándolo de forma sustancial de la siguiente manera:

1.- DEL INFORME DE ADOPTABILIDAD: El capítulo IV de la ley en análisis refiere que el informe de adoptabilidad el único en expedirlo será el DIFEM, y que debe contener la identidad, medio social, evolución personal y familiar, así como la situación jurídica que determina la adoptabilidad del menor.

También se manifiesta en el artículo 78, de la Ley en cita, que el DIFEM, tramitará ante el Juez competente la tutela legítima, sin embargo, el último párrafo de este precepto dice que “TRATÁNDOSE DE ENTREGAS VOLUNTARIAS REALIZADAS A LOS CENTROS DE ASISTENCIA SOCIAL DE

CARÁCTER PRIVADO, EL CENTRO RESPECTIVO INFORMARÁ AL DIFEM DE DICHA ENTREGA CON LAS CIRCUNSTANCIAS PARTICULARES”, dejando claro que la interpretación de este precepto es que las instituciones privadas, en lugar de canalizar a los que ejercen la patria potestad o solo uno de ellos en el caso de las madres que quieren entregar voluntariamente a su hijo al DIFEM, ejercen de manera indebida las mismas facultades que el DIFEM para promover el juicio respectivo y obtener la tutela legítima, lo antes vertido también lo señala el artículo 81 “EL DIFEM Y, EN SU CASO, LOS SISTEMAS MUNICIPALES DIF, EN COORDINACIÓN CON EL MINISTERIO PÚBLICO, PROMOVERÁN LA CONCLUSIÓN DE PÉRDIDA DE PATRIA POTESTAD EN LOS SUPUESTOS PREVISTOS EN EL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO. ASÍ MISMO, LOS CENTROS DE ASISTENCIA SOCIAL DE CARÁCTER PRIVADO QUE HAYAN SIDO AUTORIZADOS PARA ELLO”.

Con esto es evidente que el DIFEM no es el único en tutelar los derechos de los menores, si no también se les permite a las instituciones privada para que puedan hacerlo, pues de la misma ley en análisis en su artículo 12 (DE LA AUTORIZACIÓN DE LOS CENTROS DE ASISTENCIA SOCIAL PRIVADA) señala en la fracción I, que al llenar su solicitud deberán manifestar que el servicio que prestarán será de CUIDADOS ALTERNATIVOS O ACOGIMIENTO RESIDENCIAL PARA NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES, permitiendo la ley solo guarda, cuidados y protección y, por otro lado, en otros preceptos se les permite promover juicios con la intención de obtener una declaración judicial de tutela legítima, misma que es un requisito indispensable para promover el juicio de adopción que sólo debe ser promovido por el estado a través del DIFEM y DIF Municipales, resultando una falta de transparencia y control al privatizar las adopciones

2.- DEL CERTIFICADO DE IDONEIDAD; El capítulo V de la Ley refiere que para que los matrimonios puedan adoptar es requisito contar con el certificado de idoneidad, que únicamente expide el DIFEM, y que se inicia a

través de una solicitud que previo la asesoría es entregada por el DIFEM, los DIF Municipales y las instituciones privadas, por lo que cada institución ya sea pública o privada puede dar inicio al trámite, siendo este ya no solo de carácter público que sería lo correcto, sino de manera privada, posterior a la entrega de solicitud, los matrimonios de forma forzosa deben acudir a un taller de inducción que por un lado lo realiza las instituciones públicas como DIFEM y DIF Municipales y, por otro lado, de forma privada los matrimonios asisten al taller de inducción a las instituciones privadas; posteriormente son canalizados los matrimonios que iniciaron en el DIFEM y DIF Municipales a valoraciones de forma gratuita, con especialistas médico, psicológico y de trabajo social, para el proceso de adopción y que pertenecen al DIFEM y por otro lado de forma privada la ley permite que los matrimonios que iniciaron su trámite en las instituciones privadas acudan a sus valoraciones pagando los respectivos honorarios de cada profesionista.

Una vez realizadas las valoraciones por parte del DIFEM o DIF Municipales, y atendiendo a que fueron valorados por institución pública el DIFEM, extiende el oficio de viabilidad lo que permite extender el certificado de idoneidad que tendrá una vigencia de seis meses, ingresando a la lista de espera; pero para el caso de las instituciones privadas, una vez concluidas las valoraciones por especialistas privados remite las valoraciones al DIFEM, para que extienda el certificado de idoneidad, manifestando la ley que inclusive la viabilidad o no del matrimonio para adoptar, no podrá ser notificado por el DIFEM, sino que la institución privada acreditada, es la que debe notificar al matrimonio. En el caso de ser viable el matrimonio y obtener el certificado de idoneidad debe ingresar a la lista de espera.

3.- DE LA LISTA DE ESPERA Y ASIGNACIÓN DE MENORES. La ley en análisis refiere que una vez que el matrimonio obtiene su certificado de idoneidad, debe ingresar a una lista de espera, sin embargo, lamentablemente hay diferentes listas de espera la de los matrimonios del DIFEM y los DIF

Municipales y la de cada una de las instituciones privadas.

De los tres supuestos anteriores vertidos se insiste que existe una falta de control por parte del Estado en cuanto a la protección del menor, primero por permitir que las instituciones privadas promuevan juicios de conclusión de la patria potestad y obtengan derechos que le corresponden al estado, como es la tutela legítima de los menores; segundo se promuevan juicios de adopción derivados del procedimiento de entregas voluntarias que solo le compete al Estado y, por último, al confundir el objeto social de las Instituciones de Asistencia Privada que solo le corresponde en términos de su autorización el de guarda, cuidados y protección de las Niñas, Niños y Adolescentes, permitiendo privatizar el proceso de adopción utilizando al DIFEM para obtener el informe de adoptabilidad y certificado de idoneidad que son requisitos indispensables ante el Juez competente, así como no dar transparencia por parte del Estado a los matrimonios en la asignación del menor bajo el principio de primero en tiempo primero en derecho por existir diversas listas de espera tanto públicas como privadas.

5.2. PROPUESTA DE REFORMAS A DIVERSOS ARTÍCULOS DE LA LEY QUE REGULA LOS CENTROS DE ASISTENCIA SOCIAL Y LAS ADOPCIONES DEL ESTADO DE MÉXICO.

Con la finalidad de darle congruencia y armonía con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Tratados Internacionales, Leyes Federales y Ley de Asistencia Social del Estado de México y Municipios, Código Civil del Estado de México, Ley de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de México por lo que respecta a las figuras jurídicas de la filiación, patria potestad y tutela legítima, así como las facultades expresas a favor del Registro Civil, al Ministerio Público, a los Sistemas Municipales DIF y al DIFEM, que se encuentran vigentes en el Código Civil del Estado de México en cuanto a sus artículos 3.13, 4.203, 4.204, 4.223, 4.243, 4.253, 4.254, 4.261, es necesario

llevar acabo en vía de propuesta las siguientes:

REFORMAS, ADICIONES y ABROGACIONES

- a) Reformar la fracción XVI del artículo 4, 29,31,32,36, fracción V del artículo 60, fracción I del artículo 62, fracción I del artículo 64, segundo párrafo del artículo 78,81,84, tercero y cuarto párrafos de la fracción VI del artículo 86, 88, párrafo segundo del artículo 90, párrafos cuarto y quinto del artículo 93, 95, 97, 103. De la Ley que Regula los Centros de Asistencia Social y las Adopciones en el Estado de México.
- b) Se adiciona la fracción XXII del artículo 4. De la Ley que Regula los Centros de Asistencia Social y las Adopciones en el Estado de México.
- c) Se derogan la fracción III, del artículo 60, fracción III del artículo 62, Fracción X del artículo 63, fracciones III y V del artículo 95 y fracción II del artículo 116. De la Ley que Regula los Centros de Asistencia Social y las Adopciones en el Estado de México.

Artículo 4...

I. a XIII ...

XIV. Institución acreditada: A la Institución de Asistencia Privada autorizada por el DIFEM, para la operación de Centros de Asistencia Social, que dentro de su objeto social prevé la guarda cuidados y protección de niñas, niños y adolescentes ofreciendo servicios de cuidados alternativos y acogimiento residencial.⁵⁹

XV a XXI...

XXII. Lista de Espera: al registro único llevado por el DIFEM, en el que los

59. Actualmente el Artículo 4 fracción XIV. Señala que. Institución acreditada: A la Institución de Asistencia Privada autorizada por el DIFEM, para la operación de Centros de Asistencia Social, que dentro de su objeto social prevé la atención de niñas, niños y adolescentes para procurar su legal adopción.

matrimonios quedarán registrados una vez que tengan su certificado de idoneidad.

Artículo 29. La madre y el padre, o cualquiera de ellos que deseen entregar a su hija o hijo, deberán acudir con identificación oficial para tal efecto ante el DIFEM o los sistemas municipales DIF.

Para el caso de que la madre se encuentre atendida por alguna institución privada acreditada apoyándola con los servicios médicos, psicológicos, alimentos o cualquier otro durante el embarazo, nacimiento, registro y exprese su voluntad de no hacerse cargo de su hijo o hija y entregarlo de forma voluntaria para darlo en adopción.

Las instituciones privadas brindarán la asesoría jurídica y psicológica así como los cuidados alternativos tanto a la madre como a su hija o hijo y harán del conocimiento al DIFEM, para efecto de que se busquen las alternativas de guarda y cuidados con la familia de origen y extensa, de no lograrse se proceda al tramite del procedimiento ante el Juez competente por conclusión de la patria potestad, el cual decretará la tutela legítima a favor del DIFEM, con el objeto de darlo en adopción a un matrimonio que este en lista de espera y cuente con su certificado de idoneidad vigente.⁶⁰

Artículo 31. El DIFEM o los sistemas municipales DIF, en su caso, entrevistarán a la madre y al padre, o con aquel de ellos que se encontrara presente, a fin de comprobar que han sido debidamente informadas de las consecuencias y efectos jurídicos de la entrega.⁶¹

⁶⁰ Actualmente el Artículo 29. Indica que. La madre y el padre, o cualquiera de ellos que deseen entregar a su hija o hijo, deberán acudir con identificación oficial para tal efecto ante el DIFEM, los sistemas municipales DIF o los Centros de Asistencia Social de las instituciones acreditadas. Tratándose de entregas voluntarias realizadas a las instituciones acreditadas, éstas informarán dentro de un plazo no mayor a cuarenta y ocho horas con las circunstancias particulares.

⁶¹ Actualmente el Artículo 31. Establece que. El DIFEM, los sistemas municipales DIF o las instituciones acreditadas que cuenten con Centros de Asistencia Social, en su caso,

Artículo 32. El DIFEM o los sistemas municipales DIF desde el momento de la entrega, asumirán los cuidados y atenciones a fin de garantizar y preservar los derechos de niñas, niños y adolescentes.

...

...

...

En el caso de recién nacidos o hasta los seis meses, de los cuales no exista una integración con la familia de origen o extensa, se determinará por la voluntad de quien ejerce la Patria Potestad, se respetará su decisión sobre la medida de protección de los derechos de la niña, niño o adolescente para que sea el DIFEM o los Sistemas Municipales DIF quien proteja y garantice dichos derechos a través de la figura de adopción.⁶²

Artículo 36. El consentimiento que se haya otorgado podrá ser objeto de desistimiento ante el DIFEM o Sistemas Municipales, ante quien se realice la entrega, hasta antes de que se emita una resolución judicial que determine su situación jurídica. Los sistemas municipales DIF, deberán de informar al DIFEM sobre el desistimiento y la reintegración de las niñas, niños y adolescentes.⁶³

entrevistará a la madre y al padre, o con aquel de ellos que se encontrara presente, a fin de comprobar que han sido debidamente informadas de las consecuencias y efectos jurídicos de la entrega. Tratándose de los Centros de Asistencia Social de las instituciones acreditadas, deberán demostrar fehacientemente tanto al DIFEM como a la autoridad jurisdiccional que la madre, el padre o cualquiera de ellos que hiciera la entrega, tienen pleno conocimiento de las consecuencias y efectos jurídicos de la entrega.

⁶² Actualmente el Artículo 32. Menciona que. El DIFEM, los sistemas municipales DIF o las instituciones acreditadas que cuenten con Centros de Asistencia Social, desde el momento de su entrega, asumirán los cuidados y atenciones a fin de garantizar y preservar los derechos de niñas, niños y adolescentes. En el caso de niñas, niños o adolescentes presentados para entrega, que se encontraban viviendo en un núcleo familiar, se buscará la reintegración con la familia de origen o extensa, según corresponda, mediante el acogimiento familiar en un plazo no mayor a diez días hábiles. En caso que por alguna circunstancia esto sea contrario al interés superior de las niñas, niños o adolescentes, se buscará la integración a una familia en acogimiento mientras se resuelve su situación en los términos de la presente Ley. En el caso de recién nacidos o hasta los seis meses, de los cuales no exista una integración con la familia de origen o extensa, se determinará por la voluntad de quien ejerce la Patria Potestad, se respetará su decisión sobre la medida de protección de los derechos de la niña, niño o adolescente para que sea el DIFEM, los Sistemas Municipales DIF o la Institución Acreditada quien proteja y garantice dichos derechos a través de la figura de adopción.

⁶³ Actualmente el Artículo 36 señala que. El consentimiento que se haya otorgado podrá ser

Art 60...

I a II...

III. Derogado

IV...

V. Aquellos cuya tutela legal haya sido conferida al DIFEM o Sistemas Municipales por resolución judicial.

VI a VII...⁶⁴

Artículo 62...

I. El que ejerce la patria potestad sobre la niña, niño o adolescente que se pretende adoptar, salvo que se trate de abandonados, expósitos o entregados al DIFEM o Sistemas Municipales DIF.

II...

III. Derogado.

IV a VII...⁶⁵

Art. 63...

I a IX...

X. Derogada.⁶⁶

objeto de desistimiento ante los Centros de Asistencia Social de carácter público o privado, ante quien se realice la entrega, hasta antes de que se emita una resolución judicial que determine su situación jurídica. Los sistemas municipales DIF y los Centros de Asistencia Social privados autorizados, deberán de informar al DIFEM sobre el desistimiento y la reintegración de las niñas, niños y adolescentes.

⁶⁴ Actualmente Artículo 60 dispone que. Podrán ser adoptados niñas, niños, adolescentes e incapaces de los cuales se cuente con informe de adoptabilidad dentro de los siguientes supuestos: III. Para efectos de adopción, los centros de asistencia social privados deberán informar al DIFEM del inicio del procedimiento, a fin de manifestar, en su caso, lo que a su derecho e interés convenga como tutor de las niñas, niños y adolescentes. V. Aquellos cuya tutela legal haya sido conferida a las instituciones descritas en la fracción anterior por resolución judicial.

⁶⁵ Actualmente Artículo 62. Menciona que. En la adopción deben consentir, en sus respectivos casos: I. El que ejerce la patria potestad sobre la niña, niño o adolescente que se pretende adoptar, salvo que se trate de abandonados, expósitos o entregados a Centros de Asistencia Social legalmente acreditados. Las niñas, niños y adolescentes entregados a Centros de Asistencia Social de carácter privado solo podrán ser adoptados, previo consentimiento del DIFEM. III. Los Centros de Asistencia y/o las Instituciones acreditadas que tengan la guarda y cuidado de la niña, niño o adolescente que se pretende adoptar.

Artículo 64. Corresponde al DIFEM o los Sistemas Municipales.

I. Promover, en vía judicial, la entrega de las niñas, niños y adolescentes, nombramiento de tutor, conclusión de patria potestad y/o pérdida de patria potestad, según sea el caso, ante el Juez competente y coadyuvar con éste para la rápida resolución del procedimiento, sin menoscabo de lo que realice algún particular.⁶⁷

Artículo 65. Corresponde de manera exclusiva al DIFEM:

I a II...

III. Emitir el oficio de viabilidad de los solicitantes de adopción que han concluido favorablemente con las valoraciones de psicología, médico y trabajo social y que son propuestos por los profesionistas del DIFEM o Sistemas Municipales DIF que cuenten con centros de asistencia social.

IV a V...

VI. Resolver las propuestas que le son presentadas por los Sistemas Municipales DIF que cuenten con centros de asistencia y las Instituciones acreditadas.

VII a XII...⁶⁸

⁶⁶ Actualmente Artículo 63. Indica que. En materia de adopción, el DIFEM y los sistemas municipales DIF en su caso, tienen las obligaciones siguientes: X. Autorizar a los profesionistas de psicología, trabajo social y médico de las Instituciones acreditadas para que realicen las valoraciones correspondientes para incluirlas en la solicitud que se presenta al DIFEM a efecto de emitir en su caso el oficio de viabilidad.

⁶⁷ Actualmente Artículo 64. Establece que. Corresponde al DIFEM y en su caso a los Sistemas Municipales o instituciones acreditadas que cuenten con Centros de Asistencia Social: I. Promover, en vía judicial, la entrega de las niñas, niños y adolescentes, nombramiento de tutor, conclusión de patria potestad y/o pérdida de patria potestad, según sea el caso, ante el Juez Familiar de Primera Instancia y coadyuvar con este para la rápida resolución del procedimiento, sin menoscabo de que lo realice algún particular.

⁶⁸ Actualmente Artículo 65. Señala que. Corresponde de manera exclusiva al DIFEM: III. Emitir el oficio de viabilidad de los solicitantes de adopción que han concluido favorablemente con las valoraciones de psicología, médico y trabajo social y que son propuestos por los profesionistas del DIFEM, o los acreditados de las Instituciones Privadas. VI. Resolver las propuestas de asignación que le son presentadas por los Sistemas Municipales DIF que cuenten con centros de asistencia y las Instituciones acreditadas para que se emitan los informes de Adoptabilidad y los Certificados de Idoneidad de aquellos solicitantes de los cuales se cuenta con oficio de viabilidad.

Artículo 78. Habiéndose agotado la búsqueda y/o localización de familia de origen y extensa que no haya resultado viable o con interés para una reintegración, el DIFEM tramitará ante el Juez competente la tutela legítima, el cual deberá resolver en un plazo que no excederá de cinco días hábiles y derivado de lo cual, en su caso, el DIFEM emitirá el Informe de Adoptabilidad por entrega voluntaria. Tratándose de entregas voluntarias realizadas a los Sistemas Municipales DIF que cuenten con Centros de Asistencia Social, informarán al DIFEM de dicha entrega con las circunstancias particulares.⁶⁹

Artículo 81. El DIFEM y, en su caso, los sistemas municipales DIF, en coordinación con el Ministerio Público, promoverán la conclusión o la pérdida de patria potestad en los supuestos previstos por el Código Civil del Estado de México.⁷⁰

Artículo 84. Las personas que deseen adoptar deberán acudir al DIFEM, o los sistemas municipales DIF y expresar su voluntad de hacerlo, derivado de lo cual, se les proporcionará asesoría jurídica mediante una entrevista, con el propósito de determinar si el interesado cumple con los requisitos legales para adoptar en términos de lo previsto en esta Ley, en cuyo caso se le entregará la solicitud de adopción para su debido llenado, con lo cual inicia el trámite para obtener el Certificado de Idoneidad emitido por el DIFEM, a través de la Procuraduría de Protección.⁷¹

⁶⁹ Actualmente Artículo 78. Indica que. Habiéndose agotado la búsqueda y/o localización de familia de origen y extensa que no haya resultado viable o con interés para una reintegración, el DIFEM tramitará ante el Juez competente la tutela legítima, el cual deberá resolver en un plazo que no excederá de cinco días hábiles y derivado de lo cual, en su caso, el DIFEM emitirá el Informe de Adoptabilidad por entrega voluntaria. Tratándose de entregas voluntarias realizadas a Centros de Asistencia Social de carácter privado, el centro respectivo informará al DIFEM de dicha entrega con las circunstancias particulares.

⁷⁰ Actualmente Artículo 81. Establece que. El DIFEM y, en su caso, los sistemas municipales DIF, en coordinación con el Ministerio Público, promoverán la conclusión o la pérdida de patria potestad en los supuestos previstos por el Código Civil del Estado de México. Así mismo, los centros de asistencia social de carácter privado que hayan sido autorizados para ello

⁷¹ Actualmente Artículo 84. Señala que. Las personas que deseen adoptar deberán acudir al DIFEM, a los sistemas municipales DIF o a las instituciones acreditadas y expresar su voluntad

Artículo 86 ...

I a V...

VI...

El solicitante deberá aceptar, expresamente, que el DIFEM, y los Centros de Asistencia Social de los DIF municipales realicen el seguimiento a la niña, niño o adolescente otorgado en adopción, permitiendo el acceso de la trabajadora social a su domicilio para que realice el estudio correspondiente, comprometiéndose el mismo al envío semestral por dos años de los reportes médicos, psicológico y constancia de estudios, así como fotografías, debiendo notificar al organismo cualquier cambio de domicilio.

Los Centros de Asistencia Social de los DIF municipales, deberán remitir al DIFEM los seguimientos de adopción respectivos, informando de aquellos casos en los que se advierta una situación extraordinaria y que ponga en riesgo el interés superior de niñas, niños y adolescentes.⁷²

Artículo 88. Integrado el expediente se canalizará al o los solicitantes al Taller de Inducción al Procedimiento de Adopción impartido por el DIFEM o, en su caso, por los sistemas municipales DIF. Dicho taller es obligatorio, tendrá una duración de cinco horas. Los talleres que se impartan en los sistemas

de hacerlo, derivado de lo cual, se les proporcionará asesoría jurídica mediante una entrevista, con el propósito de determinar si el interesado cumple con los requisitos legales para adoptar en términos de lo previsto en esta Ley, en cuyo caso se le entregará la solicitud de adopción para su debido llenado, con lo cual inicia el trámite para obtener el Certificado de Idoneidad emitido por el DIFEM, a través de la Procuraduría de Protección.

⁷² Actualmente Artículo 86. A la solicitud de adopción deberá solamente acompañarse la documentación siguiente: El solicitante deberá aceptar, expresamente, que el DIFEM, los Centros de Asistencia Social de los DIF municipales o de las instituciones acreditadas realicen el seguimiento a la niña, niño o adolescente otorgado en adopción, permitiendo el acceso de la trabajadora social a su domicilio para que realice el estudio correspondiente, comprometiéndose el mismo al envío semestral por dos años de los reportes médicos, psicológico y constancia de estudios, así como fotografías, debiendo notificar al organismo cualquier cambio de domicilio. Los Centros de Asistencia Social de los DIF municipales o de las instituciones acreditadas, deberán remitir al DIFEM los seguimientos de adopción respectivos, informando de aquellos casos en los que se advierta una situación extraordinaria y que ponga en riesgo el interés superior de niñas, niños y adolescentes.

municipales DIF comprenderán los parámetros dictados por el DIFEM.⁷³

Artículo 90...

Para los solicitantes que realicen trámites de adopción ante los Sistemas Municipales DIF que cuenten con centro de Asistencia Social, serán ellos quien notifique.

...⁷⁴

Artículo 92. El DIFEM, o los centros de asistencia de los DIF municipales a través de las áreas de valoración que correspondan, determinarán la compatibilidad entre las niñas, niños y adolescentes que cuenten con un Informe de Adoptabilidad y los solicitantes con Oficio de Viabilidad. La determinación de compatibilidad se hará tomando en cuenta las características específicas, perfiles y necesidades de las niñas, niños y adolescentes y el o los solicitantes, garantizando en todo momento su interés superior y la observancia de lo siguiente:

I. a III...⁷⁵

Artículo 93...

...

⁷³ Actualmente Artículo 88. Establece que. Integrado el expediente se canalizará al o los solicitantes al Taller de Inducción al Procedimiento de Adopción impartido por el DIFEM o, en su caso, por los sistemas municipales DIF o las instituciones acreditadas. Dicho taller es obligatorio, tendrá una duración de cinco horas. Los talleres que se impartan en los sistemas municipales DIF comprenderán los parámetros dictados por el DIFEM.

⁷⁴ Actualmente Artículo 90. Indica que. Concluida la etapa de valoraciones y determinada la viabilidad o no viabilidad en cada una de ellas, el resultado será notificado al o los solicitantes en un plazo no mayor a tres días naturales, a través de un oficio de viabilidad, en su caso. Para los solicitantes que realicen trámites por los sistemas municipales DIF o las instituciones acreditadas, el resultado de la viabilidad o no viabilidad que emita el DIFEM, será notificado por conducto de la institución acreditada donde se realizó la solicitud. El DIFEM deberá fundar y motivar su determinación comunicándola a través del oficio, garantizando siempre el interés superior de las niñas, niños y adolescentes

⁷⁵ Actualmente Artículo 92. Señala que. El DIFEM, los centros de asistencia de los DIF municipales y de las instituciones acreditadas a través de las áreas de valoración que correspondan, determinará la compatibilidad entre las niñas, niños y adolescentes que cuenten con un Informe de Adoptabilidad y los solicitantes con Oficio de Viabilidad. La determinación de compatibilidad se hará tomando en cuenta las características específicas, perfiles y necesidades de las niñas, niños y adolescentes y el o los solicitantes, garantizando en todo momento su interés superior y la observancia de lo siguiente:

...

...

El DIFEM o los Sistemas Municipales DIF, realizarán las acciones necesarias para iniciar el procedimiento judicial a fin de buscar que se dicte la Sentencia Firme que decrete la adopción.

En caso de que no se consolide la empatía y adaptación con la familia de acogimiento pre adoptivo, procederá la reincorporación al DIFEM o DIF Municipal que corresponda y se realizará una nueva asignación, siempre y cuando las causas por las cuales no se consolidaron la empatía y la adaptación, no sean atribuibles a los solicitantes.⁷⁶

...

Artículo 95. Las personas que ejerzan profesiones de psicología, medicina, trabajo social y afines en las instituciones públicas que realicen estudios o informes en materia de adopción deberán contar con autorización del DIFEM y cumplir con los requisitos siguientes:

I a II...

III. Derogado

IV...

V. Derogado⁷⁷

⁷⁶ Actualmente Artículo 92. Menciona que El DIFEM, los Sistemas Municipales DIF y las Instituciones Acreditadas realizarán las acciones necesarias para iniciar el procedimiento judicial a fin de buscar que se dicte la Sentencia Firme que decrete la adopción. En caso de que no se consolide la empatía y adaptación con la familia de acogimiento pre adoptivo, procederá la reincorporación al DIFEM, DIF municipal o Centro de Asistencia de la Institución acreditada que corresponda y se realizará una nueva asignación, siempre y cuando las causas por las cuales no se consolidaron la empatía y la adaptación, no sean atribuibles a los solicitantes.

⁷⁷ Actualmente Artículo 95. Indica que. Las personas que ejerzan profesiones de psicología, medicina, trabajo social y afines en las instituciones públicas y privadas que realicen estudios o informes en materia de adopción deberán contar con autorización del DIFEM y cumplir con los requisitos siguientes: III. Presentar carta compromiso por parte de la institución de asistencia privada que proponga al profesional de que se trate ante el DIFEM, en los casos de profesionales que busquen ingresar a instituciones privadas. V. Presentar constancia de la institución de asistencia privada en la que indique ser empleada asalariada con remuneración mensual fija.

Artículo 97. En el escrito inicial ante el Juez deberá manifestarse el nombre del solicitante, nombre y edad de la niña, niño o adolescente susceptible de adopción, nombre y domicilio de la persona, familia de acogida o acogimiento pre adoptivo, institución pública que lo haya acogido, en su caso, y exhibir el Informe de Adoptabilidad y el certificado de idoneidad expedidos por el DIFEM.⁷⁸

Artículo 103. El DIFEM, o los sistemas municipales DIF según sea el caso, darán seguimiento a la adopción por un lapso de dos años en los términos que se establezcan en el Reglamento de esta Ley pudiéndose extender el tiempo que sea necesario si el caso la amerita. No obstante, el plazo establecido en el párrafo anterior, el DIFEM dará seguimiento a los casos en que las niñas, niños y adolescentes estén bajo tratamiento médico hasta su conclusión o hasta ya no considerarlo necesario.⁷⁹

Artículo 116...

I...

II. Derogada.

III...⁸⁰

⁷⁸ Actualmente Artículo 97. Señala que. En el escrito inicial ante el Juez deberá manifestarse el nombre del solicitante, nombre y edad de la niña, niño o adolescente susceptible de adopción, nombre y domicilio de la persona, familia de acogida o acogimiento pre adoptivo, institución pública o privada que lo haya acogido, en su caso, y exhibir el Informe de Adoptabilidad y el certificado de idoneidad expedidos por el DIFEM.

⁷⁹ Actualmente Artículo 103. Establece que. El DIFEM, los sistemas municipales DIF o la institución acreditada, según sea el caso, darán seguimiento a la adopción por un lapso de dos años en los términos que se establezcan en el Reglamento de esta Ley pudiéndose extender el tiempo que sea necesario si el caso la amerita.

⁸⁰ Actualmente Artículo 116. Indica que. Las infracciones cometidas por los Centros de Asistencia Social de las instituciones acreditadas que funcionen con autorización del DIFEM serán sancionadas en los términos siguientes: II. Con multa equivalente de cincuenta a quinientas veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización vigente que corresponda al momento de cometer la infracción, por incumplir las funciones que el DIFEM, en su caso, le haya delegado en materia de adopciones.

CONCLUSIONES

PRIMERA. - El derecho social está basado en los principios de solaridad de todos aquellos que son parte de una comunidad organizada bajo una estructura social, y por ende su actividad es pública y financiada por recursos que el mismo Estado proporciona a favor de acciones y objetivos encaminadas hacia los que se encuentran en un estado de necesidad. La Ley General de Salud, refiere que la asistencia social, consiste en acciones tendientes a modificar y mejorar las circunstancias de carácter social, para que un individuo tenga protección física, mental y social hasta lograr su incorporación a una vida plena y productiva.

SEGUNDA. - La atención a grupos vulnerables donde se encuentra a los menores de edad, nace con el Estado moderno al presentarse la necesidad de que cuenten con un tutor, por lo que tiene obligaciones y atribuciones para legislar a favor de este grupo.

TERCERA. - El DIFEM y los Sistemas Municipales DIF, en términos de la Ley de Asistencia Social del Estado de México y Municipios, por ministerio de ley, deben representar al Estado, en todos aquellos asuntos en donde se encuentren involucrados menores actuando y tomando las medidas de protección para salvaguardar su integridad física y emocional.

CUARTA. - Las instituciones de asistencia privada que cuenten con centros de asistencia social para menores, serán sólo coadyuvantes de las autoridades y su participación solo será enfocada de acuerdo al objeto social por el cual se le otorga la autorización por parte del Estado a través del DIFEM, en el sentido de prestar servicios de acogimiento residencial permanente, guarda y cuidados sin ser tutores legítimos.

QUINTA.- Como toda institución jurídica, la patria potestad, en los juicios de entrega de menores de forma voluntaria por ambos padres o la madre deben las autoridades DIFEM y Sistemas Municipales DIF de ofrecer previo a este procedimiento, la atención psicológica y jurídica, los cuidados alternativos para

efecto de brindar a la madre el albergar a su hijo en un centro social autorizado, con el objeto de que pueda conseguir trabajo para sacar a su hijo o hija adelante, permitiéndole una convivencia abierta para fortalecer el vínculo emocional, además de intervenir en fortalecer los lazos de filiación con la familia. De no lograrse lo anterior, los jueces competentes deben cerciorarse que se han agotado todas las acciones antes descritas sin menoscabo de que puedan ordenar las que consideren pertinentes, e inclusive citar a los abuelos o familiares previo a declarar judicialmente la pérdida de la patria potestad.

SEXTA. - En los procedimientos de entrega voluntaria de menor que tengan por objeto la conclusión de la patria potestad y la declaración de tutor legítimo, que se promuevan ante el Órgano Jurisdiccional, sin excepción alguna, por ser de orden público e interés social, sólo lo promoverá el Estado a través del DIFEM o Sistemas Municipales DIF, reconociendo en juicio la figura del Procurador de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes con lo cuenta cada estructura de estas instituciones.

SEPTIMA .- La Adopción en el Estado de México, debe ser un proceso de orden público y no permitir que se privatice, debe ser transparente para aquellos solicitantes que sean valorados por servidores públicos especializados y no particulares, la asignación de los menores de edad con situación jurídica resuelta debe concederse bajo el principio de quien es primero en tiempo es primero en derecho, para que una vez que los solicitantes obtengan su certificado de idoneidad, sean parte de una lista de espera única que solo el DIFEM lleve el registro y no que existan listas de espera por cada una de las instituciones tanto de los Sistemas Municipales DIF como de las Instituciones de asistencia privada, sin menoscabo que éstas últimas al tener a menores en guarda y cuidados, y existan personas con interés de adoptarlos puedan canalizarlos al DIFEM para que sean valorados y de proceder el DIFEM, lleve a cabo la adopción.

BIBLIOGRAFÍA

A. Zannoni, Eduardo, Derecho de Familia, Buenos Aires, 1993.

Barajas, Santiago, Comentarios al Artículo 4º de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada., México, UNAM, 1990.

Calamandrei, P. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Vol. I. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa América, 1973.

Calvo Caravaca, A. L., Carrascosa González, J. et al., Derecho Internacional Privado, 2ª ed., Granada, Comares, 2000, vol. II.

Carnelutti, F. Sistema de Derecho Procesal Civil. Vol. II., t. IV, Buenos Aires. Unión Tipográfica Editorial Hispanoamericana, 1993.

Castán Tobeñas, La Formulación Judicial del Derecho y el Arbitrio de Equidad, Madrid, 1953.

Castro Prieto, Tratado de Derecho Procesal Civil, Pamplona, 1985.

Chávez Asencio, Manuel, La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno-Filiales, México, Porrúa, 1987.

Contreras Vaca, F. J., "La Competencia Judicial en México y en la Esfera Enternacional a Nivel Interamericano", Jus, Ciudad Juárez, México, 1986.

Couture, E. Fundamentos del Derecho Procesal Civil, 3ª. ed., Buenos Aires. Ediciones De Palma, 1981.

Devis, H. Compendio de Derecho Procesal, 14ª. ed., Vol. I. Santa Fe de Bogotá. Editorial ABC, 1996.

Di Yoro, "El Concepto de Jurisdicción", Temas de Derecho Procesal, Buenos Aires, 1985.

Entrena Cuesta, Curso de Derecho Administrativo, Madrid, 1988, Vol. I

Fernández Arroyo, D.P., Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur, Argentina, Zavalia, 2003.

García de Enterría y Fernández, Curso de Derecho Administrativo. Madrid, Civitas, 1977.

García Máynez, E., Introducción al Estudio del Derecho, México, Ed. Porrúa, 1992.

Giddens Anthony, Sociología, Madrid, Alianza Editorial, 1998.

González Díaz, Lombardo Francisco, El Derecho Social y la Seguridad Social, México, UNAM, 1973.

Lete del Río, Comentarios al Código Civil, dirigidos por Albadalejo, Madrid, 1985.

Liebman, E. Manual de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa América, 1980.

Linton, Ralph. "Introducción. La Historia Natural de la Familia", en La Familia, Fromm et al., 5ª ed., Península, Barcelona, 1987.

Manual De Capacitación Sobre los Derechos Humanos", editado por la Comisión Nacional de Derechos, Cadenas Humanas A.C., junio 2003.

Marcel Planiol y Georges Ripert, Derecho Civil Tomo 8, México, Biblioteca Clásicos del Derecho, Editorial Harla, 1993.

Martin Ramón, Mateo, Problemas Fundamentales, de Beneficencia y Asistencia Social, Ministerio de Gobernación, Madrid, 1967.

Méndez Costa, María Josefa et al., Derecho de Familia, t. II, Rubinzal y Culzoni, Argentina.

- Mendieta y Núñez, L., El Derecho Social, México, Ed. Porrúa, 1980
- Mendizábal Osés, Derecho de los Menores. Teoría General, Madrid. Ed. Pirámide, 1977.
- Miaja de la Muela, A., Derecho Internacional Privado, t. II: Parte especial, 3ª. Ed., Madrid, 1963.
- Montero, J., Ortells, M. y Gómez, J. Derecho Jurisdiccional, 2ª. ed., Vol. I. Barcelona. José María Bosch Editor, S.A., 1991.
- Pallares, Eduardo, Diccionario de Derecho Procesal Civil, Ed. Porrúa, México 1994.
- Penische López, E., Introducción al Estudio del Derecho Civil, México, Ed. Porrúa, 1969
- Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena., Panorama del Derecho Mexicano. Derecho de Familia. México, Ed. McGraw-Hill, 1997.
- Recasens Siches, Luis, Sociología, 18ª ed. Porrúa, México, 1980.
- Redenti, E. Derecho Procesal Civil. Vol. I, t. I, Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa América, 1957.
- Reverte Navarro, Intervención Judicial en las Situaciones Familiares, Murcia, 1980.
- Rousseau Jean Jacques. El Contrato Social, 6ª Ed., Porrúa, México, 1979.
- Ruiz Lugo, Rogelio A., La Adopción en México, México, Rusa, 2002.
- Silva, J. A., Derecho Internacional sobre el Proceso. Procesos Civil y Comercial, México, Ed. McGraw-Hill, 1997
- Zavala Baquerizo, Jorge, El Proceso Penal, tomo I, 4ª Ed, Bogotá, 1989.

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Convención de los Derechos del Niño.

Ley General de Salud.

Ley Federal de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

Código Federal de Procedimientos Penales.

Ley de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de México.

Ley de Asistencia Social del Estado de México y Municipios.

Código Civil del Estado de México.

Código de Procedimientos Civiles del Estado de México.

Ley que Regula los Centros Asistenciales y las Adopciones en el Estado de México.

Ley que crea los Organismos Públicos Descentralizados de Asistencia Social de Carácter Municipal, denominados "Sistemas Municipales para el Desarrollo Integral de la Familia.

Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. XVI, octubre de 2002, Tesis II.3o.C. J/4.

Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. XXII, septiembre de 2005, Tesis I.6o.C. J/49

Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. XXVI, julio de 2007, Tesis 1a. CXLI/2007.

Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. XXVI, julio de 2007, Tesis 1a. CXLI/2007, p. 265, Materia: Civil.

Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 45/112 del 14 de diciembre de 1990, tesis Aislada.

PAGINAS ELECTRONICAS

<http://www.gob.mx/difnacional>

<https://difem.edomex.gob.mx/antecedentes>