



**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA NACIONAL DE MÉXICO
MAESTRÍA EN DERECHO
FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN**

**“LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA QUE SE GENERA EN EL
PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PARA DETERMINAR
LA IDONEIDAD DE LAS PERSONAS PARA UNA
ADOPCIÓN”**

**TESIS
QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE
MAESTRO EN DERECHO**

**PRESENTA:
ESTANISLAO MARTÍNEZ DOMÍNGUEZ**

**TUTOR:
MTRO. HÉCTOR RAMÍREZ VELASCO
POSGRADO EN DERECHO. FES. ACATLÁN.**

México, D.F., Noviembre del 2015.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

Hoy que tengo que hacer las dedicatorias de mi tesis y estar pensando en las personas que tengo que agradecer su apoyo incondicional, mis pensamientos me empiezan a rodar como si fuera una película, y eso me gusto, empecé a recordar a una persona que siempre estuvo conmigo, desde que nació ella ya estaba ahí esperándome para cuidarme y estar a mi lado desde siempre, en mi infancia siempre estuvo a mi lado, recuerdo que me llevaba de su mano cuando iba con sus amigas a jugar, en su adolescencia me permitió conocer sus amores, fracasos, y sus triunfos, desde ese momento se fue creando mi guía y mi ídolo a seguir aunque yo no lo sabía, teníamos problemas pero eso era parte de ser hermanos, parecía mi guardaespaldas y no, no lo era, solo hacia la parte que le correspondía, ser la hermana mayor.

Paso el tiempo y maduramos, de una u otra forma se fue haciendo gracias a la vida la gran guerrera, la que resolvía todo y se enfrentaba a todos por nosotros, porque no era solo por mí, sino por toda la familia y no le bastaba solo eso también tenía que ayudar a toda la gente que se acercaba a solicitarte auxilio, no le gustaba que le agradecieran nada, pero ahora permíteme hacerte llegar el agradecimiento y cariño de todas esas personas que ayudaste hermana sin pedir nada a cambio.

La vida le recompenso primero con un hijo de su carne y fue y lo sigues siendo para él, su ángel guardián peleaste para que el fuera un hombre de bien y provecho pues ahora te lo digo hermana él va a honrar tu persona y siempre seguirá tu ejemplo y será un guerrero para enfrentarse a la vida como tú nos enseñaste.

Hiciste tu vida como tú la querías, te casaste con el hombre que amaste y sigues amando en reino del señor, protegiste a un niño llamado Miguel Ángel que te llegó por el destino, siempre protectora de todos; tus padres, tus hermanos, sobrinos, cuñadas, primos, y amigos que tienes.

Es por todo esto que dedico esta humilde tesis de maestría, a una gran señora, la mejor, mi hermana;

MTRA. EN DERECHO: ALMA MARGARITA MARTINEZ DOMINGUEZ (Mi roñas)
Q.E.P.D.

RECORDAR ES VIVIR, Y PARA NOSOTROS SIEMPRE VIVIRÁS.

AGRADECIMIENTOS

A Dios, esa fuerza superior en quienes muchos no creen y se respeta, pero a ese ser que es omnipotente, quien me regalo a mí familia, quien me regala cada amanecer y por sobre todo quien me regala el entendimiento para realizar cada reto de vida.

A mí dulce mamita, mi socorrito de mi vida. quien siempre está pendiente de encomendarme en sus oraciones y de pedir por mí, para que cada día sea mejor, no solo en lo que hago como trabajo, sino de ser mejor como persona, a ella por ayudarme y comprenderme, simplemente por darme la vida para poder superarme, a ella a quien tanto amo, de nuevo Gracias.

A mi esposa María Roció, a tu paciencia y comprensión, preferiste sacrificar tu tiempo para que yo pudiera cumplir con el mío. Por tu bondad y sacrificio me inspiraste a ser mejor, ahora puedo decir que esta tesis lleva mucho de ti, gracias por estar siempre a mi lado en la terminación de este trabajo.

A mi adorada hija Mayte quien me prestó el tiempo que le pertenecía para terminar y me motivó siempre con sus palabras y acciones, ahora tienes que lograr tus sueños que el mío lo logre gracias a ustedes, "No te rindas" y "Sé fuerte". ¡Gracias, mi muñeca de mi alma te amo!

A mi hijo Eduardo, por ser siempre mi inspiración, motivación y orgullo de mi vida, nunca te rindas que tienes un reto por delante, ser un hombre de bien y provecho.

A mi Maestro Héctor Ramírez Velasco (+), tutor e investigador, así como docente del Programa de Maestría en Derecho en la FES ACATLAN, mi agradecimiento por brindarme una oportunidad, por sus valiosos aportes, dedicación constante, confianza depositada en mí y porque en muchas oportunidades el tiempo transcurre muy rápidamente, pero descubres que no solo hay conocimiento, sino también hay lazos de amistad y personas de gran calidad humana. Gracias por brindarme todos estos valiosos detalles que me llevaron a la culminación de este trabajo.

A mis seres queridos que ahora están en el reino del señor, mi papa Estanislao (+) y mi tía Beatriz (+), Alma Margarita mi hermana y todos mis familiares y amigos que les ha llamado el señor a su reino, gracias por quererme y apoyarme siempre, esto también se lo debo a ustedes.

Mis hermanos, Vicente Manuel, Yamil, Antonio, Gilberto que ha sido como un hermano para mí, a todos ellos gracias por estar conmigo y apoyarme siempre, los quiero y respeto mucho, les recuerdo que estaré por siempre con ustedes cuando me necesiten.

Todos mis sobrinos que gracias a Dios tengo hasta para regalar, para que vean en mí un no ejemplo a seguir, sino solamente un familiar que los quiere mucho y que siempre los apoyara en cualquier situación.

Deseo expresar de todo corazón mis más sinceros agradecimientos a todos aquellos familiares que me brindaron su colaboración, sus conocimientos, su ayuda incondicional y por sobre todo su amistad durante la realización de esta investigación. Este es el esfuerzo de un gran equipo de trabajo, a cada uno de ellos, Gracias.

A la Universidad Nacional Autónoma de México y en especial a la Facultad de Estudios Superiores Acatlán, que me dieron la oportunidad de formar parte de ellas. Gracias por haber fomentado en mí el deseo de superación y el anhelo de triunfo en la vida. Mis palabras no bastarían para agradecerles su apoyo, su comprensión y sus consejos en los momentos difíciles. A todos, espero no defraudarlos y contar siempre con su valioso apoyo, sincero e incondicional. ...y a todos aquellos que hicieron posible la elaboración y desarrollo de este trabajo.

¡Gracias!

“Por Mi Raza Hablará el Espíritu”

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
---------------------------	----------

CAPÍTULO I. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS

1. TEORÍAS SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL SER HUMANO	6
1.1. TEORÍA DE LUIGI FERRAJOLI	7
1.1.1. Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales	8
1.1.2. ¿Qué son los Derechos Fundamentales?	12
1.1.3. Los derechos fundamentales como auto-obligación o de una auto-limitación del Estado	17
1.1.4. La relación de los Derechos fundamentales y las Garantías	20
1.1.5. ¿Qué son y qué no son los derechos sociales fundamentales?	23
1.2. TEORÍA DE LA DIGNIDAD HUMANA	25
1.3. TEORÍAS DE LA ADOPCIÓN	30

CAPÍTULO II. LA LEGISLACIÓN DE LA INSTITUCIÓN DE ADOPCIÓN Y SU CONTEXTO ACTUAL.....

2.1 LA CONSTITUCIÓN Y LA FAMILIA.....	34
2.2. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 4º CONSTITUCIONAL	38
2.3. SUSTENTO JURÍDICO DE LAS FIGURAS DE LA ADOPCIÓN EN EL ESTADO DE MÉXICO	42
2.3.1 <i>Adopción Plena</i>	43
2.4. ADOPCIÓN INTERNACIONAL	44
2.5. EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO	45
2.6. EL TRATAMIENTO DEL MENOR Y LA FAMILIA PARA EL ESTADO DE MÉXICO.....	46
2.7. JURISPRUDENCIAS O CRITERIOS RELATIVOS AL MENOR Y A LA FAMILIA	49
2.8. TRATADOS INTERNACIONALES.....	60
2.9. CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO	68

CAPÍTULO III. LA INEFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA INSTITUCIÓN DE LA ADOPCIÓN.....

3. EL CONTEXTO DE LA DE LA ADOPCIÓN EN LAS INSTITUCIONES ENCARGADAS DE SU VIGILANCIA.....	75
3.1. EL PROCEDIMIENTO PARA LA OBTENCIÓN DEL CERTIFICADO DE IDONEIDAD	77
3.2. ANÁLISIS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.....	80
3.2.1. La primera entrevista	81
3.2.2. El inicio del expediente: la información psicológica y socio familiar	81
3.2.3. El estudio psicológico – social. Temor y rechazo	82
3.2.4. El papel del asistente social	85
3.2.5. Los criterios de selección	86
3.2.6. La lista de espera	87
3.2.7. La preadopción	87
3.3. LA APLICACIÓN DE LEGALIDAD DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR ANTE EL ÓRGANO JURISDICCIONAL	88
3.3.1. La derogación de la Revocación en la Adopción	89
3.3.2. La regulación del Estado mexicano en la Institución de la adopción	90
3.3.3. La Maternidad Anónima para efectos de Adopción	94

3.4. LA NEGACIÓN DE ADOPCIÓN Y EL REGISTRO NACIONAL DE ADOPCIONES	97
3.4.1. El Registro Nacional de Adopciones	99
3.5. INCAPACIDAD DE SOLVENCIA ECONÓMICA.....	108
3.5.1. La negativa ficta y el derecho de petición en la vía civil familiar	111
3.6. LA ADOPCIÓN POR HOMOSEXUALES	117
3.7. ANTINOMIAS EN EL PROCEDIMIENTO DE ADOPCIÓN	120

CAPÍTULO IV. LA REALIDAD DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA ADOPCIÓN, EN EL CONTEXTO ACTUAL..... 148

4.1 DECLARACIÓN SOBRE LOS PRINCIPIOS SOCIALES Y JURÍDICOS RELATIVOS A LA PROTECCIÓN Y EL BIENESTAR DE LOS NIÑOS, CON PARTICULAR REFERENCIA A LA ADOPCIÓN Y LA COLOCACIÓN EN HOGARES DE GUARDA, EN LOS PLANOS NACIONAL E INTERNACIONAL	148
4.2 EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PARA LA OBTENCIÓN DEL CERTIFICADO DE IDONEIDAD EN MÉXICO	150
4.3 LA DISCRIMINACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO UN CÍRCULO VICIOSO.....	152
4.4 PROPUESTA TEÓRICA-CONCEPTUAL DE UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE ADOPCIÓN.	159

CONCLUSIONES 171

BIBLIOGRAFÍA 177

INTRODUCCIÓN

Los derechos humanos se han plasmado en nuestra Carta Magna abrazando los principios que lo caracterizan: proteger y salvaguardar los derechos de aquellos grupos vulnerables; lo cual debe formar parte de las prioridades de un Estado social y democrático de derecho. Por ello se han convertido en uno de los parámetros de legitimación más importantes para nuestro gobierno.

El núcleo principal de toda sociedad es la familia; la cual, se conforma típicamente por niños, y sus respectivos padres, debido a ello todos los medios de protección deben de salvaguardar las garantías individuales o derechos fundamentales del ser humano, de sus miembros ya que sin ellos no existiría el bien común para vivir en un grupo de personas que busca la convivencia humana.

La sociedad en la actualidad considera a la adopción como el sistema de protección por excelencia para el menor carente de familia propia, y debe de cumplir la función para la cual fue creada, el bienestar e interés del niño desamparado y lo sintetizamos en un principio fundamental: “dar una familia al niño que no lo tiene”.

Entonces ¿por qué la incongruencia que se da en la institución de la adopción en su procedimiento administrativo? el cual aplica el órgano que está facultado para determinar si las personas son aptas o no para ser padres, en consecuencia las repercusiones que se dan a largo y corto plazo son varias; por un lado los adoptantes viven la incertidumbre de no saber por qué han sido rechazados en la obtención del certificado de idoneidad, y por el otro, en cuanto a los menores que están esperando una familia adoptiva, ¿realmente en estas instituciones se aplica y se vigila el interés superior del menor cuando no se ha considerado idónea a la persona que lo ha querido adoptar?

En esta investigación se usará como referente principal la teoría de Luigi Ferrajoli con sus preceptos de los Derechos Fundamentales de las personas; en base a ello se analizarán las causas y fines del procedimiento administrativo que ocupa el Sistema Estatal y municipal del Desarrollo Integral de la Familia del Estado de México (DIFEM) para otorgar el consentimiento para una adopción por medio del certificado de idoneidad.

Se analizará si en realidad en este certificado de idoneidad es debidamente correcto la aplicación del interés superior del menor, para lo cual es relevante hacer recordar, de una manera general, a nuestras autoridades administrativas, civiles y sociedad, que hagan conciencia y no se pierda el fin o meta de la adopción cuyo propósito es la formación de una familia y no la búsqueda de más aglutinamiento de niños en las casas hogar o de acogimiento que ocupa el Estado.

El interés del menor es influido por las creencias, valores y contravalores de los evaluadores que mediatizan su percepción profesional; lo que puede influir en la inseguridad administrativa de sus conclusiones en el otorgamiento del certificado de idoneidad.

El procedimiento administrativo que debe encontrar padres para proteger a menores que no tienen una familia, abandona a quienes se han ofrecido para ser sus tutores tras hacerles pasar algunos de los momentos más duros y amargos de su vida, en una decisión que pensaban que era buena y aceptada socialmente: ofrecerse para adoptar a un menor sin familia.

Una pretensión que de no poder satisfacerse por razones justas tiene que ser informada debidamente. Ya que la adopción debe seguir siendo valorada positivamente como uno de los mayores servicios a los niños de nuestro país, que tienen derecho a vivir en una familia.

Nuestro planteamiento del problema a investigar se centra en el procedimiento administrativo para una adopción, que determina la idoneidad de las personas para ser adoptantes y, en un caso, de la falta de respuesta por parte de la autoridad administrativa, lo cual conlleva a la incertidumbre de los adoptantes y a la vulneración de sus derechos fundamentales y garantías constitucionales.

La presente investigación se justifica en virtud de la incertidumbre que genera la autoridad administrativa cuando es omisa en la expedición del certificado de idoneidad para que se pueda llevar el procedimiento judicial de adopción. Hecho que constituye un problema social, a raíz del derecho de garantías fundamentales constitucionales violadas.

En los objetivos generales vamos a evidenciar la problemática que produce la autoridad administrativa que interviene en el procedimiento administrativo para

certificar la idoneidad de los adoptantes, debido a que genera incertidumbre al no pronunciar las causas de improcedencia cuando los adoptantes no son aptos; con el fin que se aplique el “debido proceso” en un procedimiento administrativo donde sean fundados, motivados y comunicados sus pronunciamientos, además de garantizar que cumplan con el verdadero interés superior del menor en una adopción: ofrecer al infante una familia que le permita tener un desarrollo social y humano.

Como punto de partida en la metodología que se aplicará en esta investigación ocuparemos el método deductivo, con el propósito de tener un contexto de los derechos de las personas y de las fuentes de la adopción en la creación del interés superior del menor, su fin. Todo esto para aterrizarlo con un método inductivo de investigaciones de campo con estudios descriptivos de hechos, como han sido observados, para comprobar la hipótesis planteada en esta investigación. Los objetivos específicos de esta tesis serán:

Primero: Analizar los derechos y garantías fundamentales de las personas que quieren adoptar y las que serán adoptadas, a través de las teorías de los derechos fundamentales, así como lo valioso que ha sido la convivencia e integración de toda persona a pertenecer a un grupo que le brinde protección.

Segundo: Analizar y conocer el órgano administrativo así como las facultades, sus restricciones y los distintos preceptos jurídicos que atañen a el certificado de idoneidad y en conjunto a la institución de la adopción, a partir de las convenios y tratados internacionales, legislaciones, manuales, y jurisprudencias relacionadas, así como los instrumentos de su aplicación.

Tercero: Evidenciar la problemática en torno a la incertidumbre del procedimiento administrativo para la obtención del certificado de idoneidad y la realidad de su aplicación en el interés superior del menor y las repercusiones que generan en su procedimiento del derecho de adopción.

Cuarto: Construir una propuesta teórica-conceptual acerca del derecho de adopción en México, tras el análisis de la problemática de la inefectividad del procedimiento administrativo y antinomias que surgen en las Leyes que se aplican para un juicio de adopción.

La hipótesis de nuestra investigación es demostrar que el procedimiento administrativo del sistema para el desarrollo integral de la familia genera más problemáticas que beneficios encaminados al interés superior del menor. Por un lado a los adoptantes, cuando no se pronuncia por la improcedencia de su solicitud del certificado de idoneidad; y por el otro, a los niños les elimina una posibilidad para integrarse a una familia. Como consecuencia de esta situación se trasgreden las garantías constitucionales consagradas en nuestra carta magna, por lo que no es factible iniciar un proceso judicial para una adopción.

La delimitación del tema estará dada desde cuatro perspectivas:

Primera: en el ámbito del Sistema del Desarrollo Integral de la Familia del Estado de México.

Segunda: el jurídico con fundamento en lo dispuesto por los 1º, 4º, 8º 14º y 16º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Tercera: el administrativo en el Manual de Procedimientos y Estudio Biosicosociales para Adopción y Apoyo a la Familia.

Cuarta: en los Derechos Humanos, en un contexto de análisis crítico del papel que desempeña la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), sosteniendo como un derecho que se respeten las garantías individuales consagradas por nuestra Carta Magna.

Con todas estas premisas y apartir de nuestro protocolo de investigación, creímos conveniente estructurar la presente tesis en cuatro capítulos.

En el capítulo primero “ Los derechos fundamentales de las personas” se pretende profundizar el analisis de nuestro marco teorico y presentar un panorama introductorio tanto de las teorias de los derechos fundamentales de las personas como de las teorias de la dignidad humana esto, con la unica intención, de ubicarnos en el objeto; ademas de introducir al lector sobre la valiosa necesidad de la formación de la familia y como el Estado debe de protegerla y otorgarle las debidas garantias, de las cuales nos habla Luigi ferrajoli. Posteriormente y para aterrizar las anteriores teorias nos abocaremos a las raices de la adopción, apoyandonos con este fin, de las teorias que hablan sobre esta institución que ha

sido el instrumento para la creación de la familia para menores que han quedado en desamparo.

El capítulo segundo el cual lleva por título "La legislación de la institución de adopción y su contexto actual" versa sobre nuestro marco jurídico, en el cual, conoceremos de forma breve las fuentes de la formación de la familia y su sustento jurídico en nuestra Constitución Mexicana. Posteriormente, reduciremos el panorama de la familia al contexto de la adopción y la delimitaremos; con este propósito usaremos como punto de referencia el Estado de México, sin dejar a un lado las Leyes, jurisprudencias y tratados internacionales sobre la adopción.

En el capítulo tercero, "La inefectividad de los derechos fundamentales en la institución de la adopción", hablaremos de la premisa principal del problema que hemos investigado "El procedimiento administrativo", partiendo de ella analizaremos con lupa todas las partes y fuentes de las que emana este proceso cuyo único fin es calificar a una persona y su calidad como tal para ser padre de un menor. Haremos un comparativo de este procedimiento y todo lo relacionado de esta valiosa institución llamada "*adopción*"; para hacer el ejercicio hemos elegido a la madre patria, España por sus altos índices de adopciones favorables. Si bien ambos países, no poseen un contexto similar nos parece necesario conocer que les ha funcionado, así como los problemas que han tenido en la trayectoria de su institución de adopción para comprender a través de su comparación con México, nuestra situación.

A partir de ahí conectamos con el capítulo cuarto "La realidad del derecho fundamental a la adopción, en el contexto actual" en la que se presenta un instrumento jurídico internacional relacionado al bienestar de los niños y la adopción y le damos relevancia al interés superior del menor en el procedimiento administrativo, para terminar nos daremos a la tarea de una propuesta teórica-conceptual de reformar el procedimiento administrativo para la certificación de idoneidad de las personas adoptantes y finalmente presentaremos las conclusiones del presente trabajo de investigación.

CAPÍTULO I. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS

1. Teorías sobre los derechos fundamentales del ser humano

En la institución de la adopción podemos encontrar un derecho fundamental: darle a un niño que haya sido legalmente declarado “susceptible de ser adoptado”, ya sea por la cesión o por el abandono de los padres biológicos, una familia estable que le permita crecer y desarrollarse adecuadamente, en un ambiente de protección y afecto.

Adoptar es una decisión muy importante, ya que este paso crea una familia de una forma distinta, al recibir como hijo (a) a un niño o niña que no lo es biológicamente. La adopción es una medida de protección por excelencia, que se aplica en suplencia de la familia de origen, cuando se han agotado todas las posibilidades para que un niño pueda reintegrarse o permanecer bajo el cuidado de su familia biológica.

Es un derecho fundamental el formar una familia, así lo menciona el art. 4 párrafo octavo de nuestra Constitución Mexicana, que corresponden universalmente a todos, como lo menciona *Luigi Ferrajoli* en su definición teórica en relación a los derechos fundamentales:

Son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos con capacidad de obrar; entendiéndose por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lecciones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicios de estas.¹

Tanto el menor, como las personas que pretenden adoptar son seres humanos y están dotados del *status* de personas con derechos y obligaciones ya que es un derecho subjetivo la expectativa de querer formar una familia y la obligación del Estado el cuidar y darle protección a la misma.

Con el simple hecho de pertenecer a la raza humana nacemos con dichos derechos sin que nadie nos lo conceda bajo su autoridad o mandato divino. Para vivir en sociedad se necesita la aplicación de estos derechos para el bien común.

¹ Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, p. 19.

1.1. Teoría de Luigi Ferrajoli

La siguiente teoría refleja la situación actual de la institución de la adopción en México ya que, a pesar de no estar debidamente plasmada en nuestra Constitución, existen artículos que protegen a la familia; meta principal de una adopción. Así es como los derechos fundamentales pueden estar formulados, no es un dogma que se debe de seguir literalmente como está estipulado en códigos constituciones o reglamentos, pero que debemos de entender de su existencia aunque no estén expresados de forma explícita.

Desde la aparición del raciocinio se considera propio de la naturaleza, interés y necesidad del ser humano gozar de los derechos fundamentales. Por esa razón, son reconocidos en toda sociedad; es decir, que son derechos con los que se nace y por qué pertenecen a la raza humana son considerados como fundamentales debido a ello no pueden ser legítimamente negados a una persona. Ningún gobierno o autoridad tiene competencia para negarlos, ya que forman parte de la esencia de la persona.

En consecuencia desde que nacemos pasamos a ser parte de una familia, este tipo de derechos, por otra parte, son irrenunciables. Ningún sujeto puede desprenderse de ellos, ni siquiera por propia voluntad; así como no existe la esclavitud voluntaria, una persona no puede renunciar a su libertad y someterse de forma voluntaria a los mandatos de otro ser humano, por ejemplo.

Son también universales; es decir que son para todas las personas sin importar raza, religión, clase social y cualquier clase de sujetos son titulares de los mismos, Ferrajoli nos dice "*que son de carácter universal los siguientes derechos fundamentales: la libertad personal, la libertad de pensamiento, los derechos políticos, los derechos sociales y similares*"², algunos de ellos son provistos desde que nacemos y otros nos los brinda el Estado; sin embargo, también han sido universales desde que se creó la figura de éste, inclusive hay derechos fundamentales que existían antes de la creación del Estado.

²*Ibidem*, p. 20.

Esta definición de los derechos fundamentales pertenece a la teoría general del derecho y a pesar de que nos los tutela en sus bienes, valores o necesidades sustanciales, es de suponer que toda persona tiene sus derechos fundamentales solo por el hecho de ser un humano, aun si está bajo un régimen de Estado que tenga cualquier tipo filosofía que aplique a sus gobernados; positivista o lusracionalista, liberal, socialista o también, si no estamos muy alejados de la realidad, un gobierno antiliberal y antidemocrático.

Así también los derechos fundamentales de la persona humana, constituyen un concepto histórico propio del mundo moderno, esto es porque se trata de un concepto que surge progresivamente desde el inicio de la humanidad hasta la edad moderna y se desarrolla hasta nuestros días.

1.1.1. Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales

Sabemos que el constitucionalismo tiene como base un modelo lusracionalista, y que con el tiempo se convirtió plenamente en positivo al transformarse en un estado constitucional; es decir que de ser un derecho natural paso a ser un derecho positivo plasmado dentro de un documento; además con su evolución, obtuvo una validez autónoma al derecho antes mencionado. Por tanto los derechos fundamentales no son creados por la Constitución, sino que éste es solo un instrumento en donde se plasman. Hacemos referencia al libro que contiene las contribuciones al seminario de *La teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexi, Francisco J. Bastida, donde se menciona que:*

“... los inviolables e inalienables derechos humanos no han sido creados por Ley Fundamental de Bonn, sino que ésta los contempla como parte integrante de un ordenamiento jurídico preexistente y suprapositivo...

Donde se trata de proteger la dignidad como derecho originario de todo ser humano”³

Las Constituciones democráticas son históricamente una evolución de las constituciones liberales y consideramos que todas tienen un fin en su creación: la

³Alexy, Robert, *Derechos Sociales y Ponderación*, Madrid-México, Fontamara, 2007, p. 107.

protección de las personas. De igual modo, consideramos que los derechos fundamentales contenidos en ellas son básicamente los mismos.

Sin embargo, las normas de derecho fundamental que se encuentran bajo un enunciado similar pueden ser disímiles entre ellas al poseer un fundamento jurídico diferente, debido a que, las constituciones democráticas tienen un marco positivista del ordenamiento jurídico en el que la constitución es la norma suprema y la fuente de todas las demás normas del ordenamiento, como lo es en México.

Hace una mención especial *Alexy* sobre este cambio radical:

“gran parte de la doctrina científica sigue anclada en la fundamentación antropocéntrica y iusracional de los derechos humanos; en el fondo, no se ha asimilado plenamente la idea de que la positivación constitucional de los derechos les priva de su supuesto carácter preestatal, de su pretendida condición natural de derechos inviolables, inalienables e imprescriptibles”⁴

Consideramos que son derechos que a pesar de no estar plasmados en una Constitución por el solo hecho de haber nacido y pertenecer a la especie humana, los tenemos ya integralmente en nuestro ser y en nuestros sentidos. Además sabemos que somos personas que pensamos y nos diferenciamos de las otras especies que habitan en nuestro planeta.

La constitución es una norma jurídica suprema y también es la fuente única de la validez o de la aplicabilidad de todas las demás normas que componen el orden jurídico. El sistema constitucional se hace autónomo y organiza internamente su validez.

Si la constitución reconoce derechos fundamentales no puede con una aceptación de una legalidad iusracional previa, externa e intangible; es decir, que una constitución no lo es por contener una declaración de derechos, debe de serlo por su más alta posición jurídica. Como ley suprema de normas fundantes de todas las demás, debe tener como único fin el bienestar del ser humano y proteger a la sociedad la cual esta puede estar formada por familias o por individuos que se respeten entre sí.

⁴ *Ibidem*, p. 112

Los derechos son “fundamentales” en la medida en que participan de esa posición de pilares para crear la Constitución y la base de esta, en cambio si no estuvieran en ese lugar no podrían ser calificables como fundamentales. De carecer de dicho rango quedarían fuera de la posición que tiene nuestra carta magna, por lo que, los legisladores serían libres de decidir sobre ellos y se podría perder el fin de la creación de estos derechos; es decir, la protección del ser humano en todos sus aspectos.

Lamentablemente al *ser* unos derechos que pueden considerarse inherentes a las personas, no es la causa de su *deber ser* como normas iusfundamentales. Debido a ello, se han convertido en un “motivo político” que motiva al constituyente a incluirlos en la norma fundamental del ordenamiento, pero la “causa jurídica” de su validez como derechos fundamentales está en la citada posición normativa suprema, que es la que los hace *inviolables* frente a cualquiera que no sea el órgano de reforma constitucional.

Veamos un ejemplo: El derecho a la protección y a la integración de una familia es jurídicamente un derecho fundamental, porque establece una pretensión subjetiva de eficacia directa y el legislador no la puede suprimir, ya que solo la puede regular en los términos y con las condiciones predeterminadas por la constitución; su validez jurídica no deriva del hecho de que la formación de una familia sea esencial para el ser humano; aunque este, puede ser el motivo que lleva al constituyente a darle la relevancia jurídica a tal pretensión.

Ahora analicemos en sentido contrario, el derecho social a la protección a la salud, no es un derecho fundamental, a pesar de que nadie dudé de que sea *fundamental* para la persona tener garantizada la protección de la salud; sin embargo, no es un derecho fundamental porque la Constitución no la sitúa en esa posición normativa suprema; su configuración jurídica la encomienda por completo al legislador y la persona sólo podrá alegar ese derecho en los términos dispuestos en la ley, con la normatividad de la misma.

Como se puede ver en el último ejemplo y haciendo un comparativo del derecho de la protección de la salud con la institución de la adopción, es que esta, podrá ser un derecho social puesto que su configuración jurídica la llevo a cabo el

legislador y la persona que quiera llevar a cabo una adopción tendrá que apegarse a encontrar ese derecho bajo lo dispuesto en las normas de la ley, no obstante, si ubicamos el pilar principal de la adopción el cual es formar una familia entonces, el derecho a la protección y a la integración de una familia son jurídicamente un derecho fundamental porque establecen una pretensión subjetiva de eficacia directa.

Las características que tipifican a un derecho fundamental derivan de la doble dimensión de la Constitución, en cuanto que es una fuente jurídica: como *fuerza principal de las demás fuentes*, y por supuesto como *fuerza suprema de eficacia directa*.

En la primera vertiente, la Constitución regula la producción de normas y sus destinatarios son el legislador y los demás poderes públicos, a los que les está prohibida la libre disposición sobre los derechos constitucionalmente establecidos; es decir, en los pilares que son los derechos fundamentales. Como ya mencionamos la adopción es un instrumento que busca formar una familia y en este sentido, es un derecho fundamental como lo analizamos previamente.

En la vertiente siguiente, la Constitución actúa como una fuente que crea directamente relaciones jurídicas, dotada de eficacia, su destinatario puede ser cualquiera y su objeto cualquier ámbito vital.

La doble actuación en la condición de la constitución como fuente hace que los derechos fundamentales sean inatacables y de eficacia inmediata.

Es conveniente mencionar que la primera vertiente o sea la indisponibilidad de los derechos fundamentales por el legislador es quizá la más clara, sobre todo en los derechos que precisan para su pleno ejercicio en una previa interposición del legislador. En un análisis más profundo se puede concluir que la fuente de los derechos consiste primariamente en la eficacia directa de tales derechos; es decir, en su *potencial disponibilidad inmediata por sus titulares*.

El legislador queda en una posición predeterminada por esta eficacia inmediata de las normas iusfundamentales, así debe ser porque si un sistema jurídico sitúa en el núcleo de su estructura y de su funcionamiento la atribución de derechos a los individuos, procurará dotarlos de la mayor eficacia posible, sin interferencias de

los poderes públicos o de otros sujetos; de su garantía y eficacia dependerá el funcionamiento del sistema constitucional.

El legislador no podrá disponer de los derechos para negarlos, no obstante es posible que algunos derechos fundamentales no los pueda ejercer su titular sin una previa intermediación del legislador, por ejemplo:

- El derecho a la tutela judicial efectiva.
- El derecho de sufragio.
- El derecho a una adopción.

Aunque ello no impide afirmar que comportan una disponibilidad *potencialmente inmediata*, y que se concreta en la posibilidad de exigir que los poderes públicos arbitren la organización y los procedimientos necesarios para dar efectividad a esos derechos. La omisión de esta obligada intervención del legislador hará surgir la eficacia directa de la norma iusfundamental, aunque sea en su contenido mínimo o esencial.

Un derecho fundamental es ante todo un derecho subjetivo, es decir, un apoderamiento jurídico, que es lo que contiene el derecho plasmado en la Constitución como lo mencionamos anteriormente, la cual se le atribuye a una persona para que pueda defender, asegurar o ejercer determinadas expectativas, por ejemplo el querer formar una familia por medio de una adopción, aunque esta institución no este plasmada en ella, si protege el bien jurídico de la familia con la fuerza normativa de la Constitución.

Entonces es necesario exigir a un tercero sea una institución pública o una particular, el derecho de formar una familia por medio de la adopción. Aunque no es necesario tener hijos para formar una familia, si lo es para el interés superior del menor ya que al formar parte de una familia que lo proteja y lo cuide, el derecho fundamental de ellos será aplicado en consecuencia como lo dice la Constitución.

1.1.2 ¿Qué son los Derechos Fundamentales?

Todo derecho es regulado por una norma, por ello tenemos que buscar los fundamentos de la familia, no perdiendo de vista que con la figura de la adopción

se puede formar una que, como lo vimos anteriormente, es una norma plasmada en nuestra Constitución. Analizando desde la perspectiva de Ferrajoli, sobre él porque son derechos fundamentales los siguientes:

- La vida.
- La libertad.
- La igualdad.

La libertad, igualdad y la resistencia a la opresión, afirma el artículo II de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789:

- *II. La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Esos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.*⁵

La seguridad es lo que nos interesa comentar, por el momento, ya que en relación con nuestra investigación la familia es creada para darles protección a todos sus integrantes y el Estado para darle plena seguridad para su desarrollo. Por lo que si una familia solo se pudiera crear biológicamente estaríamos dándole un freno a sus alcances, y aquí es donde entra y toma valor la figura de la adopción que a la vez también es un auxiliar del Estado ya que va a pasar a darle protección y seguridad a una persona de manera más individual, con padres que lo guiaran en su vida futura.

Analicemos estas dos figuras –“familia” y “adopción”, también dicho “derechos fundamentales”; entre ellas existen claras diferencias estructurales aptas para generar dentro del dominio de los derechos. De este modo la adopción es un instrumento jurídico para llegar a formar una familia que existe como alternativa a la manera natural en que se crea.

Se trata de diferencias que presiden del contenido de las dos formas de su creación de derechos y que únicamente tienen que ver con:

- Su forma o estructura.

De este modo, se resuelven muchas aparentes manifestaciones de dudas, cuando se habla del “*derecho a la adopción*” como de un “*derecho civil*” semejante

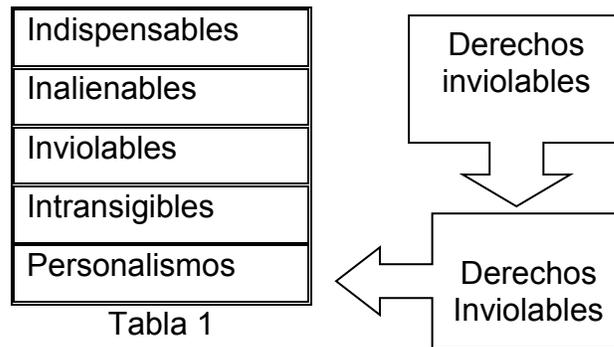
⁵ *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, consultado el 30 de marzo del 2013 en: www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/30/pr/pr23.pdf

a los derechos de libertad de formarla de manera biológica o de manera natural ya comentada anteriormente; además se alude directamente al derecho de formar una familia al igual que a la capacidad jurídica de una familia biológica.

Esto es, a derechos civiles que son sin duda, fundamentales porque conciernen a todos, puesto que es mejor una sociedad con más familias basadas en el bien común de toda sociedad, la cual es la protección de todo individuo que pertenece a ella, como mencionamos anterior mente.

Los derechos fundamentales tienen los siguientes pilares según la teoría de Ferrajoli⁶ en la que se expresa que todos ellos no se pueden violar por ninguna autoridad:

- Los derechos fundamentales son derechos:



Los derechos inviolables, (tabla 1) son todos los derechos vitales cuya garantía es condición necesaria para la paz: el derecho a la vida y a la integridad personal, los derechos civiles y políticos, los derechos de libertad, pero también, en un mundo en el que sobrevivir es siempre menos un hecho natural y cada vez más un hecho artificial, los derechos sociales para la supervivencia, esto nos da como resultado la creación de la normas.

La igualdad es en primer lugar igualdad en los derechos de libertad, que garantizan el igual valor de todas las diferencias personales —de nacionalidad, de sexo, de lengua, de religión, de opiniones políticas, de condiciones personales y sociales, como dice el artículo 1° de la Constitución— que hacen de cada persona un individuo diferente a todos los demás y de cada individuo una persona igual a

⁶ Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Ed. Trotta, 2001, p. 30

todas las otras; y es en segundo lugar, igualdad en los derechos sociales que garantizan la reducción de las desigualdades económicas y sociales.

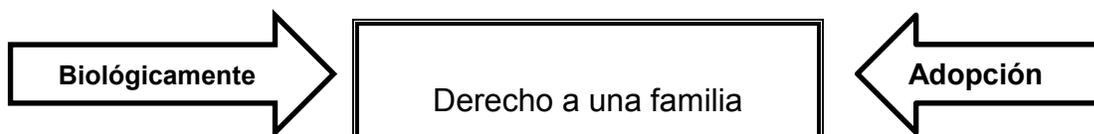
Este derecho inviolable del que hacemos mención en el anterior párrafo es una de las claves en nuestra materia de investigación ya que el procedimiento administrativo que se ocupa para llevar a cabo una certificación de idoneidad para ser padres de un niño. Habremos de analizar si realmente se aplica esta igualdad en el proceso para certificar a una persona, en su calidad, para ser padre adoptivo.

Los derechos fundamentales pueden ser leyes del más débil, en alternativa a la ley del más fuerte que regiría en su ausencia y si hablamos del interés superior del menor el cual, en su calidad de niño, se antepone el sustantivo de persona débil. Un derecho fundamental que se puede aplicar ante esta situación es pertenecer a una familia si no es por medio biológico puede ser por medio de una adopción, estas leyes también se pueden aplicar en las siguientes situaciones:

- en primer lugar el derecho a la vida, contra la ley de quien es más fuerte físicamente;
- en segundo lugar los derechos de inmunidad y de libertad, contra el arbitrio de quien es más fuerte políticamente;
- en tercer lugar los derechos sociales, que son derechos a la supervivencia contra la ley de quien es más fuerte social y económicamente.

Los derechos fundamentales en la institución de la adopción están vinculados con la de pertenecer a una familia, el cual si es un derecho que está plasmando en nuestra Carta Magna, ya que son derechos indispensables por su naturaleza, e influye en la persona que necesita a alguien para su protección, ya que la familia es el núcleo principal de nuestra sociedad.

Tabla 2



No todos los derechos son fundamentales, un ejemplo claro de ello se puede encontrar al hacer un comparativo con los derechos patrimoniales que al tener un

objeto consistente en un bien patrimonial, se adquieren, se cambian y se venden; en cambio, el derecho de tener una familia no tiene nada que ver con los anteriores adjetivos.

Las libertades, por el contrario, no se cambian, no se acumulan ni se venden. Recordemos que la historia nos ha jugado en contra de estas suposiciones ya que en la esclavitud si se vendía la libertad de los seres humanos, que no eran considerados con el *status* de personas y por esto no tenían los derechos fundamentales universales, el imperio romano nos sirve de ejemplo para este análisis.

En respuesta a la pregunta que antecede al subcapítulo podemos decir que los derechos fundamentales no se consumen así como tampoco puede venderse el derecho a la vida, los derechos a la integridad personal, los derechos civiles o políticos, al formar una familia y al recibir protección por medio de ella.

Otro rasgo de los derechos fundamentales es que son universales ya que no pueden sufrir consecuencia alguna si la persona está muy mal en su posición económica, de manera que nadie puede privarse o ser privado o sufrir disminución de los mismos, sin que con ello deje de ser iguales o universales; y por consiguiente, fundamentales. El hecho de no estar incluido en las clases sociales medias altas o hacia arriba, no debe de existir un prejuicio de ser un buen padre o un buen proveedor para sustentar a una familia. Estas situaciones se aplican en un estudio socioeconómico en un procedimiento administrativo para la certificación de idoneidad de padres adoptivos.

Analizando lo anterior de los derechos fundamentales que son normas, y que se identifican con las mismas normas o reglas generales que los atribuyen, por ejemplo:

- La igualdad en los derechos fundamentales está dispuesta en México por el artículo 1º párrafo primero de la Constitución y no es otra cosa que la norma que la misma expresa:

Artículo 1. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

A los derechos fundamentales, en cuanto se tenga expresión en normas constitucionales, le corresponden prohibiciones y obligaciones a cargo del Estado, cuya violación es causa de invalidez de las leyes y de las demás decisiones públicas cuya observancia es, por el contrario, condición de legitimidad de los poderes públicos.

1.1.3 Los derechos fundamentales como auto-obligación o de una auto-limitación del Estado

El Estado es el encargado de velar por los derechos de sus gobernados y de cierta forma los derechos fundamentales son el límite que tiene su autoridad ya que el contenido de estos; es decir que la naturaleza de sus necesidades están protegidas por ellos.

Una auto-obligación del Estado sería en el supuesto de la figura de la adopción de un menor y de un embarazo, hablando metafóricamente, esto sucedería desde el momento en que se inicia el procedimiento administrativo lo cual sería similar a cuando se concibe la fecundación que después, al llegar el momento de alumbramiento ya es un miembro de la familia; esto similar, comparado con la resolución del juez civil familiar, a cuando te dice que el infante ya es un integrante de la familia y es por esto que el Estado tiene que cuidar el proceso de la adopción velando siempre por la necesidad del interés superior del menor sin menoscabar los derechos fundamentales de sus gobernados.

Es decir, que de esas necesidades cotidianas cuya satisfacción es condición de la convivencia civil y a la vez causa o razón social del artificio que es el Estado y para lo cual fue formado, por esa misma sociedad que está formada por familias.

Como ya lo mencionamos anteriormente, ningún contrato, se ha dicho, puede disponer de la vida, ninguna mayoría política puede disponer de las libertades, ni de los demás derechos fundamentales: tampoco se puede decidir que una persona sea condenada sin pruebas, privada de su libertad personal, de los derechos civiles o políticos o incluso, dejarla morir sin atención o en el abandono.

Es por esto que de aquí surge la connotación “sustancial” impresa por los derechos fundamentales al Estado de derecho y a la democracia constitucional.

En efecto, las normas que asignan más allá e incluso contra las voluntades opositoras de la mayoría de los derechos fundamentales, tanto los de la libertad que imponen prohibiciones, como las sociales que imponen obligaciones al legislador, por consiguiente, esos derechos son regulados por un medio plasmado que es nuestra constitución.

Los derechos fundamentales clasificados en las constituciones en derechos de libertad y en derechos sociales, operan como fuentes de invalidación y de deslegitimación más que de legitimación.

Por eso su configuración como “elementos orgánicos del Estado” y “efectos reflejos” del poder estatal, estos derechos existen como situaciones de derecho positivo en cuanto a que son plasmados en las constituciones, es precisamente por ello que representan no una autolimitación, siempre revocable del poder soberano, sino, al contrario a un sistema de límites y de vínculos por encima de él.

Por tanto, no se trata de “derechos del Estado”, “para el Estado” o “en interés del Estado”, el fin de los derechos fundamentales no son para la protección personal del Estado; por el contrario, es un derecho hacia y, si es necesario, contra el Estado, o sea, contra los poderes públicos aunque sean democráticos o de mayoría.

Los derechos fundamentales no están previstos por normas como efectos de actos preceptivos singulares, sino que ellos mismos son normas, están activos sobre la naturaleza de la relación entre las personas y la Constitución, es una mezcla de la vida cotidiana de los sujetos con sus derechos fundamentales.

Como lo menciona Ferrajoli “...que estas normas en su parte sustancial de la Constitución, los “titulares” son las personas mencionadas anteriormente, o sea que son para ellos y son que más que destinatarios, ya que todos los sujetos a los que las mismas gozan de los derechos fundamentales. A ello se debe la imposibilidad de que sean modificadas por decisión de la mayoría”⁷ es el núcleo central para lo cual fue creada esa magna carta o sea para las personas que han decidido formar una sociedad para vivir en común y armonía.

⁷ *Ibidem*, p. 38.

En principio, tales normas están dotadas de rigidez absoluta porque no son más que los mismos derechos fundamentales establecidos como inviolables, de manera que todos y cada uno son titulares.

El problema de la democracia constitucional es algo relacionado con el hecho de que se sostenga que la sociedad y el Estado nacen de un pacto. Ese pacto lo establecen los individuos que comienzan a ser parte de esa sociedad, dirigida por el Estado. Por esto es que es la formación del Estado como un ente público instituido y garantizador de la paz, es al mismo tiempo de los derechos fundamentales, como lo menciona Ferrajoli se trata de una:

*“Esfera pública y este papel garantista del Estado, limitados por Hobbes de manera exclusiva a la tutela del derecho a la vida, se extendieron históricamente, ampliándose a otros derechos que en distintas ocasiones fueron afirmándose como fundamentales: a los derechos civiles y de libertad, por obra del pensamiento ilustrado y de las revoluciones liberales de las que nacieron las primeras declaraciones de derechos y las constituciones decimonónicas; después, a los derechos políticos, con la progresiva ampliación del sufragio y de la capacidad política; más tarde, al derecho de huelga y los derechos sociales, en las constituciones de este siglo, hasta los nuevos derechos, a la paz, al medio ambiente y a la información hoy objeto de reivindicación pero no constitucionalizados”.*⁸

De antemano sabíamos y teníamos certeza que los derechos fundamentales eran nuestros porque el Estado no tiene la decisión de como vivamos o del como elegimos formar una familia ya sea de forma natural o por medio de la adopción. Este asunto es algo que le incumbe a cada sujeto en particular; sin embargo, teníamos que plasmarlos y que alguien se hiciera cargo de su vigilancia y su debida aplicación, es aquí, donde creamos un contrato social con los sujetos que se van a encargar de dicha encomienda, más de igual forma, nosotros tenemos la obligación de velar por que esas otras personas, parte del contrato, cumplan con sus obligaciones, a cambio de ello se les dará derechos y facultades.

Lamentablemente los derechos fundamentales se afirman siempre como *“leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte que regía y regirá en su ausencia”*⁹, es muy cierto lo que menciona Ferrajoli pero también es cierto que no siempre va a ganar el más fuerte es por esto que se crean los derechos y

⁸ *Ibidem*, p. 39.

⁹ *Idem*, p. 39.

obligaciones para que vivamos en una empatía de convivencia de todos nuestros semejantes para así respetarnos en sociedad.

1.1.4. La relación de los Derechos fundamentales y las Garantías

Los argumentos teóricos-jurídicos con los que habitualmente se replica la tesis del carácter supranacional de los derechos humanos, sean de libertad o sociales, son de nacimiento realista.

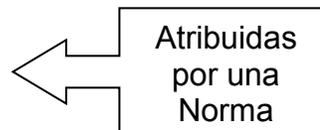
Los derechos escritos en las cartas internacionales no serían derechos, porque están desprovistos de garantías. Por la misma razón, como se ha visto, tampoco serían derechos los derechos sociales, los cuales carecen de las adecuadas garantías jurisdiccionales. Se concreta en la afirmación de que, más allá de su proclamación, aun cuando sea de rango constitucional, un derecho no garantizado no sería un verdadero derecho, ya que nadie podría exigir el cumplimiento de ese derecho.

Es de una seguridad plena, que si confundimos derechos y sus garantías, ambas, resultarán descalificadas en el plano jurídico. Las dos más importantes conquistas del constitucionalismo, es decir, de la internacionalización de los derechos fundamentales a través de los tratados y convenios, la constitucionalización de los derechos sociales. Reducidas una y otra, en defecto de las adecuadas garantías, serían una promesa de lo que se nos va a dar por estipulado y a simples declamaciones retóricas estipuladas en la constitución y a lo sumo, a vagos programas políticos jurídicamente irrelevantes, como al buscar el voto de los ciudadanos.

Pero no es ésta la razón principal necesaria además de suficiente para distinguir conceptualmente entre derechos subjetivos:

“Garantías Primarias”

- Expectativas positivas de prestaciones
- Negativas de no lesiones

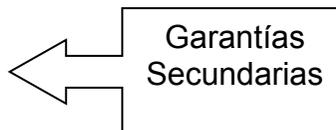


Una expectativa positiva podría ser que el Estado le brinde protección a un menor abandonado y le busque por medio de sus instituciones una familia

adoptiva y una norma negativa es que si no cumple con los requerimientos necesarios para la adopción los adoptantes no podrán seguir con el procedimiento de adopción.

Así como a los deberes correspondientes que constituyen las garantías asimismo dictadas por normas jurídicas:

- Obligaciones
- Prohibiciones



En un sistema de equilibrio debe de existir lo permitido y lo prohibido; es decir, que se mantiene fijas en la ley las dos circunstancias, como es la moral y como sería un sistema de derecho natural fundado únicamente sobre principios de razón. Las relaciones entre figuras deónticas (prohibiciones o permisivas) son relaciones puramente lógicas o de supuestos que a futuro se podrían presentar:

Tabla 4

Dado un derecho, o sea, una expectativa jurídica positiva o negativa.	Existe para otro sujeto la obligación o la prohibición correspondiente.
Dado un permiso positivo, el comportamiento permitido no está prohibido.	No existe la obligación correlativa.
Dada una obligación, no está permitida la omisión del comportamiento.	No existe el correlativo permiso negativo pero que sí existe el correspondiente permiso positivo.

En estos supuestos la existencia o la no existencia de tales actuaciones o sucesos de actividades de las personas, (tabla 4) está implicada por la existencia o la inexistencia de las correlativas a ellas y asumidas como “dadas”.

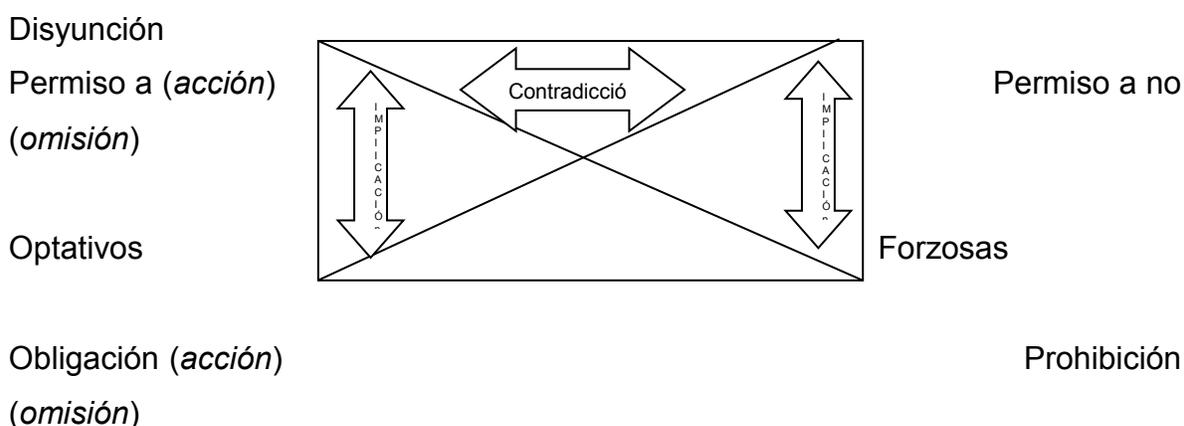
Es como la figura del matrimonio la cual solo se permite entre personas de diferente sexo en algunas entidades federativas de México, mientras que en otras no se menciona el género; esto al aplicarse da a entender que lo no prohibido es permitido y por ello se tienen que permitir los matrimonios homosexuales por no estar negadas por nuestra Constitución. De este modo se da cabida a la adopción, por tener como un requisito el matrimonio.

Estas conductas son de cuatro tipos que conllevan una acción o una omisión, una realización o una abstención.

Consecuentemente, en ellos no existen ni antinomias ni lagunas: cuando dos normas entran en contradicción, una de las dos debe ser excluida como inexistente, más que como inválida.

Todo lo cual puede mostrarse con una equivalencia de lo que sucede si actuamos de la forma descrita en las normas que realizó el Dr. Carlos Alberto Burgoa Toledo¹⁰, mediante el siguiente cuadro:

Tabla 5



Incompatibilidad

Analicemos la figura de la tabla 5 en la que el “permiso a” implica una realización o acción, al igual que lo es la “obligación”, mientras que el “permiso a no” implica una abstención o una omisión, al igual que lo es la “prohibición”.

No obstante, pese a que existe igual signo para unos y otros (positivo y negativo, respectivamente) los “permisos” son optativos mientras que las obligaciones y las prohibiciones son “forzosas”.

Todo esto no es verdadero en los sistemas, la existencia o la inexistencia de una situación jurídica: de una obligación, una prohibición, un permiso o una expectativa jurídica depende de la existencia de una norma positiva que la prevea, que, a su vez, no es deducida de la de otras normas, sino indicada, como hecho empírico del acto futuro de la persona que lo va a realizar.

¹⁰ Burgoa Toledo, Carlos Alberto, *Los agravios para la defensa jurídica*, México, dofiscal, 2013, p.XLV.

Por consiguiente, es muy posible que dado un derecho subjetivo, no exista aun cuando debiera existir la obligación o la prohibición correspondiente a causa de la —indebida— inexistencia de la norma que las prevé.

También es posible que, dado un permiso, exista, aun cuando no debiera existir, la prohibición del mínimo comportamiento a causa de la (indebida) existencia de la norma que la prevé, por ejemplo las restricciones que se anotan en las licencias de manejo, que a pesar de ser conocidas aún se les permita manejar un auto y poner en peligro la vida de otras personas.

En suma, en tales sistemas, son posibles y en algunas medidas inevitables tanto las lagunas como las antinomias, por que surgen día con día expectativas nuevas que se van derivando de la conducta de las personas ya que no son máquinas a las que se les pueda insertar un chip de cómo deben de comportarse con sus semejantes.

La definición de derecho subjetivo como expectativa jurídica a la que corresponde una obligación o una prohibición, son supuestos de tipo deóntico o normativo, no sobre el “*ser*” sino sobre el “*deber ser*” del derecho del que se habla, del mismo modo en que lo son las definiciones de la “*prohibición*” como “*no permiso de la actuación*” y de la “*obligación como permiso de la omisión*”, y hasta el mismo principio lógico de “*no contradicción*”.

El derecho subjetivo es una garantía primaria en la que:

- “No hay derecho subjetivo en relación con una persona sin el correspondiente deber jurídico de otra”

También el derecho subjetivo al deber que, en caso de violación, deberá darse su sanción respectiva por un juez , esto es la llamada garantía secundaria.

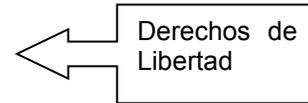
- “El derecho subjetivo (consiste) no en el presunto interés, sino en la protección jurídica”.

1.1.5. ¿Qué son y qué no son los derechos sociales fundamentales?

Los derechos sociales fundamentales son derechos a prestaciones positivas del Estado que han sido considerados como derechos constitucionales con carácter

fundamental en este sentido, estrictamente, no son derechos sociales fundamentales los derechos liberales clásicos de:

- Libertad de asociación sindical art. 9 CPEUM.
- De libertad de manifestación de ideas art. 6 CPEUM.



Los Derechos sociales fundamentales son:

- Los derechos a la alimentación.
- La salud.
- la educación.
- La vivienda.
- El trabajo.
- La seguridad social.
- La adopción.

Porque todos ellos son derechos individuales y son prestaciones positivas del Estado. En la adopción una de las formas para llevarla a cabo es con los niños expósitos o que han recogido legalmente la autoridad debido a que esta es una prestación positiva del Estado.

Los derechos sociales reconocidos en la legislación laboral, individual o colectiva, de familia o administrativa, pese a carecer en principio de rango iusfundamental, pueden adquirirlo en casos concretos; y por tanto pueden ser protegidos por la jurisdicción constitucional.

Nada impide que los jueces reconozcan en sus decisiones que los derechos sociales legales gozan de protección constitucional, para darles la debida importancia para lo cual fueron creadas, una debida seguridad social para todas las personas.

Por otra parte, en el sistema de múltiples niveles que constituye el sistema normativo de producción de los derechos humanos, encontramos el reconocimiento de derechos sociales tanto a nivel de los pactos internacionales de carácter universal, como de los pactos regionales, en este caso el Pacto de San

José de Costa Rica o Convención Americana sobre Derechos Humanos en su capítulo III que habla sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales.¹¹

Estos dos niveles supranacionales vienen a reforzar la garantía y la justicia de los derechos sociales fundamentales cuando ellos no son reconocidos efectivamente en la práctica de los países que se han suscrito al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y/o la Convención Americana, México es un país que forma parte de ellos.

En conclusión, para estar ante verdaderos derechos sociales fundamentales no basta ni su positivización en el orden interno, ni su reconocimiento constitucional o convencional; se requiere además de su reconocimiento como derechos fundamentales en el establecimiento de acciones y procedimientos constitucionales para hacer exigible estos derechos por sus titulares, como lo puede ser la adopción.

Los derechos sociales fundamentales, en consecuencia, no son normas de rango constitucional que sólo establecen obligaciones objetivas a los poderes públicos, en particular al legislador, para que los desarrolle progresivamente sino verdaderos derechos públicos subjetivos en cabeza de sus individuos quienes pueden exigirlos en forma inmediata por medio de la acción de inconstitucionalidad o también por el control de convencionalidad.

1.2. Teoría de la Dignidad Humana

La relevancia filosófica de la dignidad humana nace en el mundo romano antiguo, en el cual se compone de dos palabras diferentes cuyo sentido se ha transformado con el correr del tiempo; sin embargo, aún lo tenemos presentes en nuestros días.

Por un lado, “dignidad” se dice que indica la posición especial del hombre en el cosmos; por el otro, es la posición que ocupa en la vida pública. Esto puede ligarse al hecho de que el hombre, siendo el único animal racional, se diferencia del resto de la naturaleza, así como se diferencia de los otros de su misma

¹¹ Convención Americana Sobre Derechos Humanos, consultado el 15 de Abril de 2014 en: <http://www.cidh.oas.org/basicos/basicos2.htm>

especie debido a lo que hace en la vida pública por lo cual se le confiere un valor particular.

Nos damos cuenta que la misma naturaleza lo coloca en el nivel más alto de su jerarquía al tener el poder del raciocinio, y también como en la segunda observación es la posición en la jerarquía social la que le da un factor determinante.

El significado de dignidad es universal, ya que al menos en principio todo ser humano la posee como don natural, no obstante la va degradando con el transcurso de su vida o la va solidificando en sus acciones, sea por que deriva de acciones que algunos individuos realizan y otros no; es decir que se le puede o adquirir o perder.

En su investigación sobre "*El principio de la dignidad humana*" Paolo Becchi nos dice que:

El cristianismo ofrecerá un potente incentivo a la consolidación del valor universal de la dignidad humana, si bien no se puede olvidar que el instituto jurídico de la esclavitud persistirá por largo tiempo en el mundo cristiano, es en efecto, con la doctrina de los padres de la iglesia que la idea veterotestamentaria del hombre como imagen de Dios será extendida del pueblo elegido de todos los hombres.¹²

Y como todos fuimos creados según esta cita a semejanza de Dios por ese simple hecho tenemos una dignidad, *Hobbes* menciona sobre la dignidad humana que se reduce a su significado particular, al valor que todo hombre tiene en virtud de aquello que hace y que la comunidad política reconoce: "*el prestigio público de un hombre, que es un valor atribuido por el Estado, es aquel que los hombres llaman comúnmente DIGNIDAD*"¹³, nada más alejado de la realidad, porque el Estado no debe ser el instrumento que nos diga que tenemos dignidad o que la misma sociedad a través de nuestras acciones reconozca que somos dignos de ser humanos, nuestras acciones deben encaminarnos a ser unas personas felices y a realizarnos de la manera en que lo deseemos; sí es a través de la formación de una familia, y los elementos que la conforman; al final serán estos los que nos digan si somos dignos de pertenecer a la misma.

¹² Becchi, Paolo, *El principio de la dignidad humana*, México, Fontamara, 2012, p. 13.

¹³ *Idem.* p. 14.

Que más dignos podemos ser si por medio de una adopción le restituimos al niño su derecho a tener una familia definitiva al otorgarle la calidad de hijo respecto de los adoptantes desde el punto de vista legal, con todos los derechos que ello implica y sin ningún tipo de diferencia de los hijos biológicos. Estamos haciendo una actividad que nos es política, más es trascendental en la vida de la formación de una familia.

Una idea muy diferente a la de *Hobbes*, es presentada por *S. Pufendorf*:

*No se debe recurrir a la idea de una determinada cualidad natural que debe de tener un hombre o una cualidad inherente a su status social, ni tampoco retomar la tradición cristiana, sino que partir de la idea de libertad que es el presupuesto para la existencia de un orden moral o sea que es la idea de libertad moral del hombre, no su naturaleza, la que le confiere dignidad*¹⁴

Para Kant “dignidad” significa que “*el hombre es un ser capaz de actuar en el respeto de la leyes morales, el hombre tiene dignidad gracias a su dimensión moral, posee un valor intrínseco absoluto no como un animal racional sino como portador de un imperativo moral incondicionado*”¹⁵, en conclusión, no es por el hecho de nacer que el hombre sea digno sino que es el “*el hecho de la razón*” lo que fundamenta a la ley moral, ya que esta nos dice que debemos de tratar a todos los miembros de la humanidad como iguales. El reconocimiento de otro se funda como valor moral de la persona en aceptarlo como tal.

El certificado de idoneidad debe de tratar con dignidad a las personas que solicitan una adopción, y con el simple hecho de decirles que no son aptos para ser padres les vulneran sus derechos fundamentales a formar una familia, analicemos un poco de historia en relación a la existencia real de una legitimación jurídica de la dignidad humana.

Fue a finales de la Segunda Guerra Mundial cuando se promovió una legalización de la dignidad a partir del Estatuto (o carta) de la Organización de las Naciones Unidas (1945), de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948) donde se plasmó esto. Existen varios documentos en los cuales se presenta la definición de la dignidad humana, pues en la guerra mencionada no

¹⁴ *Ibidem*, p.15.

¹⁵ *Ibidem*, p.18.

se respetaba la dignidad humana y por ello la Organización de las Naciones Unidas nos dice, en dicha carta; *“reafirma la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana”*¹⁶ Al profundizar en las presentes líneas de la epístola nos damos cuenta que la palabra “fe” no presenta un referente exacto, por lo que se puede concluir que da por hecho que existen pero no se las puede hacer obligatorias, no son tangibles.

Ahora la Declaración comenzaba con el *“reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y sus derechos, iguales e inalienables”* en nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos nos hacen mención sobre la dignidad humana en su art. 1 fracción V;

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otro que atente contra la dignidad humana y que tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

La discriminación en cualquier forma que se aplique es una vulneración a nuestra dignidad humana, así lo presenta de forma literal nuestra carta magna.

Conozcamos un nuevo adjetivo que ha sido introducido para calificarla como lo dice Paolo Becchi, *“esto es además de ser inviolables e inalienables la dignidad también es intangible”*¹⁷ es decir, que no se puede tocar la dignidad sino que se siente en las acciones que asume una persona. En el momento que el hombre posee una dignidad es titular de derechos fundamentales.

El tema de la dignidad es un renacer del derecho natural, cada ser humano debe valer como una persona igual a cualquier otra, ser tratados como personas y reconocer a los otros con el mismo cuidado que espera para sí, independientemente del sexo, de la raza, el idioma, la religión; de las opiniones políticas e inclusive de las mismas opiniones de otras personas, ya que la dignidad se lleva por dentro y ninguna persona la puede juzgar, además de que el ser humano es una persona física tangible que jamás puede ser vista como un objeto

¹⁶ Organización de Naciones Unidas, *“Declaración Universal de Derechos Humanos”*, consultado el 23 de enero del 2014, de: <https://www.un.org/es/documents/udhr/>

¹⁷ Becchi, Paolo, *op. cit.*, nota 4, p. 22.

y tampoco debe de ser vista como un mero medio para la realización de un fin mayor.

Es esta la dignidad que se trasgrede por medio de un certificado de idoneidad, la cual es emitida por una autoridad administrativa mediante sus peritos especialistas, a través de un manual de procedimientos, el cual debe de estar por debajo de mandatos constitucionales.

Ante este contexto cabe hacernos varias preguntas que nos ayuden a entender de mejor modo la dignidad humana, apoyándonos para este fin, de la definición de humano.

¿Qué es un ser humano?, la mayoría de la personas no dudarían en contestar que son las personas que viven en nuestro mundo, siendo el caso ¿cuál es su ciclo de inicio de vida y muerte?

Y aquí es donde también se puede ejemplificar sobre la dignidad de vivir bien. Imaginemos que debido a una muerte cerebral para X no existe la debida vida digna a la que todos tenemos derechos. Muchos sostienen que la vida humana es sagrada y nadie la puede arrebatar, pero existe otra hipótesis sobre la importancia de la calidad de vida y se recurre al valor de la dignidad humana, la muerte cerebral es una condición clínica que atenta contra la calidad de vida de esa persona.

Ahora refiriéndonos a nuestro eje central ¿qué calidad de vida se le puede dar a un menor que ha sido abandonado en una institución de seguridad social con el fin de olvidarse de él?, es por esto que se debe de analizar el certificado de idoneidad atreves de otras instancias cuando ha sido denegado y discriminado a personas que pretenden adoptar a un menor ya que inclusive cuando la madre biológica lo quiere entregar a otras personas debe de constatar en dicho documento que son sujetos idóneos para este fin.

Es por demás decir que toda persona tiene interiorizado en su ser la dignidad humana, pese a que no está debidamente tutelada, por considerarse un don de cada ser humano y por ser un derecho fundamental el no recibir discriminación por parte de una autoridad administrativa.

Ahora que nos queda un poco más claro la dignidad humana, debemos de seguir con las teorías de los derechos fundamentales, recordemos que son derechos universales y son para todos los seres humanos; es decir, que en cuanto sean personas o ciudadanos, estos poseen dichos derechos sociales.

Analicemos lo que Robert Alexy nos hace mención de una definición de lo que son los derechos fundamentales:

En suma, un derecho fundamental es ante todo un derecho subjetivo, es decir, un apoderamiento jurídico (contenido del derecho) que la constitución, atribuye a un sujeto que pueda defender, asegurar o ejercer determinadas expectativas (objeto del derecho).¹⁸

Es por esto que se puede defender el derecho fundamental a una familia, y a ejercer por medio del Estado la adopción de un menor para obtener el fin de toda dignidad humana: ser felices y recibir protección por medio de una familia.

Los derechos fundamentales a diferencia de los demás derechos son inalienables, necesarios para todos y vitales como: la vida, la libertad la subsistencia y la formación de una familia, la cual es primordial en todo ser humano. Por ello, son universales e inalienables; esto es un derecho que el Estado a través de la constitución tutela y convierte en fundamental.

1.3. Teorías de la Adopción

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

Ahora nos toca ver las teorías relacionadas con la institución de adopción, mencionaremos cada una de ellas y analizaremos las ventajas y desventajas que de ellas emanan.

¹⁸ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 3, p., 116.

La etimología de la adopción, hablando del vocablo “adoptar” procede del latín “adoptare” que al ser separado queda así “ad” y “optare” es decir “desear a” lo que etimológicamente implica un deseo.

Antes de pasar a las teorías creemos conveniente el tomar como base las definiciones de varios autores, empezaremos por:

*Hernán Gómez, “La adopción es, principalmente y por excelencia una medida por protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado se establece de manera irrevocable la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza”*¹⁹ vemos que esta medida de protección el Estado lo dota como institución jurídica.

Sara Montero nos dicen que el concepto de adopción es: “La relación jurídica de filiación creada por el derecho, entre dos personas que no son biológicamente, ni por afinidad, progenitor e hijo”²⁰ entonces la adopción al referirnos a la filiación crea un vínculo de parentesco, esta emana de una norma jurídica.

También es necesario el conocer cómo es se fundó esta institución y cuáles fueron sus cambios a través de la historia para darle una debida secuencia de importancia que ha sido para los menores en la búsqueda de una familia y de las personas como se ha cambiado el interés de adoptar a una persona que no es de su consanguinidad.

La naturaleza jurídica de la adopción, ha variado con el transcurso del tiempo y según las distintas legislaciones se pueden señalar cuatro teorías; (Tabla 6)

La contractual;
Acto condición;
Institucional;
Relación jurídica

La Contractual, que deja a la voluntad, de las partes su formulación. Presenta dos formas;

¹⁹ Gómez, Hernán, *Derecho de Familia*, Temis S.A., Colombia 1992, p., 228.

²⁰ Montero, Sara, *Derecho de Familia*, Porrúa, México 1984, p., 320.

- Una amplia en la que todas las condiciones, bajo las cuales se constituye la adopción, quedan libres a voluntad de las partes.
- Y otra limitada en las que algunas condiciones y efectos que produce el contrato de adopción, son señaladas en la propia ley.

En la teoría de acto condición, se considera a la adopción como un acto jurídico especial, o sea que es un acto sometido a formas particulares, por medio de las cuales los interesados ponen en movimiento en su provecho la institución de adopción.

Nos dice la Teoría de institución, para unos de Derecho Privado, para otros de derecho de familia. Y para terceros los derechos de menores. Los primeros señalan que es una institución fundada en un acto de voluntad del adoptante, nacida de la sentencia del juez en virtud al cual se establece entre dos personas una relación análoga la que surge de la filiación matrimonial análoga mas no igual por tener características singulares.

TEORIA DE LAS INSTITUCIONES DE MAURICE HAURIOU

“Define las instituciones en el marco del derecho y el poder, los vincula. Las instituciones son fundadas gracias al poder, pero esta deja lugar a una forma de consentimiento. La institución es la idea permanente y la fundación es el fundamento jurídico o forma jurídica que asume.

INSTITUCIONES JURIDICAS: Son aquellas que están reguladas por normas jurídicas y que responden a la estabilización de normas jurídicas de convivencia. Una institución es jurídica cuando el derecho las regula. El Estado también es una institución de carácter jurídico, ya que también está regulado por el derecho.”²¹

Los segundos indican que el vínculo adoptivo es una institución de derecho de familia y descansa en ese aspecto del derecho público que tiene todo el derecho de familia y los terceros dicen que la adopción es una institución del derecho de menores que tiende a fines eminentemente de protección de los niños menores.

La adopción es entendida así como la institución jurídica solemne y de orden público, que crea entre los individuos relaciones de paternidad y filiación.²²

Por último la teoría de la relación jurídica, ella está vinculada a todas las concepciones de naturaleza procesalista; La adopción, es una relación jurídica de

²¹ Huroui Maurice, recuperado el día 19 de octubre del 2013 de: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/312/15.pdf>

²² González Martín, Nuria, *Adopción Internacional*, México, Porrúa, 2010, p. 30

la cual, por voluntad de las partes, deriva un vínculo de familia, resultando de la combinación de dos intereses, uno prevalente o protegido y otro subordinado.

Afirma también que la adopción engendra una verdadera relación jurídica, provocada por la voluntad de las partes intervinientes en el procedimiento, la acción de adopción, instaura la relación jurídica y la actividad de las partes mueve a aquella, que se termina por la sentencia.

Para conclusión de este capítulo hemos analizado como los Derechos Fundamentales de las personas deben de estar plasmados en nuestra Carta Magna, para que no escapen de ella los que son inalienables y que se supone que son tutelados por nuestra Constitución Mexicana.

También analizamos como es primordial la familia en la sociedad y para todo ser humano el estar bajo la protección de ella y el Estado debe de facilitar y coadyuvar a que se lleve a cabo la formación de esta.

En la terminación de este capítulo I analizamos las teorías de la adopción y llegamos a la conclusión que la primicia principal es la de la formación de una familia y la protección del menor.

En nuestro capítulo II profundizaremos sobre la legalidad del procedimiento administrativo y judicial, así como toda la normatividad de la institución de la adopción.

CAPÍTULO II. LA LEGISLACIÓN DE LA INSTITUCIÓN DE ADOPCIÓN Y SU CONTEXTO ACTUAL

2.1 La Constitución y la Familia

La familia siempre ha sido primordial para el ser humano, su creación no se sabe la fecha exacta, porque no existen modos, ni formas, ni medios con los cuales pueda estructurarse el conocimiento de la familia primitiva, desde que un hombre empezó a vivir con una mujer, hasta el nacimiento del primer hijo y su convivencia.

*El hombre primitivo, aprendiendo a vivir en conjunto con otros seres, formó la primera institución social: la familia, cuya evolución es importante por ser la primera unión con otros seres biológicamente necesarios, lo cierto es que marcó la pauta para la primera estructura social. Con el tiempo, y con la ayuda del medio ambiente y la familia, se desarrollan ciertas formas pre estatal como la banda, la tribu, la horda, la gens, el clan, el tótem, el tabú, el carisma y otros, que en el transcurso del devenir humano, han constituido la unidad básica de la sociedad.*²³

Las funciones de la familia, independientemente de las variaciones que ha presentado en cuanto a su integración necesariamente se transforman de acuerdo con el lugar geográfico y la época, la familia ha sido y es el medio necesario para conservar y transmitir valores culturales, educativos y formativos entre sus integrantes.

Por tanto, la familia es la célula de la sociedad que provee a sus miembros los elementos indispensables para su desarrollo, tanto físico como psíquico. Sus integrantes se encuentran unidos por lazos de parentesco, matrimonio concubinato. Las principales funciones de la familia son:

- Satisfacer las necesidades físicas y afectivas de sus integrantes;
- Procrear y reproducir la especie humana;
- Procurar la crianza y educación de los niños.²⁴

Debe señalarse que las funciones varían dependiendo del tipo de familia de que se trate, el número de sus integrantes y de una serie de factores culturales y socioeconómicos, entre otros.

²³ Enciclopedia Temático tomo 1, Larousse, México 2000, p. 100.

²⁴ Castellanos, Biella, recuperado el 11 de abril del 2014, de: <http://www.monografias.com/trabajos28/derecho-civi-protector-familia/derecho-civi-protector-familia.shtml#ixzz2vfp1pUE0>

Ahora bien, en distintas áreas de investigación se ha estudiado a la familia, por lo tanto, puede afirmarse que el concepto jurídico de ésta, puede variar si se le observa desde el aspecto biológico, psicológico, sociológico, educativo, histórico y otros más. Desde la perspectiva jurídica que es la que a nosotros nos interesa en esta investigación, el concepto de familia tiende a las relaciones derivadas del matrimonio y la procreación conocidas como parentesco, y a las que la ley reconoce ciertos efectos, esto es que se crean derechos y obligaciones entre sus miembros.

Según se desprende del artículo 4.1 del Código Civil para el Estado de México, se responde como familia *"al grupo formado por la pareja, sus ascendientes y descendientes, así como por otras personas unidas por vínculos de sangre o matrimonio o sólo civiles, a los que el ordenamiento positivo impone deberes y otorga derechos jurídicos"*.

Atendiendo exclusivamente a los derechos y obligaciones que crea y reconoce la ley, la unión de la pareja y la descendencia extra matrimonial no siempre constituye familia desde el punto de vista jurídico, para que lo sea se requiere la permanencia de la relación con la pareja y del reconocimiento de los hijos.

El ser humano (partiendo desde el momento de la concepción, aun cuando sea discutible el momento en que se le considere persona jurídica) es susceptible de tener derechos y en el futuro cuando sus capacidades, habilidades y desarrollo físico y mental se desarrollen, será susceptible de adquirir obligaciones. Es decir, la serie de hechos y actos jurídicos que se desplieguen son importantes materias que al derecho privado le interesa regular para proteger no solo el interés de la persona, sino también sus derechos con relación a los demás.

Como integrantes de la sociedad, los seres humanos, nos relacionamos con otras personas, lo cual da lugar a distintas relaciones que el derecho se encarga de regular: primordialmente ofrece seguridad y certidumbre a los hechos y actos que los individuos realizamos en nuestro acontecer diario. Los sucesos importantes en la vida del individuo, digamos en particular los que se relacionan con la situación de éste dentro del núcleo básico denominado familia, con la propiedad, con la muerte, con fenómenos naturales, entre otros hechos o actos,

sabemos que originan en su mayoría de las veces consecuencias jurídicas, las cuáles son estudiadas por el derecho privado.

Entonces, el formar una familia ya sea a través del matrimonio, concubinato o en una adopción y la procreación de hijos para continuar los lazos de parentesco, los hechos tendientes al logro de los satisfactorios materiales del ser humano como la vivienda, la propiedad, o la conservación de los bienes de familiares ya muertos, constituyen circunstancias "normales" dentro de la vida diaria del ser humano, pero que interesan profundamente al derecho privado.

Por ello, puede afirmarse que el derecho civil, tiene como objeto fundamental de estudio a la persona, la familia, los bienes, las sucesiones, las obligaciones y los derechos que se deriven de los distintos hechos y actos jurídicos que acontecen en la vida social en la que se involucra el ser humano.

1. En sentido amplio, el derecho civil es sinónimo de derecho privado. En strictu sensu el derecho civil constituye la parte fundamental del derecho privado que comprende las normas relativas al estado y capacidad de las personas, a la familia, al patrimonio, a las obligaciones y contratos y a la transmisión de los bienes, regulando las relaciones privadas de los individuos entre sí.
2. Derecho Civil y Familia.
3. El Derecho Civil contiene las siguientes materias:
 - a. Derecho de la personalidad: comprende a las personas naturales y jurídicas.
 - b. Derecho de familia, en sus relaciones personales y patrimoniales.
 - c. Derecho patrimonial, que comprende lo relativo al patrimonio, derechos reales. Derechos de crédito o personales o de las obligaciones, y también comprende lo relativo a la sucesión hereditaria.

Del análisis del contenido material del Derecho Civil, se pueden extraer las siguientes ramas:

- a. Derecho de las personas- Derecho de la personalidad.
- b. Derecho de las cosas, bienes o derechos reales.
- c. Derechos de las obligaciones.

- d. Derecho de familia.
- e. Derecho de sucesiones.

El Derecho Civil comprende entonces:

- a. Reglas relativas a la estructura orgánica y al poder de acción de las personas privadas, tanto individuales, colectivas, físicas o morales, como también a la organización social de la familia.
- b. Reglas bajo cuyo imperio se desarrollan las relaciones de derecho derivadas de la vida familiar, de la apropiación de las riquezas y del aprovechamiento de los servicios.

En nuestro país, como en cualquier sociedad moderna, las leyes protegen a la familia; la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos le consagra garantías que tienen como propósito fortalecerla. Hay artículos que mencionan expresamente los derechos de que debe gozar la familia:

El artículo 3°: el cual establece el derecho de los ciudadanos a la educación, así como sus características, en su fracción II, inciso c, dice que la educación deberá contribuir:

...a la mejor convivencia humana, tanto por los elementos que aporte a fin de robustecer en el educando, junto con el aprecio para la dignidad de la persona y la integridad de la familia, la convicción del interés general de la sociedad, cuanto por el cuidado que ponga en sustentar los ideales de fraternidad e igualdad de derechos de todos los hombres...".

"... la integridad de la familia, la convicción del interés general de la sociedad, cuanto por el cuidado que ponga en sustentar los ideales de fraternidad e igualdad de derechos de todos los hombres...."²⁵

El artículo 4°, párrafos 2° al 7° declara que:

El varón y la mujer son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

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 general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.

Toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar.

²⁵ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, recuperado el 30 de octubre del 2013 de: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm>

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...

Por último, el artículo 16°, párrafo 1° manda que:

Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

... familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento".²⁶

Nuestra máxima ley fundamental plasma y le da un a vital importancia a la familia y es por eso que la protege y también le da la publicidad necesaria en ella para su debida aplicación en sus leyes inferiores, luego entonces nadie puede estar por encima de ella, y se tiene que dar las facilidades para su debida formación, y es por eso que un niño o niña debe de estar en una familia para sea realmente aplicado su derecho fundamental a formar una familia.

2.2. Análisis del artículo 4º Constitucional

“Artículo 4º Párrafo Segundo: "El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia”.

De nuestra Carta Magna, el artículo 4º Constitucional, a lo largo de la vigencia del texto normativo ha sido objeto de diversas reformas veamos:

Tabla 7

Primera reforma	31 de diciembre de 1974.
Segunda reforma	18 de marzo de 1980.
Tercera reforma	03 de febrero de 1983.
Cuarta reforma	07 de febrero de 1983.
Quinta reforma	28 de enero de 1992.
Sexta reforma	28 de junio de 1999.
Séptima reforma	07 de abril de 2000.
Octava reforma	14 de agosto de 2001.
Novena reforma	30 de abril de 2009.
Décima reforma	12 de octubre de 2011.
Décima Primera reforma	12 de octubre de 2011.
Décimo Segunda reforma	13 de octubre de 2011.
Décimo Tercera reforma	8 de febrero de 2012. ²⁷

²⁶ *Ibidem*, p. 1

²⁷ Consultado el 13 de marzo del 2014, de: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_art.htm

En base a lo anterior, así como en aquellos principios que se desprenden de los tratados internacionales a los que se refiere el artículo 133 constitucional y que por lo tanto tienen también rango constitucional, nos permitimos señalar que la familia, en sus diversas modalidades, es el primer sitio para el desarrollo de todos los seres humanos, en los aspectos afectivo y social, por lo que es también el primer lugar desde donde se empieza a reconocer y a respetar los derechos de los demás.

Los derechos de la familia son la suma de los derechos de las personas que lo forman. Por tanto, todos los pactos que en ella se hagan, deberán considerar que ninguno de sus miembros sea por ellos discriminado, perjudicado o dañado tanto social como física o psicológicamente. Muy al contrario, cada acuerdo, pacto o norma, deberá buscar el desarrollo integral de cada persona que la componga.

La familia es responsabilidad de todos sus miembros ante el Estado, de este modo, ninguna persona pierde sus derechos por pertenecer a una familia, sino al contrario, tiene más derechos. En este contexto, cada integrante tiene derecho a:

- a. Ser respetado en sus derechos individuales.
- b. Ser tomado en consideración para la adopción de decisiones y normas.
- c. La utilización de su tiempo libre y de sus recursos según su propio criterio y siempre que sean mayores de edad.
- d. La utilización de la casa familiar como lugar de desarrollo personal, acatando las normas acordadas y respetando los espacios privados.
- e. Tener propiedades personales y espacios privados.
- f. La opinión en todo aquello que afecte al núcleo familiar
- g. La participación en cualquiera de las actividades familiares
- h. La información veraz.
- i. La elección individual, entendida tal y como se propone en la plataforma de acción de acción de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, es decir con la información veraz necesaria.
- j. La autonomía y desarrollo personal integral.
- k. El derecho a realizar actividades físicas.

La familia tiene derecho por parte del Estado Mexicano:

- a. Ser protegida y apoyada por el Estado en: la salud, la información, la educación, el trabajo, la seguridad social y en la vivienda.
- b. Que el Gobierno garantice el cumplimiento de sus derechos, sea cual sea el modelo de convivencia, procurándole:
- c. Justicia imparcial para cada uno de sus miembros.
- d. Justicia gratuita durante todo el proceso, en los casos necesarios, tanto en lo civil como en lo penal.
- e. Atención médico-psicológica, en los casos en que no esté cubierta por ningún otro sistema.
- f. Centros de atención y refugio para los casos de controversia, conflictos armados, violencia intrafamiliar, enfermedad, incapacidad o grave necesidad.
- g. Condiciones de trabajo y vivienda que permitan la independencia familiar a aquellos miembros que lo deseen y sean mayores de edad.
- h. Ser respetada en su integridad.

Son obligaciones de todas las personas que convivan en la familia, ascendentes, descendientes, colaterales y allegados.

- a. Colaborar según su capacidad y posibilidad, a las tareas necesarias para el bienestar familiar: higiene, cuidados a otras personas y cosas, aportación económica, etc.
- b. Establecer conjuntamente y cumplir las normas familiares
- c. Respetar los derechos de los demás
- d. Compartir la responsabilidad de las tareas para la mejoría familiar
- e. Colaborar en la solución de cualquier problema.

Debe señalarse que las funciones varían dependiendo del tipo de familia de que se trate, el número de sus integrantes y de una serie de factores culturales y socioeconómicos, entre otros.

Para llegar a concebir una respuesta lo más completa de lo que es y significa una familia en la sociedad actual, se debe integrar este concepto de manera evolutiva para así poder entender progresivamente lo que hoy consideramos al referirnos a una *familia*.

La familia en sí, debe cumplir ciertas funciones como grupo social. De esta manera cumple funciones en el ámbito biológico, educativo, económico, solidario y además de protección. Estas funciones otorgadas a la familia se han intentado dar de diferentes formas y magnitudes a lo largo de la historia.

Iniciándose con un período denominado la *horda* (hombre y mujer se unen con un único fin, el de procreación), siguiendo con el *matriarcado* (mujer-madre, centro de vida familiar), después, hablamos de un *patriarcado* (donde la autoridad se traspa de madre a padre), posteriormente, se entendía una *familia extendida* (todos aquellos que posean vínculo sanguíneo habitan en la misma vivienda) y finalmente la *familia nuclear* o también llamada *conyugal* (compuesta por padre, madre e hijos), siendo ésta la que más se asemeja a lo que el "sentido común" entiende actualmente por familia.²⁸

Al entender este proceso, que seguirá evolucionando con el pasar de los años, vemos distintas formas de comprender o llevar a práctica el concepto *familia*. Y claramente, en la sociedad actual se nos presenta un descenso en el número de matrimonios, lo cual antes era prácticamente sinónimo de familia (por una fuerte complejidad que existía con el discurso de la iglesia), y que hoy podemos ver, que poco a poco, más personas van desligándose de esa tradición, considerando una familia sin la existencia necesaria de un matrimonio. Esto se respalda con el aumento significativo de convivientes, los cuales consideran esta manera de manifestación, una familia.

Hoy, muchos rescatan aquello afectivo, para la conformidad de una familia, sin mayores requisitos como un matrimonio (legal o iglesia), hijos, o la necesidad de los dos padres presentes.

Además, en las generaciones de hoy, surge este desligamiento con la creación de una familia nuclear o conyugal, por las mismas experiencias relatadas o vivenciadas con sus padres, optando por crear nuevas formas de familia, que no sigan necesariamente algún patrón, como antiguamente lo hacían o se veían obligados a hacer.

²⁸ Recuperado el 12 de marzo del 2014, de: <http://www.monografias.com/trabajos28/derecho-civi-protector-familia/derecho-civi-protector-familia.shtml#ixzz2vfp1pUEO>

Con todo esto, podemos ver lo diverso que puede significar hoy en día el hacer familia, las diferentes formas que se van entendiendo hoy por hoy y que poco a poco, se están llevando más a práctica y paulatinamente van siendo más respetadas. Pero, ¿cómo podemos encuadrar la "familia" en la sociedad actual?, ¿es necesario mantener una idealización de lo que debe ser entendido por familia?, si fuese así, ¿qué entenderíamos hoy por familia, en cuanto a su conformación (integrantes), formas de vidas, etc.?, ¿cuántos de nosotros formaremos una familia y de qué manera la constituiremos?

Aunque el panorama que se cierne sobre la familia parece ser complejo y difícil de abordar, lo cierto es que el común de las personas sigue apostando por su integración y consolidación. Y así lo hace ver Zermeño, A (s/a) quien expresa:

Está claro que se ha extendido la turbación y generado incertidumbre sobre el futuro de la familia como la primera institución social, baste ejemplificar con los discursos mediáticos que nos muestran el declive de los valores tradicionales y el aumento de la tasa de divorcios. Pero también queda claro que la gran mayoría de las personas queremos vivir en el amor, compartir nuestra vida con otra persona y todavía en muchos casos trasladar ese "amor" a otros: a los hijos (sean biológicos o adoptados). También queda claro que el punto de refugio más importante sigue siendo la familia.²⁹

2.3. Sustento jurídico de las figuras de la Adopción en el Estado de México

La adopción es una institución que tiene por finalidad brindar protección y/o un medio familiar fundamentalmente a menores que se encuentran en estado de abandono o desamparo respecto de su familia originaria, creándose de este modo una situación análoga a la filiación legítima con respecto al o los adoptantes.

Como presupuestos de la adopción podemos mencionar los siguientes:

- 1) Un menor.
- 2) Un estado de abandono o inconveniencia para el menor.
- 3) Un matrimonio o persona que inserta al menor legalmente en su vida familiar, con todos los derechos y obligaciones que de esta relación o vínculo se derivan para todos.

Las figuras de la Adopción reconocidas actualmente en el Estado de México, en ese sentido, son las contenidas en el Título Sexto, Capítulos I, II y III, del

²⁹ Zermeño, Ana, "La familia en la génesis del siglo XXI", No.45 www.cem.itesm.mx/dacs/publicaciones

Código Civil para el Estado de México se desprende que se reconocen³⁰ dos clases de adopción, cuya definición se infiere del texto de los artículos, 4.194 y 4.199 del mismo ordenamiento y que se han de explicar cómo la siguiente.

2.3.1 *Adopción Plena*

Está dirigida a hacer más vinculantes los efectos de la adopción. La podemos explicar como aquella que se caracteriza por terminar definitivamente con el parentesco de origen del menor. Se crea un vínculo que no sólo une al adoptado con el adoptante sino que también lo une con los parientes de este último, asimilándolo a un hijo natural del adoptante.

El origen de esta figura se concibió para aquellos menores que se encontraban sin filiación establecida o expósitos; sin embargo, esta situación ha sido dejada de lado, ya que del propio Código Civil se desprende la posibilidad de que se incluyan, en este tipo de adopción, a los menores abandonados, al establecer que deberán otorgar su consentimiento el padre o la madre del menor que se pretende adoptar plenamente, siempre que existan y sean localizables salvo, por supuesto, que exista declaración judicial de abandono.

El menor que es adoptado en estos términos, no sólo tiene el derecho a llevar los apellidos del adoptante sino que por disposición de ley es un deber registrarlos invariablemente con éstos. Asimismo, por lo que hace a los derechos y obligaciones para el adoptado, el adoptante y su familia, son los mismos que se establecen con respecto a la filiación legítima para con el hijo consanguíneo, los ascendientes, descendientes y demás parientes; salvo por lo que hace a los impedimentos establecidos del propio ordenamiento.

Es característica de la adopción plena, que en éste tipo de adopción no sea posible impugnar o revocar la adopción (artículo 4.198), de tal modo que una vez que se haya autorizado ésta, las partes no cuentan con acción procesal que les permita retractarse del parentesco o vínculo jurídico creado entre ellos, por lo que la condición de adoptado es definitiva. De modo que aún si se efectúan, por parte del adoptante, actos que afectaran la integridad física, psicológica o sexual del

³⁰ Reformas publicadas en la Gaceta Oficial del Estado de México el 15 de mayo del 2012.

menor adoptado, esto es, actos que lo pongan en grave peligro, no procederá la impugnación, claro está, sin perjuicio del ejercicio de las acciones civiles y penales así como de la imposición de las sanciones que correspondan en cada caso concreto.

Al respecto se alude, ya sea que se trate de casos de violencia intrafamiliar; de conflictos que lleven a un juicio de pérdida de la patria potestad como lo pueden ser el propio divorcio y sus consecuencias con respecto a los hijos o las penas por delitos que establezcan la pérdida de la misma, por ejemplo en los delitos relativos a la libertad y el normal desarrollo psicosexual, la corrupción de menores, los delitos que contravienen el derecho a la paz y la seguridad, los casos de privación ilegal de la libertad, y los relativos a la vida y la integridad corporal del menor.

Originalmente no era posible la adopción plena de un menor con el que se tuviera un parentesco consanguíneo.³¹ Esto creemos que se estableció debido a que el objeto fundamental de este tipo de adopción es el de crear mediante una ficción el vínculo de consanguinidad y sus efectos entre el adoptado y el adoptante, lo cual, en caso de que el menor hubiera sido un pariente, no hacía falta ya que el nexo existía en virtud del parentesco natural. Sin embargo, a partir de las reformas de 2012, el artículo 4.194 fue reformado y en su contenido se establece la posibilidad de la adopción plena sobre menores con los que se tenga vínculo de consanguinidad, con el fin de establecer entre el adoptante y el adoptado una relación filial, como si se tratara de un hijo natural, a nuestro parecer es un avance muy importante para la figura de la adopción ya que es en beneficio para el interés superior del menor.

2.4. Adopción internacional

La adopción internacional es aquella en que la solicitud de adopción se presenta por personas cuya ciudadanía es distinta a la mexicana y que tienen residencia habitual en su país de origen. Este tipo de adopción se regirá por los instrumentos internacionales que en la materia ha ratificado México y que son los siguientes:

³¹ Antes de las Reformas del año 2012, de los artículos 4.188, 4.189 y demás relativos y aplicables del Código Civil para el Estado de México.

- Tratados Internacionales suscritos y ratificados por el Estado de México, tomando en cuenta lo dispuesto por la;
- Ley de Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, y en lo conducente a las disposiciones del;
- Código Civil para el Estado de México.

2.5. El Principio del interés superior del niño

Entendido el principio del *interés superior del niño o niña*, como un conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que les permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible.

Miguel Cillero (1998) plantea que la noción de interés superior es una garantía de que *"los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos, se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen"*.³² Así éste autor considera que esta noción supera dos posiciones extremas: el autoritarismo o abuso del poder que ocurre cuando se toman decisiones referidas a los niños y niñas, por un lado, y el paternalismo de las autoridades por otro.

La noción del interés superior del niño o niña significa por otro lado, que el crecimiento de las sociedades depende en gran medida de la capacidad de desarrollar a quiénes actualmente se encuentran en esta etapa de la vida de la humanidad. Desde esta perspectiva, dicha prioridad no es producto de la bondad de la sociedad adulta o de los sistemas de gobierno, sino que constituye un elemento básico para la preservación y mejoramiento de la raza humana.

Así, el interés superior del niño o niña indica que las sociedades y gobiernos deben de realizar el máximo esfuerzo posible para construir condiciones favorables a fin de que éstos puedan vivir y desplegar sus potencialidades. Esto lleva implícita la obligación de que, independientemente a las coyunturas políticas,

³² Cillero Bruñol, Miguel. *"El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño"*. consultado el 12 de marzo del 2014, de: http://www.escri-net.org/sites/default/files/el_interes_superior.pdf

sociales y económicas, deben asignarse todos los recursos posibles para garantizar este desarrollo.

Para Cillero³³ el concepto del interés superior del niño tendría por lo menos algunas funciones y que, a nuestro parecer se refieren a:

- Ayudar a que las interpretaciones jurídicas reconozcan el carácter integral de los derechos del niño y la niña.
- Obligar a que las políticas públicas den prioridad a los derechos de la niñez.
- Permitir que los derechos de la niñez prevalezcan sobre otros intereses, sobre todo si entran en conflicto con aquellos.
- Orientar a que tanto los padres como el Estado en general, en sus funciones que les son relativas, tengan como objeto "la protección y desarrollo de la autonomía del niño en el ejercicio de sus derechos y que sus facultades se encuentran limitadas, justamente, por esta función u objetivo.

Una correcta aplicación del principio, especialmente en sede judicial, requiere un análisis conjunto de los derechos afectados y de los que se puedan afectar por la resolución de la autoridad. Siempre ha de tomarse aquella medida que asegure la máxima satisfacción de los derechos que sea posible y la menor restricción de ellos, esto no sólo considerando el número de derechos afectados, sino también su importancia relativa.

2.6. El tratamiento del menor y la familia para el Estado de México

En el Estado de México habitan 4 millones 353 mil 914 niños en un rango de cero a catorce años, de los cuales 434 mil 868 viven en el Municipio de Ecatepec de Morelos, Estado de México; de esta cifra 293 mil 511 son menores de edad. (INEGI)

Como entidad federativa en el Estado de México, ha realizado una profunda reforma a su tradicional sistema tutelar de menores infractores, para convertirlo en garantista, atendiendo los mandatos que sobre garantías de seguridad jurídica establece tanto nuestro Máximo Código Federal, como la Convención sobre los Derechos del Niño.

³³ *Íbidem*, p. 86.

Actualmente la legislación que establece las bases para la prevención de conductas antisociales de los menores de edad y que contiene importantes garantías procesales; regulando todas las acciones que realice el estado para crear condiciones de bienestar a favor de los menores, nace la pregunta de qué bajo la idea de promover la participación infantil, el programa del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF), coordina el programa llamado DIFusores infantiles, que oculta una forma de trabajo infantil, por demás sutil, y que además desconoce los derechos más elementales de la infancia y de los trabajadores.

Lo anterior es así en la medida de que a niños y niñas de los Estados de la República se les integra a una Red Nacional de difusores que tienen entre sus responsabilidades:

- Representar, durante un año, las voces de los niños y niñas de su estado en eventos y actividades nacionales.
- Participar en las actividades infantiles que le solicite el DIF Estatal y Nacional.
- Formar parte de la Red de DIFusores coordinada por el DIF Nacional y extenderla a sus municipios.
- Promover y difundir los derechos y compromisos de los niños y las niñas en sus estados y municipios.

En el mes de abril del año 2002 bajo el mando del Presidente Vicente Fox Quezada, y otros funcionarios públicos, se encargaron de tomarles protesta a niñas y niños difusores, en un evento en donde les dijo, entre otras cosas:

*“...Cuando vaya de gira al lugar donde viven quiero verlos ahí y saber que están cumpliendo con su compromiso, no me cabe la menor duda de que entregarán buenas cuentas, como yo se las entregaré a ustedes y a todo el país...”*³⁴

Así nos damos cuenta que los difusores infantiles no son otra cosas que funcionarios públicos sin reconocimiento explícito como tales, en la medida en que son coordinados por el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia(DIF), y tienen como compromiso participar en las actividades que les solicite esta

³⁴ Saudí. G. “DIFusores infantiles: trabajadores sin derechos”. Consultado el 2 de abril del 2014, de:http://www.derechosinfancia.org.mx/Temas/temas_reflexiones2.htm

instancia ya sea en el ámbito federal o estatal; y por otro lado, estos niños y niñas realizan labores de representación de sus estados y de las políticas de gobierno y son utilizados como parte de la escenografía de eventos oficiales; funciones que generalmente son comúnmente responsabilidad de los funcionarios públicos.

Las leyes laborales son muy claras respecto de la relación obrero-patronal para el caso de los adultos, cuando se trata de niños y niñas como el caso de los difusores, no existen los mecanismos para protegerles contra la explotación que de su trabajo se hace.

Esta práctica se parece bastante a aquellos talleres de mediados del Siglo XX en México, en donde bajo el supuesto de “formar hombres de bien”, los niños de internados eran utilizados como mano de obra gratuita para la producción y venta de diversos productos que más tarde eran vendidos a famosas empresas a un costo muy bajo, pero en donde en ningún momento tales niños recibían una remuneración económica ni participaban en la administración de los fondos.

Por otro lado, el artículo 42 de la Convención de los Derechos del Niño obliga a Estados como el mexicano a dar a conocer ampliamente los principios y disposiciones incluidos en este Convenio Internacional, tanto a adultos como a niños. En otras palabras se trata de una obligación cuyo principal responsable es el Estado y si bien, la propia convención alienta la participación de los niños en estas tareas, en ningún momento ello significa que se justifique desconocer los derechos relacionados con el trabajo infantil y que se señalan en el artículo 32 de este mismo instrumento.

Un ejemplo claro de esto es la Red de Difusores Infantiles, que aparece publicada en el portal de Internet del Gobierno del Estado de México, en donde se alude a que está dirigido a jóvenes entre 10 y 17 años de edad, que los beneficios que obtendrán son *“promoción y difusión de la Convención sobre los Derechos del Niño”*, y sus requisitos son:³⁵

³⁵ Programas sociales del Desarrollo Integral de la Familia, consultado el 2 de abril del 2014, de: http://portal2.edomex.gob.mx/difem/acerca_del_difem/todos_los_programas/index.htm?region2_element2_NextRow=21

Tabla 8

1. Tener entre 10 y 17 años de edad.
2. Ser parte de la población atendida por el DIF.
3. Tener conocimiento sobre la Convención de los Derechos del Niño.
4. Conocer costumbres del Estado de México y específicamente de su municipio.
5. Asumir compromiso de ser promotor de los derechos y obligaciones de las niñas, los niños y adolescentes.
6. Servir como vocero infantil de su municipio.
7. Fomentar valores de equidad, democracia, tolerancia y amor a la patria.

Encontrándonos con verdaderas contradicciones en la anterior tabla, dado que el Estado está obligado a asignar recursos apropiados para que los derechos del niño no sólo se difundan, sino sean plenamente comprendidos por parte de padres de familia, maestros y funcionarios públicos, mediante estrategias de capacitación y formación permanentes; aspecto que no se contempla dentro del programa de Difusores infantiles, otro aspecto que aún no ha sido atendido y tal vez más importante para el Estado mexicano es la recomendación del Comité de los Derechos del Niño de la ONU, respecto de crear un Sistema Nacional para la Protección estos Derechos.

Un sistema de este tipo significaría que los niños pudieran no sólo ser informados de sus derechos, sino además contar con instancias apropiadas para denunciar en forma apropiada a quienes los vulneran, así como demandar su restitución.

2.7. Jurisprudencias o criterios relativos al menor y a la familia

Una de las denuncias que se hacen ante los Tribunales Colegiados en Materia Civil, es la posible contradicción de tesis entre los criterios sustentados por los tribunales, subyace en determinar si tratándose del juicio de amparo indirecto, en controversias del orden familiar en donde hay menores involucrados, existe la carga de cumplir, siempre, con el principio de definitividad, rector del juicio de

amparo, a diferencia de lo que ocurre con el juicio de amparo directo, donde opera una excepción a dicho principio.

¿La excepción a la regla de la definitividad, además de operar en el juicio de amparo directo por violaciones procesales cuando los derechos de una persona menor de edad estén involucrados en una contienda judicial, opera también en el juicio de amparo indirecto, con motivo del *interés superior de la niñez*, ante alegadas violaciones de ejecución irreparable en perjuicio de la persona menor de edad? En este último caso: ¿Siempre que se aleguen violaciones de imposible reparación en perjuicio de una persona menor de edad, se actualiza una excepción al principio de definitividad?

Un ejemplo de ello es la promoción presentada el veintiocho de mayo de dos mil trece, ante la Oficina de Certificación Judicial y Correspondencia de la Suprema Corte, por el presidente del Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito denunció la contradicción de tesis entre el tribunal que preside y el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, de la ejecutoria del juicio de amparo en revisión 151/2013.

El magistrado presidente del Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito, explicó que, al resolver el recurso de revisión civil (improcedencia) 151/2013, sustentó su criterio en la proposición de que, tratándose del amparo indirecto en controversias de índole familiar, en donde hay menores involucrados, sí existe la carga de cumplir con el principio de definitividad y agotar los recursos ordinarios procedentes, a diferencia de lo que sucede con el juicio de amparo directo donde opera una excepción a dicho principio; mientras que, en sentido adverso, el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, al resolver los recursos de revisión 12/2009 y 100/2010, emitió una Tesis aislada I. 3º. C. 1056 C (9ª), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XV, diciembre 2012, Tomo 2, página 1312), en donde el tribunal expuso que las resoluciones que afecten los derechos de una persona menor de edad y que sean de imposible reparación constituyen una excepción al principio de definitividad en el juicio de amparo indirecto; de ahí que, en opinión del tribunal

denunciante, existe una contradicción de criterios que debe ser resuelta por el Alto Tribunal y cuyo rubro es:

“DEFINITIVIDAD. EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO EN MATERIA FAMILIAR CUANDO EL ACTO RECLAMADO OCASIONA A UN MENOR DE EDAD UN PERJUICIO DE IMPOSIBLE REPARACIÓN” Los niños, como todo ser humano, gozan de los derechos fundamentales que han sido reconocidos a través de diversos instrumentos internacionales, en los que se ha establecido que por su falta de madurez física y mental, necesitan protección y cuidados especiales físicos, mentales y legales, tanto antes como después de su nacimiento; por lo que dicha protección se encuentra garantizada cuando el Estado procura dar los medios necesarios para que la familia del menor así lo haga.

Así se tiene que el entorno idóneo para el óptimo desarrollo del menor se encuentra en el seno de la familia a través de un ambiente de felicidad, amor, respeto y comprensión, con la participación de ambos padres, en tanto ello no resulte contrario al interés superior del menor. De ahí que sea obligación tanto del Estado Mexicano como de los padres procurar el desarrollo normal de un menor, que es aquel que se produce cuando el entorno de éste le permite u otorga la posibilidad, en atención a sus capacidades físicas y mentales, para su preparación a una vida independiente en sociedad, con una percepción de respeto en razón a los derechos que les asisten a los demás.

Por ello, las resoluciones que afectan los derechos de los menores de edad, inciden necesariamente en el desarrollo integral o normal desarrollo de las personas menores de edad, circunstancia ésta que es contraria tanto a lo establecido en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como en lo previsto en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Por lo que toda vez que el daño que se les puede ocasionar con el dictado de dicha resolución es de imposible reparación, en consecuencia, las resoluciones que afecten derechos de un menor de edad y que sean de imposible reparación se considerarán una excepción al principio de definitividad para acudir al juicio de amparo indirecto pues estimar lo contrario, sería validar la afectación de los derechos fundamentales de una persona menor de edad de manera irreparable, en virtud de que sus padres no supieron defender sus derechos en la instancia ordinaria, esto es, que no puede someterse un derecho fundamental a uno procesal, lo cual contravendría tanto la finalidad perseguida por nuestra Carta Magna como la establecida en la Convención sobre los Derechos del Niño, por lo que no obstante que las controversias del orden familiar se encuentran englobadas dentro de la materia civil, lo cierto es que a éstas no debe aplicárseles un criterio rigorista de naturaleza civil para determinar la procedencia o improcedencia del juicio de garantías sujetado al principio de definitividad, dada la importancia de los sujetos que regula dicha materia.

Por lo anterior, debe advertirse que la materia familiar y en específico los temas que versan sobre menores e incapaces, han sido materia de frecuentes reformas constitucionales y legales que la perfilan ya como materia autónoma del derecho, que se caracteriza por una mayor protección a los menores y libertad de actuación para el Juez en cualquier materia donde intervengan. Así lo ha reconocido la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación al establecer principios concretos que

*privilegian a la materia familiar con una política de simplificación procesal y carácter práctico, solamente limitado por la prudencia y el buen juicio.*³⁶

Es de vital importancia esta contradicción de tesis ya que los magistrados nos dan la vía idónea para impugnar el certificado de idoneidad por medio del amparo indirecto, ya que trasgrede un derecho fundamental del menor y de los adoptantes, a pertenecer a una familia y la figura jurídica que se ve afectada directamente es la de la adopción, ya que una autoridad administrativa como lo es el Sistema de Desarrollo Integral de la Familia no consiente en llevar a cabo su cometido que es la de allegar a un menor con una familia y no tenemos que impugnar por medio de recursos administrativos.

El Tribunal Colegiado consideró necesario precisar en qué consiste la imposible reparación. Expuso que la imposible reparación a la que hace alusión la fracción IV del artículo 114 de la Ley de Amparo puede ser sustantiva o adjetiva. Es sustantiva, adujo el órgano colegiado, cuando la ejecución del acto reclamado infringe de manera inmediata los derechos fundamentales constitucionales, y es adjetiva, cuando los actos reclamados afectan de manera predominante y grave los derechos procesales de las partes.

Para sustentar lo anterior, el tribunal invocó la siguiente tesis jurisprudencial emitida por el Pleno de esta Suprema Corte:

*“PERSONALIDAD. EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN QUE DIRIME ESTA CUESTIÓN, PREVIAMENTE AL FONDO, PROCEDE EL AMPARO INDIRECTO”*³⁷.

Una vez que el órgano colegiado de control constitucional delimitó el significado del término *“imposible reparación como excepción al principio de definitividad”* analizó si en esta hipótesis se encuentra la restricción a que un menor de edad conviva con uno de sus padres. Al respecto, el tribunal concluyó que sí.

Para justificar la afirmación anterior, el Tribunal Colegiado analizó lo relativo a los derechos de la infancia. Argumentó que el artículo 4 constitucional reconoce el derecho fundamental de la niñez a que se procure su desarrollo integral y que preservar el citado derecho está a cargo de los ascendientes, tutores y custodios,

³⁶ Derecho de niños, niñas y adolescentes, *Suprema Corte de Justicia de la Nación*, recuperado el 24 de enero de 2014 en : <http://www.derechosinfancia.scjn.gob.mx/Jurisprudencia.htm>

³⁷ (Jurisprudencia); 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XIII, Enero de 2001; p. 11.

y es obligación del Estado Mexicano otorgar las facilidades necesarias a los particulares para que coadyuven en esa preservación, aquí es donde debemos de ver la importancia del derecho de adopción, esta sería una facilidad que el Estado a través de sus instituciones debe de otorgar y fundamentar el mecanismo para la elección de los futuros padres adoptantes.

Asimismo, el órgano colegiado afirmó que las reformas al artículo 4 constitucional son parte del movimiento internacional por la defensa de los derechos de la niñez iniciado por la Organización de las Naciones Unidas. Adujo que el reconocimiento constitucional de los derechos de la niñez fortalece el principio de equidad entre las personas, ya que debe haber igualdad entre iguales y desigualdad entre desiguales.

El tribunal manifestó que los niños son aquellos seres humanos que no han alcanzado el cúmulo de experiencias vitales adquiridas por el paso del tiempo, que se estiman necesarias para su incorporación a la sociedad de manera independiente y responsable. Señaló que en nuestro derecho toda persona menor de dieciocho años es considerada infante, por lo que debe gozar de cuidados especiales. Adujo el Tribunal Colegiado que lo anterior encuentra sustento en la Convención sobre los Derechos del Niño, que es de referencia obligatoria, en términos del artículo 133 constitucional, que sitúa al citado instrumento internacional por encima de las leyes ordinarias federales y locales. Al respecto, el órgano colegiado citó el siguiente criterio del Pleno de esta Suprema Corte:

“TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”³⁸.

En el mismo orden de análisis sobre los derechos de la infancia, el Tribunal Colegiado argumentó que del preámbulo, así como de los artículos 7, apartado 1; 9, apartados 1 y 3; 24, punto 2, inciso e); 28 y 29, de la Convención sobre los Derechos del Niño, es posible advertir que los niños, como todo ser humano, gozan de los derechos fundamentales que han sido reconocidos en los instrumentos internacionales, como son;

³⁸ (Tesis Aislada); 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo X, Noviembre de 1999; p. 46.

- a) que la falta de madurez física y mental de los niños requiere de protección especial, tanto antes como después de su nacimiento;
- b) que la protección se garantiza cuando el Estado da los medios para que las familias protejan a los menores;
- c) que el entorno idóneo para el óptimo desarrollo del menor se encuentra en el seno de la familia, a través de un ambiente de felicidad, amor y comprensión, con la participación de ambos padres, en tanto ello no resulte contrario al interés superior del menor;
- d) y que es obligación del Estado Mexicano como de los padres procurar el desarrollo normal de un menor, que se produce cuando el entorno le permite la posibilidad, en atención a sus capacidades físicas y mentales, para su preparación a una vida independiente en sociedad.

Al respecto, el órgano colegiado citó la siguiente tesis propia:

“MENORES DE SIETE AÑOS. QUÉ DEBE ENTENDERSE POR SU NORMAL DESARROLLO (INTERPRETACIÓN DE LA FRACCIÓN V DEL ARTÍCULO 282 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL)”³⁹

En el caso concreto, adujo el órgano de control constitucional, el acto reclamado constituye un acto cuya consumación afecta de manera irreparable el derecho fundamental del menor de edad a un desarrollo integral, pues ni el padre ni la menor podrán recuperar el tiempo que les fue vedado para interrelacionarse como naturalmente debe ocurrir dada la filiación que les une.

Estimar lo contrario, afirmó el Tribunal Colegiado, sería validar la afectación de los derechos fundamentales de una persona menor de edad de manera irreparable, con motivo de que sus padres no supieron defender sus derechos en la instancia ordinaria, lo cual contravendría la finalidad perseguida tanto por la Constitución Federal como en la Convención sobre los Derechos del Niño.

³⁹ (Jurisprudencia); 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 5; p. 3624.

Expuso el órgano colegiado, que no pasaba por alto que el citado instrumento internacional dispone que la separación de los niños de uno o ambos padres se puede justificar cuando la convivencia de los primeros con los últimos resulta más perjudicial que benéfica para su propio desarrollo, pues tan grave es permitir la convivencia entre un menor y su padre cuando éste ejerce violencia física o mental sobre dicho menor, como grave sería privar a este último de su normal desarrollo al lado de su progenitor.

Las sentencias dictadas por la Sala 1ª del Tribunal Supremo aproximadamente desde el año 2009 constituyen el inicio de una nueva etapa en materia de guarda y custodia de los hijos en los procesos de nulidad, separación y divorcio. Con independencia de otras cuestiones, el Tribunal Supremo se ha ocupado de interpretar el artículo 92 Código Civil, en lo concerniente al interés superior del menor puesto en relación con el deber de fundamentar y motivar las Sentencias por parte de Jueces y Tribunales cuando de la atribución de guarda y custodia de los hijos menores se trata.

Sobre esta base, la Sala ha venido a recoger una serie de criterios relativos a la interpretación de lo que significa “*el interés del menor*”; y en concreto, respecto a los criterios o parámetros a tener en cuenta para justificar el interés del menor a la hora de adoptar la custodia compartida. En este sentido, la interesantísima 1ª de 8 de octubre de 2009 ha venido a poner de manifiesto que:

Ciertamente, en materia de guarda y custodia compartida, el Código Civil contiene una cláusula abierta que obliga al juez a acordar esta modalidad siempre en interés del menor, después de los procedimientos que deben seguirse según los diferentes supuestos en que puede encontrarse la contienda judicial, una vez producida la crisis de la pareja y que resulta muy difícil concretar en qué consista este interés a falta de una lista de criterios, como ocurre en algunos ordenamientos jurídicos, que sí los especifican.

Los sistemas de guarda compartida vigentes en derecho comparado adoptan métodos diferentes para interpretar si concurre o no interés del menor en cada caso en que se considere conveniente acordar esta modalidad de ejercicio de la guarda y custodia, ya que no existe un modelo general que obligue a repartir la convivencia en periodos iguales con cada uno de los progenitores.

De igual forma, en sentencia 2008-11262, del 24 de agosto de 2008, tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el deber de protección del Estado a la niñez. En la citada sentencia esta Sala resolvió, en lo que interesa:

*“(…) **Sobre el interés superior del niño (a).**- En materia de los derechos especiales que tienen los niños se encuentran varias normas de rango constitucional, internacional e infra constitucional; reconociéndose en todas ellas el interés superior del niño (a) como criterio de toda acción pública o privada concerniente a una persona menor de dieciocho años.*

“La familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado. Igualmente tendrán derecho a esa protección la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido” (...) le establece una serie de derechos a cualquier niño, independientemente, de su raza o nacionalidad (artículo 2°), tales como: el derecho a ser cuidado por sus padres (artículo 7°), el derecho a un “nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social” reconociéndose a los padres como los responsables primordiales de proporcionarles las condiciones de vida necesarias para su desarrollo y el deber del Estado de adoptar “medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho” (artículo 27) y en caso de tratarse además de un niño (a) mental o físicamente impedido el derecho a “disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren dignidad, permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad” además de “recibir cuidados especiales” (artículo 23).

*Por otro lado, la **Declaración Universal de Derechos Humanos** del 10 de diciembre de 1948, precisa en su artículo 16, párrafo 3°, que “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene el derecho a la protección de la sociedad y del Estado” (en idéntico sentido artículo 23, párrafo 1°, del Protocolo Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 19 de diciembre de 1966). Por su parte, el artículo 25, párrafo 2°, de la supra indicada Declaración señala que “La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales...” y, finalmente, en el artículo 24, párrafo 1°, se establece que “Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna... a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”.*

*De las normas de los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos transcritas, resulta, a todas luces, que los Estados tienen como deberes fundamentales la protección del interés superior del niño, evitando la desmembración del núcleo familiar y promover las condiciones necesarias para que gocen de la presencia permanente de la autoridad parental en especial cuando el niño (a) requiere cuidados especiales. Los derechos humanos o fundamentales y las obligaciones correlativas de los poderes públicos, han sido también, desarrollados en el plano infra constitucional, tenemos así el Código de la Niñez y de la Adolescencia en general y la Ley de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, cuando se trate además de un niño (a) con necesidades especiales. Así, el **Código de la Niñez y de la Adolescencia** (Ley No. 7739) puntualiza que el norte interpretativo de toda acción pública o privada debe ser el interés superior del niño (artículo 5°).*

El ordinal 12 de ese cuerpo normativo estipula que el Estado deberá garantizar el derecho a la vida “con políticas económicas y sociales que aseguren condiciones dignas para la gestación, el nacimiento y el desarrollo integral”. El numeral 29 establece la obligación del padre, la madre o la persona encargada de “velar por el desarrollo físico, intelectual, moral, espiritual y social de sus hijos menores de dieciocho años” y de “cumplir con las instrucciones y los controles que se prescriban para velar por la salud de las personas menores de edad bajo su cuidado” (artículo 45). Por su parte, además de todo lo dicho, cuando el niño (a) requiera de necesidades especiales en razón de su discapacidad entendida como “una

*deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social” (artículo 1 de la Convención Americana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad) es aplicable además los derechos de las personas discapacitadas, reconocidos también en normas internacionales (Convención Americana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad ratificada por la Asamblea Legislativa mediante Ley N° 7948) y con rango legal la **Ley de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad** N° 7600, publicada en La Gaceta del 29 de mayo de 1996. Así pues, a las personas discapacitadas se les debe garantizar igualdad de oportunidades, mediante la supresión de todos los obstáculos determinados socialmente, ya sean físicos, económicos, sociales o psicológicos que excluyan o restrinjan su plena participación en la sociedad, en este sentido define el artículo 2 la estimulación temprana cuando dice que es toda aquella “atención brindada al niño entre cero y siete años para potenciar y desarrollar al máximo sus posibilidades físicas, intelectuales, sensoriales y afectivas, mediante programas sistemáticos y secuenciados que abarcan todas las áreas del desarrollo humano...” y el artículo 13 de la Ley General de Salud No. 5395, del 30 de octubre de 1973 cuando reconoce el deber de los padres y el Estado de velar por la salud y el desarrollo de los niños: “Los niños tienen derecho a que sus padres y el Estado velen por su salud y su desarrollo social, físico y psicológico. Por tanto, tendrán derecho a las prestaciones de salud estatales desde su nacimiento hasta la mayoría de edad. Los niños que presenten discapacidades físicas, sensoriales, intelectuales y emocionales gozarán de servicios especializados.”.*

En conclusión, luego de todo lo dicho es claro que a los niños le asisten una serie de derechos especiales y correlativamente al Estado y los padres o encargados de los niños le asisten una serie de obligaciones y deberes para con ellos, más aún cuando se trate de niños con necesidades especiales, todo lo cual tiene respaldos en numerosos instrumentos internacionales, en nuestra Constitución Política y en normas legales (...).⁴⁰

Acatando lo establecido por el Supremo Tribunal, a los niños le asisten una serie de derechos especiales y correlativamente al Estado y los padres o encargados de los niños se les imponen una serie de obligaciones y deberes para con ellos, como por ejemplo;

- La adopción establece un vínculo de filiación -una forma jurídica de ser hijo- que tiene los mismos efectos y consecuencias que el vínculo que une a los padres e hijos consanguíneos. Cuyo fundamento es de carácter proteccionista, pues se dirige más que todo a la tutela de la familia, y específicamente, a la del interés superior del menor;

⁴⁰ Consultado el 2 de abril del 2014, de: <http://sitios.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/Constitucion%20Politica/Sentencias/2011/11-005269.htm>

- El Interés superior del menor se constituye también en un principio rector en materia de adopción, en la que el interés del menor prevalece en relación con los intereses que pudieran detentar los padres, guardadores y adoptantes.

La motivación de las sentencias es una exigencia constitucional que se deduce de los artículos 14 y 16, así como por lo dispuesto en los artículos 1.192 fracción III, 1.195 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México. Desde el punto de vista constitucional, el deber de motivación es inherente al ejercicio de la función jurisdiccional y forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, porque está prohibida la arbitrariedad del juez y la forma de controlar la razonabilidad de las decisiones se efectúa por medio de la motivación, entendiendo por motivación el deber jurídico de explicar y justificar (demostrar con argumentos convincentes) porqué y para qué, por lógica se impone el principio de razón suficiente.

Entenderemos entonces que la argumentación jurídica es un proceso cognitivo especializado (teórico o práctico) que se realiza mediante concatenación de inferencias jurídicas consistentes, coherentes, exhaustivas, teleológicas, fundadas en la razón suficiente, y con conocimiento idóneo sobre el caso objeto de la argumentación.

La argumentación jurídica se concretiza relacionando premisas, a la luz vinculante de los principios y demás cánones lógicos pertinentes, para obtener secuencial y correctamente, conclusiones que, según el caso, afirme o nieguen la subsunción del hecho en la hipótesis jurídica o afirmen o nieguen la validez o invalidez o la vigencia formal o real de la norma jurídica dada o afirmen o nieguen la pertinencia o impertinencia, o la aplicabilidad o inaplicabilidad o la compatibilidad.

La respuesta a las pretensiones formuladas no debe ser ni extensa ni pormenorizada, pero sí debe estar argumentada en Derecho, puesto que el juez no puede decidir según su leal saber y entender, sino mediante el recurso al sistema de fuentes establecido, tal como dispone el artículo 1.14., 4.1., del Código Civil, así como por lo dispuesto en los artículos 1.18., 1.10., 2.59., 5.2., 5.4., 5.8.,

5.16 (*interés superior del menor*), y aplicables del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México, lo que deriva de la sumisión de los jueces a la ley. En tal sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que:

*“la motivación (...) ha de ser la conclusión de una argumentación ajustada al tema o temas en litigio para que el interesado, destinatario inmediato pero no único, y los demás, los órganos judiciales superiores y también los ciudadanos, puedan conocer el fundamento, la ratio decidendi de las resoluciones (...)”*⁴¹

La motivación ha de ser, pues, suficiente, sobre la base del cumplimiento de una doble finalidad: la de exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada, haciendo explícito que responde a una determinada interpretación del Derecho, así como la de permitir su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos.

La obligación de motivación de las sentencias está recogida, asimismo, en el artículo 1.14 y el 1.195 del Código Civil para esta Entidad Federativa, que rezan en la siguiente:

Tabla 9

<u>“Obligatoriedad judicial de resolver controversias:</u>
<u>Artículo 1.14.- Los Jueces o Tribunales no podrán dejar de resolver una controversia, ni aun invocando el silencio, la obscuridad o insuficiencia de la ley.”</u>
<u>“Artículo 1.195.- Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas, las contestaciones y las demás pretensiones deducidas por las partes; deberán ocuparse exclusivamente de las personas, cosas, acciones y excepciones que hayan sido materia del juicio, decidiendo todos los puntos litigiosos. Cuando éstos hubieran sido varios, se hará el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos”.</u>

Es así que según lo expresan los artículos señalados en la anterior tabla, las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que

⁴¹ *Supremo Tribunal de Justicia 77/2000.*

conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del Derecho”, y todo ello “ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón”.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha considerado en numerosas ocasiones que el interés superior de la infancia aplicado a las políticas, acciones y toma de decisiones del Estado relacionadas con los menores de edad, debe buscar el beneficio directo del infante a quien van dirigidas.

El órgano de control constitucional consideró que las instituciones de bienestar social, público y privado, las autoridades administrativas y los órganos legislativos, al actuar en sus respectivos ámbitos, deben otorgar prioridad a los temas relacionados con dichos menores.

El Estado debe velar en todo momento por la seguridad y bienestar de la infancia, pues si bien las controversias del orden familiar se encuentran englobadas dentro de la materia civil, a dichas controversias no se les debe aplicar un criterio rigorista de naturaleza civil para determinar la procedencia o improcedencia del juicio de amparo, sujeto al principio de definitividad, dada la importancia de los sujetos que regula dicha materia.

2.8. Tratados Internacionales

El interés superior de la niñez. Esta institución jurídica está reconocida en el artículo 4º, párrafo octavo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: el artículo 4º, párrafo octavo de la Constitución Federal dispone:

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.⁴²

La Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por México y publicada en el Diario Oficial de la Federación el veinticinco de enero de mil novecientos

⁴² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *op. cit.* nota 27.

noventa y uno, el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece:

Tabla 10

<u>1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.</u>
<u>2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.</u>
<u>3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.</u>

Los artículos 3, 4, 6 y 7 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, prescriben:

Artículo 3. La protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, tiene como objetivo asegurarles un desarrollo pleno e integral, lo que implica la oportunidad de formarse física, mental, emocional, social y moralmente en condiciones de igualdad.

Son principios rectores de la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

Como lo vemos en la siguiente tabla, y atendiendo a este principio, el ejercicio de los derechos de los adultos no podrá, en ningún momento, ni en ninguna circunstancia, condicionar el ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

Artículo 4. De conformidad con el principio del interés superior de la infancia, las normas aplicables a niñas, niños y adolescentes, se entenderán dirigidas a procurarles, primordialmente, los cuidados y la asistencia que requieren para lograr un crecimiento y un desarrollo plenos dentro de un ambiente de bienestar familiar y social.

Tabla 11

A. El del interés superior de la infancia.
B. El de no discriminación por ninguna razón, ni circunstancia.
C. El de igualdad sin distinción de raza, edad, sexo, religión, idioma o lengua, opinión política o de cualquier otra índole, origen étnico, nacional o social, posición económica, discapacidad, circunstancias de nacimiento o cualquier otra condición suya o de sus ascendientes, tutores o representantes legales.
D. El de vivir en familia, como espacio primordial de desarrollo.
E. El de tener una vida libre de violencia.
F. El de corresponsabilidad de los miembros de la familia, Estado y sociedad.
G. El de la tutela plena e igualitaria de los derechos humanos y de las garantías constitucionales.

La ley atenderá al respeto de este principio, así como al de las garantías y los derechos fundamentales reconocidos en el Máximo Código Federal, refiere que el Estado busca proteger a los niños, niñas y adolescentes de nuestro país.

Tabla 12

Artículo 6. A falta de disposición expresa en la Constitución, en esta ley o en los tratados internacionales en los términos del artículo 133 de la Constitución, se estará a los principios generales que deriven de dichos ordenamientos y a falta de éstos, a los principios generales del derecho.
Artículo 7. Corresponde a las autoridades o instancias federales, del Distrito Federal, estatales y municipales en el ámbito de sus atribuciones, la de asegurar a niñas, niños y adolescentes la protección y el ejercicio de sus derechos y la toma de medidas necesarias para su bienestar tomando en cuenta los derechos y deberes de sus madres, padres, y demás ascendientes, tutores y custodios, u otras personas que sean responsables de los mismos. De igual manera y sin perjuicio de lo anterior, es deber y obligación de las comunidades a las que pertenecen y, en general de todos los integrantes de la sociedad, el respeto y el auxilio en el ejercicio de sus derechos.
“El Gobierno Federal promoverá la adopción de un Programa Nacional para la Atención de los Derechos de la Infancia y Adolescencia, en el que se involucre la participación de las entidades federativas y municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, así como del sector privado y social, para la instrumentación de las políticas y estrategias que contribuyan al cumplimiento de la presente ley y garantice el mejoramiento de la condición social de niñas, niños y adolescentes.

Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, así lo dispuso esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis jurisprudencial, que textualmente reza:

INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONCEPTO. En términos de los artículos 4º, párrafo octavo, 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, en todas las medias que tomen relacionadas con los menores, deben atender primordialmente al interés superior del niño; concepto que interpretó la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cuya competencia contenciosa aceptó el Estado Mexicano el 16 de diciembre de 1998) de la siguiente manera: “la expresión ‘interés superior del niño’... implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño”. Primera Sala, jurisprudencia, tesis 1ª/J.25/2012 (9ª), registro 159897, décima época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, libro XV, diciembre de 2012, tomo 1, página 334.⁴³

A partir de lo dispuesto en los enunciados normativos transcritos, el interés superior de la niñez debe ser considerado como un principio regulador de la normativa relativa a los derechos de las niñas y niños que se funda en la dignidad misma del ser humano, a partir de tener como referente las características propias de quienes son infantes, así como en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. Por tanto, este principio implica que el desarrollo de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para todas las autoridades del Estado en la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida de los niños y de las niñas⁴⁴.

El objetivo general de proteger el principio del interés superior de la niñez es, por sí mismo, un fin legítimo, necesario e imperioso⁴⁵.

⁴³ Derecho de niños, niñas y adolescentes, op. cit., nota 38

⁴⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02, de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, párrafo 56. Este criterio lo adoptó esta Suprema Corte en la tesis jurisprudencial 1ª/J.25/2012 (9ª), *cf.*, *supra*, nota 10.

⁴⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo, 108.

Los Estados deben asegurarse que el interés superior de la niñez prevalezca, como mandato de optimización, en la mayor medida posible, por lo que los niños y las niñas deberán ser sujetos de cuidados especiales o medidas especiales de protección, según lo disponen tanto el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, teniendo presente que, como se indica en la propia declaración, *“el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”*, y en el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos.

Los cuidados especiales o las medidas especiales de protección deberán definirse a partir de los hechos que determinan las circunstancias en las que se encuentren los niños y las niñas, en cada caso particular, considerando su especial manera de ser, esto es su “debilidad, inmadurez o inexperiencia”

Dichos cuidados o medidas se deberán adoptar con la finalidad de prevenir, o bien, eliminar el eventual estado de vulnerabilidad en que pudieran estar. Quienes son menores pueden ubicarse en una situación de vulnerabilidad por las circunstancias en las que se encuentren, teniendo como referente su manera *sui generis* de ser.

Las circunstancias en las que una persona menor de edad participa en un procedimiento judicial no son iguales a las de los adultos. La valoración jurídica de la diferencia ontológica de los menores y sus circunstancias particulares justifican la adopción de medidas especiales de protección. Es necesario que se reconozcan y respeten las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento judicial.

Por ejemplo, los niños y las niñas, con motivo de su edad u otras circunstancias, podrían no apreciar o reproducir en su justa dimensión los hechos sobre los que declaren, por lo que los jueces deberán valorar con especial cautela sus declaraciones. Además, las declaraciones de quienes son menores deben solicitarse cuando sean indispensables y deben ser sujetas a las medidas de protección procesal que correspondan según la situación y la edad del menor.

Luego, siendo los menores sujetos de derechos y en atención, por supuesto, a su especial manera de ser y las circunstancias en las que se encuentran, adquieren todo su sentido, dimensión y efecto útil los derechos reconocidos a favor de la infancia en los artículos 12, 13, 14 y 15 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Una vez expuesto el sentido de los actos de imposible reparación como criterio de procedencia del juicio de amparo indirecto, los alcances de la regla de definitividad en el juicio de amparo indirecto, así como del interés superior de la niñez, esta Primera Sala analizará si la excepción a la regla de la definitividad sólo opera en amparo directo por violaciones procesales cuando los derechos de una persona menor de edad están involucrados en una contienda judicial o, bien, si la citada excepción también es válida en el juicio de amparo indirecto, con motivo del interés superior de la niñez, ante alegadas violaciones de imposible reparación en perjuicio de una persona menor de edad, a partir de la siguiente pregunta:

¿La excepción a la regla de la definitividad, solamente opera en el juicio de amparo directo, por violaciones procesales, cuando los derechos de una persona menor de edad estén involucrados en una contienda judicial, o dicha excepción también se actualiza en el juicio de amparo indirecto, con motivo del interés superior de la niñez?

En respuesta a esa interrogante, debe decirse que las excepciones al principio de definitividad no solamente se presentan en el juicio de amparo directo, respecto de las violaciones al procedimiento como lo prescribe el artículo 107, fracción III, inciso a) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y lo reproduce la Ley de Amparo; antes bien, tales excepciones se presenta también en amparo indirecto, en casos específicos en donde los derechos de una persona menor están involucrados en la contienda judicial y existen razones justificadas para liberar al quejoso de la carga de interponer los recursos ordinarios⁴⁶.

⁴⁶ A guisa de ejemplo, esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la contradicción de tesis 139/2013, por mayoría de votos, emitió la jurisprudencia de rubro “DEFINITIVIDAD EN EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO. SE ACTUALIZA UNA EXCEPCIÓN A ESTE PRINCIPIO EN LOS CASOS EN LOS QUE ESTÉ INVOLUCRADO UN MENOR DE EDAD, CUANDO EL RECURSO ORDINARIO NO ADMITE LA SUSPENSIÓN DEL ACTO”(Tesis Jurisprudencial 77/2013 (10ª), emanada de la contradicción de tesis 139/2013. Entre las

Ahora bien, respecto de la siguiente pregunta, esto es: *¿siempre que se aleguen violaciones de imposible reparación en perjuicio de una persona menor de edad, se actualiza una excepción al principio de definitividad?*

La respuesta es negativa, pues la irreparabilidad del acto no es, por sí misma, una causa que justifique el no agotamiento del recurso ordinario previsto en la ley, a pesar de que los derechos de una persona menor se encuentren involucrados en un litigio, cuando el recurso ordinario es apto para cumplir con los objetivos de los que se han hablado en párrafos precedentes.

En relación a esto es necesario precisar que la irreparabilidad del acto reclamado, por un lado, y el principio de definitividad, por otro, son dos presupuestos distintos y autónomos que deben ser observados para determinar la procedencia del juicio de amparo indirecto, aun en los casos en los que una persona menor de edad se encuentre involucrada.

El primero de esos requisitos, se refiere a la naturaleza del acto de autoridad que se impugna y que genera en la esfera jurídica del quejoso, con hincapié en los derechos sustantivos, a la trascendencia de la afectación y a su no reparación aunque se llegue a dictar una sentencia definitiva favorable a los intereses del peticionario del amparo, y que obliga a la autoridad de control constitucional a intervenir de inmediato, sin esperar a que se llegue a promover el juicio de amparo directo (que no reparará la afectación sufrida) pero siempre que se encuentren satisfechos los restantes presupuestos de procedencia prescritos en la ley.

La regla de la definitividad, por su parte, se refiere a la existencia, idoneidad y eficacia de los recursos ordinarios previstos en la ley contra el acto reclamado, así como a la posibilidad, derivada de las normas legales aplicables al caso, de que el interesado renuncie a ellos. Es decir, la citada regla existe con relación a la naturaleza de los recursos ordinarios.

En esas circunstancias, en los supuestos que aquí se analizan sobre juicios en que intervienen menores o ven afectada su esfera jurídica, el primer supuesto de

sustentadas por el Décimo Primer Tribunal Colegiado del Primer Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado del Segundo Circuito, ambos en Materia Civil. 3 de julio de 2013. La votación se dividió en dos partes: mayoría de cuatro votos por la competencia. Disidente: José Ramón Cossío Díaz. Mayoría de cuatro votos en cuanto al fondo. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo).

procedencia que debe verificar el juez de control constitucional cuando se reclaman actos dentro del juicio es que éstos tengan una ejecución irreparable, pues solo entontes estará en aptitud de analizar si se ha cumplido con el principio de definitividad o si en el caso que examina, se justifica su inobservancia, sin que el hecho de que se trate de actos de imposible reparación genere, *per se*, la excepción a la regla, máxime si se considera que la norma constitucional.

Es inconcuso que no es la irreparabilidad del acto reclamado el elemento fundamental para decidir cuándo es el caso de exentar al quejoso de interponer el recurso ordinario prescrito en la ley, cuando los derechos de una persona menor de edad estén involucrados en una contienda judicial, pues ha de considerarse que, siempre que se trate de actos dentro del juicio reclamables en amparo indirecto, éstos son de ejecución irreparable (de lo contrario, su reclamo debe verificarse hasta que se llegue a promover el juicio de amparo directo).

De ahí que lo trascendente es analizar, desde la perspectiva del interés superior de la niñez, si el recurso ordinario previsto en la ley es existente, idóneo, efectivo, oportuno, adecuado y eficaz para prevenir y reparar oportuna y adecuadamente las violaciones a los derechos sustantivos cometidas en el acto o resolución impugnada en perjuicio de la persona menor de edad.

En virtud de que la regla de la definitividad está referida, fundamentalmente, al alcance de los recursos y no a la naturaleza de los actos impugnados, cuya irreparabilidad, como ya se dijo, se debe dar por sentada cuando se reclaman actos dentro del juicio, de manera que el argumento relativo a la observancia del interés superior del menor no constituye un argumento válido para confundir los elementos de uno y otro requisitos de procedencia del juicio de amparo.

Por lo anterior, en respuesta a la segunda interrogante formulada, se concluye que si bien en el juicio de amparo indirecto existen casos de excepción a la regla de definitividad, éstos no se identifican con la mera circunstancia de que el acto tenga una ejecución de imposible reparación para el menor.

Por tanto, y como conclusión en este apartado, el interés superior de la niñez es un criterio orientador que permite analizar los hechos que dan forma a las circunstancias que rodean a los niños y las niñas en cada caso concreto.

A partir de dicho análisis es posible determinar si quien es menor está en una situación de vulnerabilidad, con la finalidad de adoptar las medidas de protección que lo alejen de tal situación, pero que al mismo tiempo lo ubiquen en otras circunstancias distintas, que sean las más favorables para su desarrollo y pleno aprovechamiento de sus potencialidades. Todo lo cual tendrá como finalidad que los niños y niñas ejerzan sus derechos en un plano auténtico de igualdad a partir de la valoración jurídica.

2.9 Convención sobre los derechos del niño

La Convención de los derechos del Niño, fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en noviembre de 1989, y es la proclamación más completa de los derechos del niño que se haya elaborado, y es la primera en conceder a estos derechos la fuerza en derecho internacional.

Es un Tratado Internacional que consta de 54 artículos, que proponen nuevos aportes a los contenidos en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, además de que se profundiza los derechos del niño, reafirmando la necesidad de proporcionarles cuidado y asistencia especiales en razón de su vulnerabilidad, subraya de manera especial la responsabilidad primordial de la familia por lo que respecta a la protección y asistencia; la necesidad de protección jurídica y no jurídica del niño antes y después de su nacimiento; la importancia del respeto de los valores culturales de la comunidad del niño, y el papel crucial de la cooperación internacional para que los derechos del niño se hagan realidad.

La Convención⁴⁷ tiene el mismo significado para pueblos en todas las partes del mundo. Esto fue posible luego de largas negociaciones donde representantes de diferentes países, con diversos sistemas sociales y económicos, y con similitudes culturales, étnicas y religiosas trabajaron con Organizaciones no gubernamentales y las Agencias de Naciones Unidas para modelar el establecimiento de valores comunes y aspiraciones en todo el mundo.

⁴⁷ Convenir significa estar de acuerdo acerca de algo y tomar una responsabilidad ante lo que se "conviene".

Incluyendo todas las escalas de derechos humanos, tanto civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, la Convención reconoce que el goce de un derecho puede obstaculizar el goce de otros. Se ha demostrado que la libertad de un niño se encuentra cuando han desarrollado sus capacidades morales y espirituales, para un ambiente saludable y sano, el acceso a un cuidado de salud, y a los estándares mínimos de alimentación, vestimenta y vivienda.

Cada nueva generación ofrece una oportunidad a toda la humanidad. Si se provee a los niños sobrevivientes del mundo para su desarrollo, si se les protege de todo tipo de daño y explotación, y se les permite participar de la toma de decisiones directamente, construyendo una sociedad justa que todos queremos y que los niños son merecedores.

Fundamentalmente avanza en el aspecto jurídico, al hacer a los Estados firmantes "jurídicamente" responsables de su cumplimiento.

Cuando un Estado ratifica la Convención sobre los Derechos del Niño, asume la obligación de aplicarla (tabla 13), estampar la firma en un documento, no es más que un primer paso, pues el reconocimiento de los derechos sobre papel no basta para garantizar su efectivo goce en la práctica.

Por eso cada país asume la obligación complementaria de presentar informes cada cierto tiempo al Comité de los Derechos del Niño, en el que comunica lo que realmente se ha hecho hasta esa fecha para hacer efectivos los Derechos de la Infancia en su territorio: en ese informe indica las medidas (leyes, actuaciones, etc.), y el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos. Para cumplir su obligación de presentación de informes, los estados partes deben informar por primera vez dos años después de su ratificación, y posteriormente cada cinco años.

El Comité acepta informes complementarios por parte de ONG, investiguemos la definición en la Enciclopedia Larousse temático universal que son estas siglas y posteriormente veremos las obligaciones de los Estados, en la tabla 13 ya analizada anteriormente:

ONG es la sigla de Organización No Gubernamental. Se trata de entidades de iniciativa social y fines humanitarios, que son independientes de la administración pública y que no tienen afán lucrativo.

Una ONG puede tener diversas formas jurídicas: asociación, fundación, cooperativa, etc. Es importante resaltar que nunca buscan obtener ganancias de tipo económico, sino que son entidades de la sociedad civil que se basan en el voluntariado y que intentan mejorar algún aspecto de la comunidad.

Las ONG suelen financiarse a través de la colaboración de los ciudadanos, de los aportes estatales y de la generación propia de ingresos (mediante la venta de vestimenta o la realización de eventos, por ejemplo). Parte de sus recursos pueden destinarse a la contratación de empleados de tiempo completo (es decir, que no trabajan de manera voluntaria sino que se dedican exclusivamente a las tareas de la organización).

El campo de acción de una ONG puede ser local, nacional o internacional. La asistencia sanitaria, la protección del medio ambiente, el fomento del desarrollo económico, la promoción de la educación y la transferencia tecnológica son sólo algunos de los asuntos que incumben a este tipo de organizaciones.

Es importante tener en cuenta, de todas formas, que las ONG no buscan reemplazar al Estado o a los organismos internacionales, sino que intentan complementar sus funciones.⁴⁸

Los Estados partes en la presente Convención, están obligados a velar por:

Tabla 13.1



⁴⁸ Enciclopedia Larousse temático universal, México 2012, p.87.

Tabla 13.2

La libertad, la justicia y la paz se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana
Promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad.
Toda persona tiene derechos y libertades, sin distinción alguna, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.
La infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales.
La familia, como grupo fundamental de la sociedad, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad.
El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.
El niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad.
Proporcionar al niño una protección especial, así como interesarse en el bienestar del niño.
El niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento.
Con referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional; las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing); y la Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado.
En donde hay niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles y que necesitan especial consideración, tomar en cuenta la importancia de las tradiciones y los valores culturales de cada pueblo para la protección y el desarrollo armonioso del niño.
Mejorar las condiciones de vida de los niños en todos los países, en particular en los países en desarrollo. ⁴⁹

⁴⁹ Convención sobre los Derechos del Niño. Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. (1989) consultado el 10 de abril del 2014, de: <http://www.margen.org/ninos/derech8c.html>

De la Convención sobre los Derechos del Niño podemos destacar:

¿Qué es la Convención de los Derechos del Niño? Son los conceptos de universalidad, integralidad e interdependencia de los Derechos Humanos son válidos y aplicables para los Derechos del Niño. La Convención sobre los Derechos del Niño resume un esfuerzo de la humanidad por dar prioridad a los menores de 18 años en cualquier lugar o circunstancia. Concreta por lo tanto los derechos humanos en el ámbito de la infancia, presentando también otros derechos de carácter proteccionista.

La Convención es el referente por excelencia sobre los derechos del colectivo infantil, es un marco legal que los recapitula, que aporta una visión hacia los niños y las niñas basada en una nueva cultura de la infancia, una comprensión del carácter político y público de la misma así como una perspectiva real de su condición ciudadana.

Es el primer documento jurídico que define el concepto "niño". La Infancia es una invención social que surgió hace apenas dos o tres siglos. Desde el punto de vista etimológico infancia viene del latín in-fans: "sin palabra", "el que no tiene voz", "el que no tiene habla". Hasta hace relativamente poco las niñas y los niños no tenían reconocimiento legal para "tener voz", para ser escuchados.

Las niñas y los niños con la Convención, son reconocidas como personas capaces. De la idea de los "todavía no" pasan a la categoría social de los "ya sí", con capacidad reconocida para opinar, decidir y hacer (en mayor o menor medida) en todos aquellos asuntos que les afectan.

De "objeto de protección" a "sujetos sociales de derechos". La Convención reconoce a la infancia derechos civiles y políticos con lo que son reconocidos como ciudadanas y ciudadanos con derechos como el resto de seres humanos.

Los niños y las niñas dejan de ser un asunto privado para ser considerados un asunto público. La Convención reconoce un protagonismo importante a las familias y también a los estados para hacerse cargo del bienestar de la infancia, tanto unas como otros tienen responsabilidades legalmente reconocidas, de forma que el bienestar de la infancia no depende de la "caridad" aleatoria de los adultos.

Los niños y las niñas como personas responsables. Aunque la Convención no hace una referencia explícita a las responsabilidades que conllevan los derechos, es obvio que ser “sujeto de derecho” supone asumir también las responsabilidades implícitas en el disfrute de los mismos.

Provisión, protección y participación. Tres principios básicos forman parte de la Convención. La provisión hace referencia a los derechos básicos como la alimentación, la vivienda, la educación. La protección a evitar cualquier abuso, abandono, malos tratos, etc. Y la participación a que todos los niños y niñas tienen derecho a asumir un papel activo en su vida.

Los derechos recogidos en la Convención son: vida, nacionalidad, identidad, familia, opinión, expresión, pensamiento, conciencia y religión, asociación, intimidad, información, comunicación, adopción, protección abuso, explotación, niños con discapacidad, salud, educación, descanso, juego, minorías, garantías penales.⁵⁰

⁵⁰Comité de los Derechos del Niño, *Convención sobre los Derechos del Niño*, consultado el día 28 de marzo del 2013, <http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>

CAPITULO III. LA INEFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA INSTITUCIÓN DE LA ADOPCIÓN

A pesar de todos los fundamentos jurídicos y teorías sobre la institución de la adopción así como los tratados y convenciones sobre los niños como ya lo hemos visto en los capítulos anteriores, nos damos cuenta que muchos derechos fundamentales de los cuales nos habla Ferrajoli no se cumplen, y en este tercer capítulo haremos un marco descriptivo sobre la exposición del problema observado.

La técnica que ocuparemos es una investigación de campo con un estudio descriptivo (se describirán los hechos como son observados) como inicio aplicaremos un método deductivo con el propósito de tener un contexto de los cambios que ha tenido la institución de la adopción, visitaremos las instituciones del DIF (DESARROLLO INTEGRAL DE LA FAMILIA), y juzgados familiares, analizaremos la problemática sobre la negación de la adopción, por otro lado los que si son aceptados investigaremos si en realidad se cumple el interés superior del menor, algo muy importante es la desaparición de algunas instituciones de la adopción y el fortalecimiento de otras, así como también el valor que le da el juzgador al certificado de adopción de idoneidad.

También investigaremos algunos casos prácticos en los cuales les han negado el certificado de adopción, a que recursos han acudido y que respuesta han obtenido y a la par veremos si realmente se cumple con el fin principal de la institución de la adopción el otorgarle una familia al menor. Cabe mencionar que ello en base al supuesto interés superior del menor, continuaremos con un método inductivo en el cual se analizaran casos particulares para comprobar la hipótesis planteada en este trabajo.

Se realizaran estadísticas para analizar a cuantas familias se les ha negado la adopción, se profundizara sobre los fundamentos jurídicos del certificado de idoneidad a través de sus manuales de operación y las consecuencias que tienen sus aplicaciones.

3. El contexto de la de la adopción en las instituciones encargadas de su vigilancia

En México aún existen muchos temores, dudas y prejuicios en contra del proceso de adopción de un menor de edad, y lo engorroso del procedimiento administrativo, nos hemos dado cuenta de que la cultura de adopción no está enraizada en la sociedad mexicana, no se tiene una visión clara y en muchos casos se piensa que es un proceso muy difícil, lo que de por sí hace que las parejas se desanimen.

Así nos indica que se tiene que hacer para llevar a cabo en una adopción, en un principio los artículos 3.15, 3.16 y 3.17, del código de Procedimientos del Estado de México, nos dice los requisitos pero ante el órgano jurisdiccional, se ve muy fácil y expedito, ahora empecemos a conocer la realidad del proceso de una adopción, la cual empieza con la obtención del certificado de idoneidad ante la institución administrativa facultada por el constituyente.

De simple vista la ciudadanía se enfrenta al procedimiento y lo que encuentran en las mayorías de las informaciones sobre adopción, es que se debe de tener un Certificado de Idoneidad el cual lo otorga el organismo competente en México, el DIF (Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia) las funciones de esta institución son:

“Los servicios de asistencia social se conforman de acciones tendientes a modificar y mejorar 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 o desprotección, como es el caso de los menores de edad, que por circunstancias adversas se encuentran en estado de abandono y desamparo, lo que obliga, no sólo como una deuda nacional sino humana, a garantizar su derecho a vivir en familia”

“Así, cuando los menores no pueden vivir dentro de su propio núcleo familiar, ni aún con su familia extensa (tíos, abuelos, etc.), el Estado a través de la figura jurídica de la adopción, entendida como un proyecto de vida individualizado para las niñas, niños y adolescentes busca garantizar su derecho a ser parte de una familia permanente. Con el objeto de orientar al público usuario para llevar a cabo el procedimiento de adopción, el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF) hace de su conocimiento los requisitos necesarios para llevar a cabo una adopción”⁵¹

Son los objetivos de esta institución la de orientar al público a cómo realizar una adopción y también el velar por el interés superior del menor en los casos que

⁵¹ Reglamento Interior del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia, México 2010.

se encuentren en estado de abandono y desamparo el de garantizar su derecho a vivir en familia, estos requisitos los tiene plasmados en su manual de procedimientos de adopción de menores del sistema nacional para el desarrollo integral de la familia (DIF) los cuales son los siguientes:

Tabla 14.

Ser mayor de 21 años, si se es casado, la o el cónyuge deberá estar conforme en considerar al adoptado como hijo propio.
Tener medios suficientes para proveer de lo necesario para la subsistencia y educación del adoptado. Integrar expediente con todos los documentos requeridos, debidamente traducidos, si se presentan en idioma diferente al español y apostillados.
Tener 10 años o más que el adoptado.
Ser persona de buena conducta.
Tener buena salud.
Si el menor que se va a adoptar es mayor de 12 años, también se requiere de su consentimiento.
Si los adoptantes son casados, es suficiente con que uno de los dos reúna los requisitos.

La anterior tabla, refiere que los adoptantes deben de tener medios suficientes para la subsistencia de ellos y del posible menor que se pretende adoptar ¿entonces una persona que gana el salario mínimo no es apta para poder adoptar? El legislador nos dice que con \$ 67.29⁵² una persona y su familia puede subsistir adecuadamente, más adelante analizaremos en los casos que presentaremos en esta investigación si realmente es congruente con la opinión del Sistema del Desarrollo Integral de la Familia (DIF).

También es esencial tener la suficiente solvencia económica para brindarle una buena educación, pero ¿y nuestros derechos fundamentales que están plasmados en nuestra carta magna en su artículo 3 °; *“todo individuo tiene derecho a recibir educación”*⁵³ y el Estado tiene la obligación de otorgarla citemos a Ferrajoli dando una respuesta iuspositivista *“son derechos fundamentales, la*

⁵² Secretaria del Trabajo y Prevención Social, “salarios mínimos”, recuperado el 27 de agosto del 2014 en: www.stps.gob.mx.

⁵³ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *op. cit.*, nota 27.

libertad personal, la libertad de expresión, de reunión, de asociación, los derechos a la salud, a la educación y a la seguridad social”⁵⁴

3.1. El procedimiento para la obtención del certificado de idoneidad

La naturaleza y la fuente de su creación del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la familia es nuestro artículo 4º Constitucional y le otorga la facultad para poder determinar por medio de un procedimiento si las personas que pretender adoptar a un menor son idóneas para ese cometido, y en base a su Manual de procedimientos para una adopción es que se inicia este proceso el cual es el siguiente:

La documentación que nos refiere, que deberán presentarla en el Sistema Nacional de Desarrollo Integral de la Familia o también lo pueden entregar en el sistema municipal (SMDIF) de su localidad, para iniciar los estudios socioeconómicos y psicológicos correspondientes. Los resultados de dichos estudios estarán listos en un lapso no mayor a tres meses, bueno eso es lo que dicen en las dependencias mencionadas.

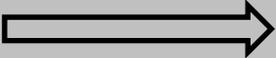
Para evitar que el niño tenga abuelos en vez de padres, los adoptantes no pueden tener más de cincuenta y cinco años, y el mayor, cuando son dos, no puede tener cuarenta años más que el adoptado.

En caso de ser aprobados, se ingresa a la lista donde permanecerá hasta la asignación de la niña o niño, que se hará basados en las necesidades de las niñas (os) y perfil psicológico de cada posible adoptante.

Así mismo, también los adoptados deben cumplir una serie de requisitos para que su adopción se pueda llevar a cabo los cuales están en la siguiente:

⁵⁴ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 1, p. 289.

Tabla 15

<p>Acudir a la entrevista en el área de Trabajo Social de cualquiera de los Centros Nacionales para iniciar los trámites.</p>	
<p>Acudir a la Subdirección de Asistencia Jurídica para integrar el expediente durante un lapso no mayor de dos meses, los cuales empiezan a contar a partir de la entrevista con el área de Trabajo Social. El expediente deber estar compuesto por la siguiente documentación</p>	<p>Presentar carta manifestando la voluntad de adoptar, señalando la edad y sexo del menor que se pretende adoptar. Presentar copias certificadas de actas de nacimiento de los solicitantes y de los hijos que pudiesen tener y de matrimonio, según sea el caso.</p>
<p>En los casos de concubinato deberán cumplirse los requisitos de la legislación aplicable. </p>	<p>Código civil del Estado de México</p>
<p>Documentación: </p>	<p>Dos cartas de recomendación de personas que conozcan a los solicitantes. Una fotografía a color tamaño credencial de cada uno de los solicitantes. Diez fotografías tamaño postal a color todas en su casa que comprendan fachada y todas las habitaciones interiores de la misma, así como de una reunión familiar en la que participen los solicitantes. Certificado médico de buena salud de los solicitantes, expedido por institución oficial, así como exámenes toxicológicos; expedidos por institución pública o privada, debidamente acreditada. Constancia de trabajo, especificando puesto, antigüedad y sueldo, o documentación que acredite fehacientemente los ingresos que perciben los solicitantes; así como cualquier otro documento que acredite su solvencia económica. Identificación oficial con fotografía de cada uno de los solicitantes (credencial de elector o pasaporte). Comprobante de domicilio Llenar y firmar la solicitud proporcionada por el DIF Nacional. Estudios socioeconómicos y psicológicos, que practicará el DIF Nacional.</p>

Durante este periodo se deberá asistir a la Escuela de Padres Adoptivos, la cual se imparte en las aulas del DIF, cuya duración es de seis a ocho meses de acuerdo a los requerimientos del grupo. De no ser aprobada su solicitud de adopción, se brindará la orientación correspondiente.

Una vez asignada la niña o niño, convivirán tres meses hasta que se concluya el proceso legal de adopción, el Manual de Procedimientos para la Adopción del DIF le llama de Preadopción.

Además esta institución realiza los seguimientos de la niña o niño preadoptados, por medio de los profesionales del área de Trabajo Social y Psicología estas convivencias se realizan en los Centros Nacionales Modelo de Atención, Investigación y Capacitación, Casa Cuna, Casa hogar y Centro Amanecer para niños que han sido autorizados para ello.

Otra observación que nos refiere la persona que nos brindó estos datos es que sólo pueden ser adoptados los menores no emancipados y sólo en situaciones excepcionales es posible la adopción de un mayor de edad o de un menor emancipado.

En base a estos datos realizamos la siguiente tabla, observamos que los menores no emancipados sólo pueden ser adoptados cuando se da alguna de las siguientes circunstancias:

Tabla 16

Que los padres fueran privados de la patria potestad.
Que los padres dieran el consentimiento para la adopción. En el caso de recién nacidos deben haber transcurrido 30 días desde el nacimiento para que la madre pueda dar su consentimiento.
Que fueran abandonados desde el día que nacieron sin ser reconocidos por sus padres. En este caso, también deben haber transcurrido 30 días.
En caso de que el menor a adoptar tenga más de 12 años, éste debe dar su consentimiento para su adopción.

Como lo vemos con la anterior tabla el proceso de adopción, como tal en la mayoría de las veces es largo y abrupto, y está lleno de sinsabores y frustraciones, cuando una persona o dos, que han puesto toda su ilusión y entusiasmo en querer ser padres, no pueden entender cómo todo lo define una administración, a través de unas entrevistas personales y uno test psicológicos de

personalidad, ha podido considerarlos no aptos para ser padres, o algo más ilógico los que ya tienen hijos y quieren realizar una adopción no comprenden que ha podido suceder para que se haya dado esa absurda solución de la administración referida en múltiples ocasiones anteriormente, de negarles a su entender todas las expectativas de volver a ser padres.

3.2. Análisis del procedimiento administrativo

Mediante este proceso que se ha visto anteriormente se va a evaluar a los posibles padres a través de entrevistas y expedientes psicológicos con el fin de saber si pueden o no obtener el certificado de idoneidad. Lo va a llevar a cabo un equipo de profesionales que valorará las solicitudes en orden cronológica según fueron recibidas, un punto muy importante que hay que mencionar es que se tiene que cumplir cada uno de las etapas del proceso ya que de no superar una, no se podrá continuar con el proceso hasta que se resuelva la situación anómala que se dio.

En este proceso de valoración se tienen en cuenta entre otros, los siguientes aspectos:

Tabla 17

Que la diferencia de edad entre el adoptante y el adoptado sea inferior a diez años, excepto si los solicitantes deseen aceptar grupos de hermanos o menores con problemas, ya que en tal caso la diferencia de edad puede ser superior.
Que el medio familiar de los solicitantes reúna condiciones adecuadas para la integración de los niños en lo que se refiere a la vivienda, medios de subsistencia, capacidad educativa e integración social.
Que las motivaciones para conseguir la adopción sean positivas y adecuadas.
Que las condiciones de salud física y psíquica de los solicitantes permitan atender al niño correctamente.

En cuanto al procedimiento administrativo, se llevarán a cabo una serie de pasos como son una primera entrevista, el inicio del expediente... Todos estos pasos tienen su razón de ser, pues en cada uno de ellos se evaluará una parte distinta de la familia y todas y cada una de ellas son indispensables para conseguir el certificado de idoneidad.

3.2.1. La primera entrevista

Durante este primer encuentro se evaluarán, en términos generales, las razones por las cuales se quiere adoptar. Así mismo, los profesionales del Desarrollo Integral de la Familia (DIF) informan a los solicitantes de la pesadez y la larga duración del proceso, al mismo tiempo que insisten en que pocos niños son adoptables. Con pocos niños nos referimos a bebés, ya que también se debe informar a los solicitantes de que hay muchos niños mayores en centros de acogida esperando a que alguien los adopte.

Durante esta entrevista, el representante del sistema nacional para el desarrollo integral de la familia (DIF) también debe comunicar a los solicitantes la gran cantidad de niños enfermos que se pueden adoptar mucho más fácilmente. Pero deben ser los propios solicitantes los que decidan si creen estar o no preparados para aceptar esa difícil tarea. En la mayoría de los casos ningún solicitante está preparado para acceder, de repente, a adoptar un niño enfermo, pero ellos mismos deberán reflexionar y pensar en la posibilidad que se les acaba de ofrecer. Deben tener en cuenta, también, que el proceso de adopción de un niño enfermo es mucho más largo que el de un niño sano.

Este encuentro es el primero de una larga serie de entrevistas, un mínimo de seis, dependiendo los criterios que se manejen en cada entidad, de que los solicitantes realizarán con un psicólogo y un asistente social, además de las visitas que son requeridas por los médicos de la institución mencionada anteriormente.

3.2.2. El inicio del expediente: la información psicológica y socio familiar

Es un reporte psicológico la cual se utilizan los instrumentos de valoración como es: ESFA (ESCALA DE SATISFACCIÓN FAMILIAR POR ADJETIVOS), EPQ-R (CUESTIONARIO REVISADO DE PERSONALIDAD DE EYSENCK), ASPA (ESCALA DE ASERECION DE PAREJA), Estudio de valores de Allport, frases incompletas de Sacks, MACHOVERT, Entrevista y la observación clínica directa.

Todo esto es para que la psicóloga realice sus conclusiones, y a su consideración ella determina si son idóneos para el proceso de adopción, aquí es

donde empieza la problemática cuando se determina que no se es idónea las parejas que quieren adoptar o una de ellas.

La única forma de arreglar esa situación es que se presenten a su capacitación a talleres para futuros padres, y concluyendo tendrán otra entrevista, y si aún siguen con el rechazo del psicólogo que está atendiendo su caso, el procurador el cual es el encargado de vigilar que todo se lleve conforme al manual de procedimientos del Sistema Municipal de Integración Familiar les ofrecerá un cambio de psicólogo, como una solución alternativa.

3.2.3. El estudio psicológico – social. Temor y rechazo

Uno de los principales problemas a la hora de querer adoptar un niño, son las entrevistas e investigaciones del Sistema Integral del Desarrollo de la Familia (DIF). Los padres sólo desean tener a su hijo cuanto antes y no entienden el porqué de tantas entrevistas con profesionales. Los asistentes sociales y los psicólogos entienden que adoptar un niño es una de las decisiones más importantes en la vida de una persona, y saben que los adoptantes están sujetos a una fuerte carga emocional, pero opinan que si colaboraran un poco más a la hora de realizar las entrevistas, el trabajo de todos sería mucho más fácil. Muchos de los adoptantes se quejan de las pesadas entrevistas, que a veces les resultan exageradas e incomprensibles.

Pero también es cierto que, en ocasiones, los solicitantes, ansiosos por tener lo más rápidamente posible a su hijo, no facilitan lo más mínimo la labor de la Institución del DIF. Lo que los solicitantes deben saber es que la Institución del DIF no busca un niño para una familia, sino una familia ideal para cada niño. Los criterios que sigue el Sistema Integral del Desarrollo de la Familia (DIF), por muy injustos y subjetivos que puedan parecer, se acogen a leyes establecidas por convenios internacionales, que si se miran en su conjunto tienen cierta lógica dentro del marco de incertidumbres que rodean el problema de las adopciones y de la infancia.

Este estudio psicológico se considera imprescindible ya que, a menudo, la demanda de la adopción implica en quién la solicita problemas psicológicos

inconscientes que pueden afectar negativamente a la consolidación y al desarrollo de la relación adoptiva. Para que los profesionales puedan evaluar convenientemente a los solicitantes, el Sistema Integral del Desarrollo de la Familia (DIF) ha elaborado una lista de recomendaciones a tener en cuenta. En ésta se encuentran detallados diferentes aspectos que permiten comprobar la capacidad de las personas para afrontar la adopción.

Entre otras cosas se habla de las motivaciones manifiestas y latentes en la adopción. Se examina el estado de salud física y la estructura de la personalidad. Se indaga en las relaciones de pareja, en las etapas o la estructura de la relación. Por último, también se debe averiguar cuáles son los deseos o expectativas sobre el futuro hijo y saber si piensan adoptar más niños o si ya los tienen como los han educado.

Después de esto, el Sistema Integral del Desarrollo de la Familia (DIF) hará una valoración de todos los solicitantes y de sus motivaciones.

Pero la primera de las investigaciones de los psicólogos no será ésta, sino que será examinar el deseo de tener un niño. Los propios psicólogos explican que muchas veces, el deseo de tener un niño viene motivado por querer recordar el propio mundo infantil. Por eso mismo lo primero en lo que se fijarán los profesionales, será examinar la historia familiar y el mundo infantil de los solicitantes y también se cree que se está haciendo una labor social al ayudar a un niño a su educación.

En este punto de la selección, se llevarán a cabo los exámenes y las entrevistas clínicas. Mediante éstas se pueden determinar los recursos y limitaciones de los adoptantes, al mismo tiempo que se estudian los lazos que existen entre los dos miembros de la familia.

En el diálogo con el personal del Sistema de Integración Familiar, los padres adoptivos dan indicios sobre cómo es su manera de relacionarse entre ellos o con los demás, lo cual es importante para conocer el contexto en el que se puede desarrollar el niño. También se evalúan las posibilidades de separación, en el caso de que se trate de una pareja, lo que resultaría muy negativo para el desarrollo del niño.

Por otra parte, tanto si la pareja es estéril, como si prefiere adoptar un niño a tener un hijo biológico o si quiere darle un hermanito a un hijo que ya tienen, se deben estudiar las motivaciones que conducen a este camino y no a otro para evitar que los padres se arrepientan más adelante.

Por todo lo dicho hasta ahora se puede pensar que se buscan parejas perfectas, pero no es así; se buscan parejas que sepan afrontar los problemas o que no se extrañen cuando no entiendan algo rápidamente.

Por lo tanto, el Sistema Integral del Desarrollo de la Familia (DIF) sólo intenta buscar lo mejor para los niños que están bajo su tutela, y también es una seguridad el que ellos investiguen a las personas que los padres les van a entregar a sus hijos de manera voluntaria y siempre en concordancia con el interés superior del menor.

Una vez que se inicia el expediente de aceptación de parte del psicólogo y ya se han presentado todos los documentos necesarios, se iniciará un proceso para conseguir todos los datos referentes al contexto sociofamiliar, o reporte socioeconómico para adopción.

Con esto se pretende conseguir que el menor se inserte en una familia con buena relación familiar y solvencia económica, esto se hará por medio de un cuestionario, utilizando la técnica de la entrevista y la observación, el método deductivo, inductivo e interpretación de la información recabada (tabla 18) para llegar al conocimiento real de la situación socioeconómica:

Tabla 18

• Composición y estructura de la familia.
• Salud.
• Cultura.
• Trabajo e ingresos económicos.
• Relaciones sociales.
• Motivos y condiciones de la adopción.

Una vez evaluadas las encuestas, los solicitantes deberán hablar sobre sí mismos y, nuevamente, explicar las razones que les han motivado para querer adoptar un niño. Después de esto, es cuando se inicia realmente el proceso de selección, en el cual los posibles adoptantes deberán entrevistarse repetidas

veces con un asistente social y un psicólogo que evaluarán las capacidades que poseen los solicitantes para hacerse cargo de un niño. Una de estas entrevistas debe realizarse en casa de los posibles adoptantes para que se pueda evaluar el contexto familiar.

3.2.4. El papel del asistente social

El asistente social será una de las personas que estará presente en las entrevistas realizadas a los solicitantes. Su trabajo es el de extraer conclusiones a partir de las entrevistas que realice con los posibles adoptantes y saber si pueden ser o no unos buenos padres. Por lo general, las preguntas que haga serán un poco más concretas, acerca del modo de vida o de la relación familiar. Como hemos dicho antes, una de las entrevistas se debe realizar en casa de los adoptantes, pues conocer la casa en la que viven puede ser clave ya que en ocasiones refleja el carácter y la manera de ser.

Aparentemente, el encuentro con el asistente social se desarrolla como una simple conversación, sin preguntas redactadas con antelación. Les pregunta acerca de sus gustos, sus relaciones, sus fines de semana; también, sobre sus ingresos, sus propiedades, su disponibilidad económica, y entre otras cuestiones, se interesa por la habitación que ocupará el futuro hijo, por la escuela a la que se le piensa llevar y por el pediatra.

Sin embargo, para el personal del Sistema Integral de la Familia (DIF) no se trata de una simple conversación: va tomando nota no sólo de lo que se dice, sino de cómo se le recibe, del grado de limpieza, del número de habitaciones... Su objetivo es hacerse una composición del lugar, formarse una idea de la posición social y del carácter de convivencia de los solicitantes.

Así mismo, el asistente social hace hincapié en lo estricta que es el Sistema Integral del Desarrollo de la Familia (DIF) y recuerda a los solicitantes que todavía pueden reflexionar sobre su decisión. Principalmente, aconseja a los solicitantes en lo que respecta a la edad del niño, avisándoles que a los servicios sociales no les gusta demasiado que las familias pidan niños con una edad determinada, especialmente recién nacidos. Consideran que si una familia quiere adoptar un

niño es porque desean tener un hijo y, por lo tanto, debería darles igual la edad que éste tuviera.

3.2.5. Los criterios de selección

Después de realizarse las entrevistas pertinentes, los profesionales del Sistema Integral del Desarrollo de la Familia (DIF) deberán elaborar un informe que será transmitido al Departamento de Valoraciones y Estudios Biopsicosociales para Adopción y Apoyo a la Familia, que es la encargada de decidir si los candidatos son idóneos o no, o sea es la que otorga el Certificado de Idoneidad, esta comisión debe tener en cuenta los siguientes criterios:

Tabla 19

Ser residente en la comunidad autónoma y tener por lo menos veintiún años.
Tener medios de vida estable y suficiente.
Estado de salud física y psíquica que no dificulte el cuidado del menor.
Tendrán preferencia los matrimonios o el hombre y la mujer que formen una pareja.
Convivencia de tres años como mínimo de pareja.
En caso de esterilidad, que esta circunstancia no interfiera en la adopción.
Existencia de una vida familiar estable y activa.
Que el deseo de adopción de un menor sea compartido por todos los miembros que conviven en la familia.
Que exista un entorno de relaciones amplio y favorable a una integración del menor adoptado.
Capacidad de cubrir las necesidades de desarrollo de un niño.
Carencia, en las historias personales, de vivencias que impliquen riesgo para la acogida del menor.
Flexibilidad de actitudes y adaptabilidad a nuevas situaciones.
Comprensión de las dificultades que entraña la situación para el niño. Respeto a la historia personal del niño, con la aceptación de sus características particulares.
Actitud positiva para la formación y el seguimiento.

La obtención del certificado de idoneidad, los datos que los profesionales del Sistema Integral del Desarrollo de la Familia (DIF) ha ido recogiendo a lo largo de todas las entrevistas y test, son absolutamente confidenciales, y sólo serán analizados por el equipo de investigación. Éste, principalmente, tendrá en cuenta que los solicitantes puedan hacerse cargo de forma adecuada del cuidado del niño. Si el análisis resulta favorable, a los solicitantes se les concederá el certificado de idoneidad.

3.2.6. La lista de espera

En la última de las entrevistas, los profesionales del DIF informan a los solicitantes de si han sido considerados idóneos o no. Si resulta lo primero, el expediente se incluye en el registro de familias declaradas idóneas. Sin embargo, este hecho no garantiza que los padres puedan adoptar un niño ya que hay muy pocos niños con la edad requerida por los solicitantes que pueden ser adoptados, la mayoría prefiere desde recién nacidos hasta los cinco años aproximadamente y, por el contrario, muchos niños que sobrepasan la edad solicitada por las personas que desean adoptar.

Cuando los adoptantes reciben una propuesta concreta de adopción, se les informa acerca de la edad, y otras características del niño. Los adoptantes pueden rechazar la propuesta, pero si no dan razones suficientes para justificar su negación, se les excluirá del registro. Si aceptan al niño, se llevará a cabo el proceso de preadopción que tendrá una duración mínima de tres meses.

3.2.7. La preadopción

Anteriormente de manera muy general vimos que es la preadopción ahora veamos de donde precede y es en el Capítulo V del Manual de Procedimientos de adopción de menores del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia nos refiere que de la convivencia temporal de menores asignados para adopción, el centro asistencial programará la presentación del menor con los presuntos adoptantes, siendo supervisada la misma por personal de las áreas de

trabajo social y de psicología, el cual elaborará un reporte y valoración de la misma.

Además que con base en el resultado de la evaluación, se programarán convivencias del menor con los solicitantes, en un número consistente entre tres y diez visitas, procurando que las mismas se realicen en días consecutivos, dentro de las instalaciones del centro asistencial. Dichas convivencias serán previas al inicio del procedimiento judicial de adopción.

Es importante mencionar que se programan convivencias domiciliarias, cuando de las valoraciones se desprenda que hay posibilidades de una integración familiar del menor, que exista una dinámica familiar ya establecida, y que se haya iniciado el procedimiento judicial de adopción, de acuerdo con lo siguiente:

- I. *Si el domicilio de los solicitantes se encuentra dentro de la ciudad en que se ubique el centro asistencial, podrán autorizarse por un lapso de hasta dos emanas.*
- II. *Si el domicilio de los solicitantes se encuentra en una ciudad distinta a aquella en que se ubique el centro asistencial, podrá autorizarse la convivencia hasta por cuatro semanas.*
- III. *Los solicitantes quedarán obligados a presentar o reintegrar al menor que tengan en convivencia temporal, en el momento en que cualquier autoridad competente o el centro asistencial así lo requieran.*⁵⁵

Tanto las convivencias en el centro asistencial, como las domiciliarias podrán ser prorrogadas cuando ello resulte necesario a juicio del departamento jurídico, de trabajo social y psicología, con base en la valoración de la integración familiar del menor y la dinámica familiar establecida, buscando favorecer al menor y a los solicitantes en su proceso de integración.

3.3. La aplicación de legalidad del interés superior del menor ante el órgano jurisdiccional

Hay muchos adoptantes que no quieren pasar por el riesgo que implica la situación de preadopción: si los niños no están completamente abandonados, o si los padres no han perdido la patria potestad, puede que en el último momento reclamen la custodia del niño. Hasta que el juez no dictamine acerca del porvenir

⁵⁵ González Martín, Nuria, *op. cit.*, nota 24 p 313.

del niño, siempre existe la posibilidad de que la familia de origen lo reclame es aquí donde cobraba fuerza la figura jurídica de la adopción simple ya que con esta forma de adopción no se perdía el vínculo familiar con los padres biológicos pero se ha reformado y derogado esta institución veamos y analicemos sus causas y motivos, es importante para la investigación como es que la sociedad con tiempo se ha dado cuenta que es muy frágil la figura de la adopción y los cambios que esta ha tenido uno de ellos muy importante es la Revocación.

3.3.1. La derogación de la Revocación en la Adopción

Un motivo extremadamente fuerte que vieron los legisladores para su derogación es que la adopción era revocable según los artículos 4.190 y 4.191 del código civil del Estado de México, que a la letra se leían:

Artículo 4.190. La adopción puede revocarse:

- Cuando las dos partes convengan en ello, siempre que el adoptado sea mayor de edad. Si no lo fuere, es necesario que consientan en la revocación las personas que prestaron su consentimiento;

Estamos ante la presencia de un contrato que por medio de un clausulado se puede anular todo lo convenido en la adopción, también Ferrajoli nos comenta que: *“Los derechos fundamentales, de la misma manera que los demás derechos, consisten en expectativas negativas o positivas a las que corresponden expectativas obligaciones (de prestación) o prohibiciones (de lesión)”*⁵⁶ entonces ¿es un derecho fundamental el tener una expectativa negativa de cambiar de opinión en cuanto haber realizado una adopción?

- Por ingratitud del adoptado, investiguemos que nos refiere el diccionario de la Real Academia, sobre ¿Qué es la ingratitud?

Ingrato, ta.

(Del lat. ingrātus);

1. *adj. Desagradecido, que olvida o desconoce los beneficios recibidos.*
2. *adj. Desapacible, áspero, desagradable;*

⁵⁶ Ferrajoli, *op. cit.*, nota 1, p 62

3. *adj. Que no corresponde al trabajo que cuesta labrarlo, conservarlo o mejorarlo.*⁵⁷

Ahora las causas que nos refiere el Código Civil del Estado de México;

Artículo 4.191. Se considera ingrato al adoptado:

- *Si comete algún delito intencional contra la persona, la honra o los bienes del adoptante, de su cónyuge, de sus ascendientes o descendientes;*
- *Si el adoptado denuncia al adoptante de algún delito grave, aunque lo pruebe, a no ser que hubiera sido cometido contra el adoptado, su cónyuge, sus ascendientes o descendientes;*
- *Si el adoptado rehúsa dar alimentos al adoptante que ha caído en pobreza.*

¿Acaso los hijos biológicos nunca lo harán? ¿O el que sea de nuestra sangre nos garantiza que nunca sean ingratos como con los padres biológicos?

Todo esto de la revocación, es por la figura jurídica de la adopción simple, el cual ha sido derogado y publicado en la Gaceta Oficial de la Federación en fecha 15 de mayo de 2012 los motivos de esta derogación son muy convincentes en cuanto a que esta figura tiene que desaparecer de nuestra legislación mexicana, además de que históricamente la familia ha sido el pilar fundamental de la sociedad así como el medio natural en que se desarrolla la personalidad del individuo, es así que se vuelven necesarias las adecuaciones legislativas de conformidad con las tendencias a nivel internacional incluso nacional de permitir la plena integración de los menores de edad a un grupo familiar distinto al suyo cuando el propio no les garantiza el bienestar mínimo necesario para su desarrollo integral, ya sea por decisión de los progenitores o por causas ajenas a su voluntad.

3.3.2. La regulación del Estado mexicano en la Institución de la adopción

En el ámbito internacional, los esfuerzos por regular la adopción han sido plasmados en diversos instrumentos, jurídicamente vinculantes para el Estado mexicano derivado de la reciente reforma constitucional que reconoce a todas las personas como titulares de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, como

⁵⁷ Real Academia Española, *diccionario usual*, 2005, p. 120.

ya lo vimos en nuestro capítulo II, el cual además analizamos jurisprudencias relacionadas con los menores y como siempre se debe de velar por el interés superior del menor que está por encima del de los adoptantes.

En ese sentido, es obligación ineludible de las autoridades estatales, adecuar su marco jurídico a las Convenciones y Tratados Internacionales, firmados por el Estado Mexicano en materia de menores, por lo cual se hace indispensable en el contexto analizado, que se ajustara nuestra legislación en materia de adopción, acorde con lo estipulado en la normativa internacional pues no podía seguir siendo incongruente la primera con la segunda, al quedar colocados los Tratados Internacionales por encima de las leyes locales, de acuerdo con la reforma constitucional sobre derechos humanos.

Cabe mencionar que actualmente la pauta que marcan corrientes doctrinales y sociales en materia de adopción, apunta directamente a que únicamente sea reconocida la Adopción Plena, como lo mencionamos anteriormente y que hay que garantizar ésta, en forma integral, los derechos de los menores, puesto que equipara el parentesco civil al consanguíneo y así será un hijo biológico con todas los derechos y obligaciones.

Se debe enfatizar que la Convención sobre los Derechos del Niño, ha reconocido que existen menores que viven en condiciones extraordinarias de vulnerabilidad y riesgo, que por ende, requieren de cuidados y atenciones específicas y permanentes, lo que necesariamente obliga al Estado, a propiciar esas condiciones para su desarrollo biopsicosocial.

Reconociendo que el menor, para llegar a su pleno y armonioso desarrollo, debe crecer en el seno de una familia, donde se le brinde felicidad, amor y comprensión como otro miembro de aquella y no como una persona que solo tiene vínculos con los padres y con la demás familia no podrá, ya que de por si no pueden llevar los apellidos de sus padres adoptantes.

Es así que la Adopción adquiere cada vez más significado y relevancia, ya que en la actualidad, la gran preocupación, es garantizar los derechos de los infantes, principalmente el de desarrollarse en un ambiente social y familiar sano que les permita adquirir todas sus potencialidades, por tal circunstancia el derecho del

adoptado debe ser preponderante frente al de los adoptantes, lo volvemos a recalcar puesto que es un punto muy importante que debe de perseguir la institución de la adopción.

Por consiguiente, al llevar a cabo el proceso de adopción, ante las instancias judiciales correspondiente, antes se debe evaluar a todos los participantes así como observar los principios que protegen la integridad del menor, como son entre otros, el del interés superior del menor; el de la no-discriminación y el de trato con respeto y sensibilidad de conformidad con el protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a niñas, niños y adolescentes.

Además que es obligación del Estado vigilar y proteger también, otros principios y valores elementales como el derecho a la identidad y a pertenecer a una familia bien definida sin ningún tipo de distinción incluyendo el nombre y apellidos, en las actas de nacimiento del menor que fue adoptado con la figura de adopción simple y lleva los apellidos de los padres biológicos.

En este sentido, el menor que sea adoptado, deberá quedar debidamente integrado a una familia como si se tratara de un hijo biológico.

Cuando existía la adopción simple o semiplena no había una total incorporación del menor al seno familiar, ya que esta figura sólo establecía un vínculo entre adoptantes y adoptado, dejando a un lado al resto de la familia, así mismo la adopción simple no cancelaba el registro de nacimiento del menor, propiciando con la sola anotación marginal confusión respecto a su identidad y desde luego un estigma de su origen y especulaciones diversas que no hacen, sino confundir al menor, como ya lo mencionamos anteriormente.

Un derecho fundamental debe de estar plasmado en la Constitución para que sea garantizado, es por esto que citando a Ferrajoli nos dice: *“un derecho fundamental más allá de su proclamación, aun cuando sea de rango constitucional, un derecho no garantizado no sería un verdadero derecho”*⁵⁸ con estas reformas que se publicaron el 15 de mayo del 2012 en la gaceta oficial del Estado de México el Estado pretende garantizar el bienestar del menor que se adoptara.

⁵⁸ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 1 p. 96.

También algo muy esencial para la Institución de la Adopción es que se derogaron las fracciones IV, V y VII del artículo 4.224, para adicionarlas como fracciones V, VI y VII del artículo 4.223 del Código Civil, por considerar que los tres casos cuyo contenido es:

- *Quienes ejerzan la patria potestad hayan aceptado ante la autoridad judicial la entrega del menor a las instituciones de asistencia pública o privada;*
- *Los menores se encuentren albergados y abandonados por sus familiares, sin causa justificada por más de dos meses, en las instalaciones de instituciones públicas privadas;*
- *Así como la exposición que la madre o el padre hiciera de sus hijos; deben quedar como hipótesis de conclusión de la patria potestad por ministerio de ley, y no como una causal de pérdida de la patria potestad de las que requieren resolución judicial.*

Lo anterior a fin de dar agilidad a los trámites de adopción que por su exceso entre ellos el que se tenga que obtener resolución judicial sobre pérdida de la patria potestad, en esos casos en que los propios progenitores no presentan el más mínimo interés por sus hijos o los familiares en quienes recae la posibilidad de ejercer la patria potestad de manera directa o subsidiaria, para que el menor quede en posibilidad de ser adoptado, se convierte innecesariamente en un obstáculo en los trámites de adopción desalentando a posibles adoptantes, y como en la preadopción antes comentada los futuros padres veían un impedimento muy fuerte para aceptar al menor en esas condiciones antes comentadas.

Se considera además que los niños y niñas que tienen la calidad de expósitos o abandonados ante las instituciones públicas o privadas de asistencia, requieren de la mayor protección de la ley y de brindarles la oportunidad sin mayor dilación, para ser susceptibles de adopción. De manera que se reformó el artículo. 4.185 del Código Civil del Estado de México para que en estos casos no se requiera el consentimiento de quien ejerza la patria potestad para la adopción del menor.

Ahora se fortalecen también figuras como la del ejercicio de la patria potestad o bien el de tutela, manteniendo así la certeza jurídica y todo ello en beneficio para los menores y/o discapacitados cuando su condición social o familiar lo requiera.

También se logró que aquéllos menores que se encontraban desamparados y por ende en estado de vulnerabilidad, tendrán una familia que los acoja, que para su mayor bienestar sea igual al hijo consanguíneo y así el adoptado pueda

integrarse y formar parte de una familia con los mismos derechos, deberes y obligaciones del hijo biológico, por ello se reformo el artículo 4.120 del Código Civil del Estado de México para eliminar los efectos de la adopción simple que se daba solo entre el adoptante y el adoptado, de esta manera el parentesco civil nacerá de la adopción y se equiparará al consanguíneo.

Como resultado de lo mencionado anteriormente tendrán más posibilidades los menores o incapaces que hayan quedado sin quien se ejerza sobre ellos la patria potestad porque se haya decretado su pérdida judicialmente y los que teniendo la atribución de ejercerla de manera subsidiaria no lo hagan, para que otros la ejerzan en su lugar y puedan darle un nombre y un hogar al menor o incapacitado que se le está negando por quienes tenían la obligación legal de hacerlo para que puedan ser adoptados, esto era una de las causas que los futuros adoptantes temían que podía pasar, que los verdaderos padres biológicos regresaran a exigir su paternidad.

3.3.3. La Maternidad Anónima para efectos de Adopción

Además que ahora se establece una institución jurídica en la legislación de orden civil en nuestra entidad federativa del Estado de México, dirigida a garantizar los derechos de la mujer respecto de su maternidad garantizándole su anonimato o secrecía en su identidad respecto del menor que ha dado a luz con la finalidad de agilizar los trámites de adopción.

En este sentido, esta institución jurídica se orienta también a garantizar el derecho a la vida desde la concepción del menor como una medida legislativa eficaz ante la posibilidad del aborto y como una acción legislativa dirigida a evitar el abandono de menores expósitos en lugares públicos. Por tanto, esta institución constituirá una medida que evitara una real posibilidad del aborto y del abandono de recién nacidos, estamos hablando de la “Maternidad Anónima para efectos de Adopción.

Con esta figura la Ley asegura a la madre su decisión de mantener su identidad en el anonimato, de tal forma que el menor que ella engendró por una parte se le garantiza el derecho a la vida y por otra parte, el menor también se

encuentra legalmente imposibilitado para iniciar una acción de filiación, desconociendo así su origen biológico.

Algo muy importante para efectos de actos del Registro Civil, es que la figura jurídica señala que el certificado de nacimiento incluirá una línea de puntos donde originalmente debería colocarse el nombre de la madre; es la que se le denomina constancia de alumbramiento, omitiendo así su identidad inclusive desde el momento de su ingreso a un hospital y mediante esta decisión de la mujer, se omite establecer algún tipo de un vínculo filial, situación que habilita automáticamente al recién nacido para ser adoptado plenamente.

Sin embargo, cabe señalar que el derecho a la vida constituye un derecho fundamental reconocido en nuestra Carta Magna mediante la acción de inconstitucionalidad 10/2000, también recordemos los que nos dice Ferrajoli “ *Los derechos fundamentales son derechos indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles, personalísimos*”⁵⁹ el Estado no puede disponer del derecho a la vida, fortaleciendo la figura del aborto y con esta medidas con la aparición de la figura jurídica de Maternidad Anónima, le brinda una oportunidad a una vida de tener un familia por medio de la adopción, además de que éste es un valor superior de nuestro orden jurídico que eventualmente puede estar en colisión con el derecho a la identidad, habiendo que ponderar en tal situación la prevalencia del derecho a la vida.

Analicemos los beneficios de esta institución jurídica que se incorpora a la legislación civil mexiquense, la cual se encuentran las siguientes:

- a) *El secreto en la identidad de la madre al ingresar a un hospital protege durante el parto; la vida y salud del menor recién nacido, así como de la madre. Al respecto, la progenitora puede prescindir de la decisión de recurrir a la vía del aborto o al parto clandestino; situaciones que comprometerían la propia integridad física de la madre.*

Es claro que con este tipo de institución de adopción se busca invariablemente garantizar el derecho fundamental a la vida y que de otro modo, se hubiese truncado mediante el aborto o bien, el menor podría haber nacido en condiciones insalubres o acabar como menor expuesto o abandonado en condiciones de calle.

⁵⁹ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 1 p. 70.

- b) Con la “MATERNIDAD ANÓNIMA PARA EFECTOS DE ADOPCIÓN” se va a prevenir posibles infanticidios sobre menores que no fueron concebidos al interior de núcleos familiares estables y que en esta perspectiva también pudieren ser objeto de violencia intrafamiliar o bien, evitar probables actos de abandono infantil.
- c) Con esta institución se busca salvaguardar la libertad de la madre de no asumir su maternidad. Cabe mencionar que en múltiples casos, se podría tomar esta decisión por carecer de los medios económicos para garantizar la subsistencia del menor, particularmente en casos de pobreza extrema y en embarazos suscitados durante la adolescencia, algo muy lamentablemente una violación sexual, entre otros.

Al momento del parto, la madre podrá solicitar que el secreto de su identidad sea preservado por el personal médico y administrativo de los centros hospitalarios y por los oficiales del Registro Civil, se omitiría la ascendencia materna.

En tal sentido, mediante este acto jurídico, preservando la voluntad de la madre para no asumir su maternidad por diversas razones; y de forma paralela, se estaría facilitando en cierta medida el sinuoso camino de la adopción ante un menor que sería entregado inmediatamente al Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Estado de México, mismo del que estamos hablando anteriormente.

Es importante destacar que la institución jurídica, permite a la mujer que optare por la maternidad anónima a exonerarle de cualquier tipo de responsabilidad penal o civil en relación con su hijo recién nacido, destacando que la ascendencia materna del niño no estaría registrada, mismo que sería entregado inmediatamente para efectos de adopción y en consecuencia podría ser integrado a una familia a la brevedad.

El fundamento de esta figura jurídica parte esencialmente de reconocer que el derecho a la vida de un ser humano desde la concepción es un derecho natural que cabe reputar de absoluto.

Sobre el particular, la Declaración Universal de Derechos Humanos, ha establecido lo siguiente:

- Artículo 3. *Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.*

En este sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos también denominada como Pacto de San José de Costa Rica, ha establecido en su artículo cuarto que:

- Artículo 4 1. *Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.*

En este mismo tenor, encontramos a la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, misma que dispone en su artículo sexto, lo siguiente:

- Artículo 6
 - 1 *Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida*
 - 2 *Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño*

Ahora existirán numerosas familias que se postularan para adoptar menores recién nacidos no en calidad de menores expuestos o abandonados, sino teniendo la certeza sobre su condición jurídica de menores entregados para efectos de adopción sin ningún tipo de vínculo filial.

3.4. La negación de adopción y el Registro Nacional de Adopciones

Ya que tenemos un contexto interior de la institución de la adopción ahora ¿qué pasa con el exterior de esta figura jurídica? lo cual es importante para nuestra investigación, porque estamos indagando si realmente se cumple el verdadero interés superior del menor en los cambios que ha tenido esta institución y también conoceremos si existe un archivo nacional de adopciones de qué manera repercute y su utilidad, presentamos asuntos prácticos en lo cual se les ha negado el certificado de adopción, cabe mencionar que los nombres solo serán ficticios, esto es para proteger la privacidad de las personas que nos ayudaron en esta investigación, empecemos con las estadísticas que nos proporciona el DIF municipal (Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia):

**ADOPCIONES EN EL ESTADO DE MÉXICO A NIVEL MUNICIPAL
AÑO 2011 AL 2012**

Tabla 20

CONCEPTO	DIF ECATEPEC	DIF TLALNEPANTLA	DIF NAUCALPAN	TOTAL
Solicitudes abiertas	53	43	85	181
Solicitudes archivadas	27	19	24	70
Solicitudes idóneas	15	16	52	83
Menores en acogimiento preadoptivo	12	10	22	44
Propuestas de adopción realizadas	15	12	30	57
Negación de adopciones	5	7	3	15
Solicitudes pendientes de adopción	25	22	40	87

Como se puede observar en la tabla que antecede, el número de adopciones llevadas a cabo con éxito en municipios con mayor estabilidad económica es mayor, aunque hay que tener en cuenta que los datos son a partir del año 2011 al 2012, actuales lamentablemente no existen por un problema que más adelante lo analizaremos

Hacemos una observación en este sentido, que no entran los menores que han sido entregado por sus padres a los adoptantes de una forma directa, y que solo han solicitado el certificado de idoneidad al DIF, y el procedimiento judicial lo llevan con un abogado particular, este certificado es un requisito indispensable para iniciar el proceso judicial de la adopción.

Con respecto a los testimonios, queremos destacar que dado la dificultad que tuvimos para contactar con gente que les ha sido negado el certificado de adopción, debido a que las personas que han estado en esta situación muchas de ellas lo han dejado en el olvido y se han ido por la adopción clandestina, además que los organismos acreditados no pueden facilitar esta clase de información

porque es confidencial, es por esto que recurrimos a los testimonios que han tenido despachos de abogados en el cual a sus clientes se le negó el certificado de adopción.

Solicitamos estadísticas de adopciones en el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia y nos canalizo a la Dirección General Jurídica y de enlace institucional y nos proporcionó concentrados de adopciones nacionales de los años 2010 y 2011 en cual analizándolas tenemos que en el año 2010 se recibieron a nivel nacional 1989 solicitudes de adopciones de las cuales 1526 llegaron a su término en proceso judicial, este dato nos refiere que 463 fueron negadas el certificado de idoneidad, lo cual los posibles adoptantes no iniciaron algún recurso jurídico y por desconocimiento del por qué se les fue denegado dicho certificado, ya no acabaron con el procedimiento de adopción, si checamos los candidatos para una adopción que son 650 niños o niñas, ya no se les dio la oportunidad a estos menores de pertenecer a una familia por lo menos ese año (tabla 21).

Ahora en el año 2011 (tabla 22) se recibieron 806, cabe mencionar que no todos los Estados de la Republica reportaron, y pasa la misma situación ya mencionada, que debido al procedimiento para obtener el certificado de idoneidad muchas personas aproximadamente el 47% no pudieron obtenerlo y no acudieron a ningún recurso, ese año se reportaron 433 adopciones concluidas y tenemos que 307 menores que estaban en los alberges no obtuvieron una familia.

3.4.1. El Registro Nacional de Adopciones

Los datos mencionados anteriormente solo proceden del DIF Nacional y no estamos incluyendo las instituciones privadas que se les ha dado la concesión de llevar a cabo adopciones, además esta institución que tiene a cargo tan valiosa encomienda la de vigilar y también de buscarles una familia a nuestra niñez de nuestro país, no cuenta con una debida organización para llevar a cabo un consenso fiable de las adopciones en México, en el año del 2010 la misma institución en un reportaje que le realizo el periódico la jornada la cual retomamos el artículo mencionado y la misma titular de esa dependencia refiere que solicita

un registro nacional y menciona en la entrevista que sería bueno realizarlo y se podrán obtener experiencias exitosas de adopciones y también los fracasos, como son las causas principales por lo cual se niegan los certificados de idoneidad.

Además la misma Cámara de Diputados en este mismo reportaje manifiesta la ineficacia de esta institución al no poder entregar estadísticas o un registro y esto repercute en que no hay un debido control de los menores que han sido recogidos por esa dependencia a donde y como se ha dado esas adopciones.

También al no haber un registro exacto de menores se puede dar el delito de tráfico de menores, el robo o inclusive el tráfico de órganos, (como lo hace mención la nota periodística que se presenta adelante) varios posibles adoptantes pueden solicitar en varios Estados de la Republica una adopción y salir con ellos del país de forma legal, y volver a entrar nuevamente al país y volver a adoptar en otro Estado diferente donde realizó la anterior adopción y aunque se maneja un seguimiento por parte del Sistema Nacional del Desarrollo Integral de la Familia, si ellos mismos refieren que no pueden llevar a cabo unas estadísticas por falta de recursos, pues menos le van a dar seguimiento a menores entregados a personas que los pueden sacar de la misma República Mexicana ya como sus hijos legítimos, ahora conozcamos la nota periodística ya mencionada y posteriormente analizaremos las estadísticas con las que solo cuentan has el momento de esta investigación:

El DIF dice no tener atribuciones para levantar registro nacional de adopciones
Mediante un oficio, recomienda a los legisladores modificar la Ley de Asistencia Social

Periódico La Jornada

Martes 22 de junio de 2010, p. 37

El Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF) informó a la Cámara de Diputados que no cuenta con recursos para levantar un registro nacional de adopciones, personas adoptantes e instituciones privadas que presten servicios de adopción.

En respuesta a un punto de acuerdo de la Cámara de Diputados, que alertó sobre la desaparición de 45 mil menores de edad al año, el DIF aseguró que no cuenta con atribuciones para llevar a cabo dicho registro y recomendó a los legisladores modificar la Ley de Asistencia Social.

Debido a que Jalisco fue señalado como una de las entidades que más desapariciones de niños registra, el gobierno estatal respondió, al mismo punto de acuerdo, que ha iniciado las gestiones necesarias para integrar un programa de

padrón de albergues, que permita determinar cuántos menores están bajo la protección estatal.

En un oficio enviado a la Comisión Permanente, y turnado después a la Cámara de Diputados, la titular del DIF, María Cecilia Landerreche, se limitó a recordar que ese organismo convocó a un foro sobre la adopción y envió un resumen de las conclusiones.

La funcionaria señaló en el documento, que fue turnado a la Comisión de Atención a Grupos Vulnerables, que el DIF comenzó “un estudio de los países que ya han implantado el registro nacional, para analizar las experiencias exitosas y, en su caso, adecuarlas a las necesidades del país”.

El 6 de abril, el pleno de la Cámara aprobó un exhorto presentado por el diputado Gregorio Hurtado Leija (PAN), en el cual refirió que si bien el DIF cuenta con una estadística de adopciones y solicitudes, la información sobre los padres que reciben a menores en custodia son incompletos, y facilita que personas presenten más de una solicitud de adopción en diferentes estados.

El legislador panista refirió que el propio DIF ha reportado que de 2000 a 2009 se han concretado 273 adopciones de niños y niñas a ciudadanos mexicanos y extranjeros, de las cuales se realizaron 56 en el primer año.

También expuso que se cuenta con otro concentrado de información de adopciones de estados como Baja California, que en 2008 recibió 398 solicitudes, de las que 29 están en proceso judicial, y 33 adopciones se concretaron; y Nuevo León, que tuvo 245 solicitudes en 2008, de las que 142 en proceso judicial y 89 adopciones concluidas.

Hurtado Leija expuso que los datos del DIF no son confiables, porque no los emiten a tiempo, “o peor aún, no proporcionan los datos adecuados para alimentar este concentrado, que si bien incluye una estadística con algunos datos confidenciales, no deja de ser sólo un concentrado que no indica con exactitud la realidad a la que se enfrentan tanto los adoptantes como los adoptados”.

De acuerdo con el legislador panista, datos de organizaciones especializadas en la búsqueda de infantes en México revelan que cada año desaparecen 45 mil niños en el país, y que en el Distrito Federal y en los estados de México y Jalisco el problema se agudiza.

“En muchos de los casos, los niños terminan en Estados Unidos o Canadá, donde se pagan hasta 50 mil dólares por cada uno. Representantes de organismos indicaron que las autoridades no han dado la suficiente atención a un problema que anualmente se incrementa, ni se han preocupado por elaborar un padrón que documente el número de menores desaparecidos”, refirió.

Sostuvo que la Fiscalía Especial para la Atención de Delitos de Tráfico de Menores documentó el robo o secuestro de 12 mil infantes sólo en 2006, que en su mayoría fueron sustraídos de sus hogares, para ser vendidos a traficantes de niños para explotación sexual y laboral, adopciones ilegales y tráfico de órganos.⁶⁰

Las siguientes tablas son estadísticas que pudimos obtener por medio de la página de internet del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, la cual son datos muy atrasados pero que por lo menos nos dan una visión de que no se lleva a cabo un exacto control sobre las adopciones en México.

⁶⁰ Consultado el 30 de septiembre del 2014, de: <http://www.sdnoticias.com/nacional>

Tabla 21

CONCENTRADO ADOPCIONES 2010											
ENTIDAD FEDERATIVA	SOLICITUDES DE ADOPCIONES RECIBIDAS	ADOPCIONES EN PROCESO JUDICIAL	ADOPCIONES CONCLUIDAS			CANDIDATOS PARA ADOPCIÓN SIN LIMITACIÓN FÍSICA			CANDIDATOS PARA ADOPCIÓN CON ALGUNA DISCAPACIDAD FÍSICA		
			NACIONAL	INTERNACIONAL	TOTAL	NIÑAS	NIÑOS	TOTAL	NIÑAS	NIÑOS	TOTAL
Aguascalientes	41	3	14	4	18	1	0	1	1	2	3
Baja California	120	34	34	1	37	0	11	11	0	0	0
Baja California Sur					0			0			0
Chiapas	27	24	27	0	27	0	2	2	1	1	2
Comanche	35	8	4	0	4	4	1	5	0	1	1
Chihuahua	424	201	79	4	85	No se indica	No se indica	No se indica	No se indica	2	2
Coahuila					0						
Colima	11	1	1	0	1	0	0	0	0	0	0
Distrito Federal	27	12	11	N/A	11	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A
DIF Nacional	28	14	4	1	5	3	0	3	12	7	19
Durango											
Estado de México	245	54	54	0	54	28	24	52	1	1	2
Guanajuato	114	40	20	3	23	32	34	66	2	8	10
Guerrero					0			0			
Hidalgo	47	50	31	1	32	9	4	13	1	0	1
Jalisco	57	70	120	12	132	15	10	25	12	10	22
Michoacán	48	11	20	0	20	12	8	20	7	5	12
Morales	27	19	5	0	5	1	0	1	0	0	0
Nayarit					0			0			
Nuevo León	82	31	41	0	41	4	4	10	0	2	2
Oaxaca	62	6	30	1	31	1	1	2	1	3	4
Puebla	67	23	22	0	22	4	4	8	1	4	7
Querétaro	41	9	31	0	31	43	41	84	0	1	1
Quintana Roo					0			0			
San Luis Potosí	70	3	14	0	14	9	7	16	5	9	14
Sinaloa	45	10	9	0	9	4	5	11	0	0	0
Sonora	53	30	78	1	79	14	22	36	4	1	7
Tabasco	49	12	24	1	25	5	4	9	3	1	4
Tamaulipas	32	10	14	0	14	3	4	7	1	0	1
Tlaxcala	24	7	3	0	3	5	3	8	0	1	1
Veracruz	33	2	27	5	32	14	14	28	2	1	3
Yucatán	97	0	70	3	73	57	40	97	0	0	0
Zacatecas	31	12	12	0	12	12	5	17	1	3	4
TOTAL	1987	494	601	39	640	284	252	536	57	45	122

Nota: La leyenda "No Aplica" se refiere a que los Estados no llevan a cabo Adopciones Internacionales.

www.dif.gob.mx



Tabla 22



**SISTEMA NACIONAL PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LA FAMILIA
DIRECCIÓN GENERAL JURÍDICA Y DE ENLACE INSTITUCIONAL
ADOPCIONES EN 2011**

ENTIDAD FEDERATIVA	SOLICITUDES DE ADOPCIONES RECIBIDAS	ADOPCIONES EN PROCESO JUDICIAL	ADOPCIONES CONCLUIDAS			CANDIDATOS PARA ADOPCIÓN SIN LIMITACIÓN FÍSICA			CANDIDATOS PARA ADOPCIÓN CON ALGUNA DISCAPACIDAD FÍSICA		
			NACIONAL	INTERNACIONAL	TOTAL	NIÑAS	NIÑOS	TOTAL	NIÑAS	NIÑOS	TOTAL
Aguascalientes											
Baja California											
Baja California Sur											
Chiapas											
Campeche											
Chihuahua											
Coahuila	77	34	124	0	124	14	15	31	4	3	7
Colima											
Distrito Federal	50	32	4	0	4	0	0	0	0	0	0
DIF Nacional											
Durango											
Estado de México	102	40	180	2	182	72	64	136	10	9	19
Guerrero											
Hidalgo	59	48	20	1	21	5	5	10	1	3	4
Jalisco											
Michoacán											
Morelos											
Nayarit											
Nuevo León	95	25	25	0	25	14	15	31	31	1	4
Oaxaca	34	23	19	1	20	7	10	17	1	1	2
Puebla											
Quintana Roo											
San Luis Potosí	52	12	8	0	8	10	8	18	5	9	14
Sinaloa	380	4	38	0	38	4	4	8	1	1	2
Sonora											
Tabasco											
Tamaulipas											
Tlaxcala	22	0	8	0	8	0	5	5	0	1	1
Veracruz											
Yucatán											

Como lo mencionamos el Instituto del Desarrollo Integral de la Familia Nacional, no tiene las estadísticas de los años recientes veamos ahora la siguiente nota periodística, la cual nos fortalece lo ya investigado anteriormente:

El DIF deberá entregar la información concerniente al número de adopciones internacionales, nacionales e interestatales que hubiesen sido tramitadas, concedidas y rechazadas de enero de 2013 a abril de 2014.

México, 27 Ago. (Notimex).- El pleno del Ifai ordenó al DIF Nacional modificar la respuesta dada a una particular, en torno al número de adopciones internacionales y nacionales concedidas de enero de 2013 a abril de 2014.

Refirió que un particular solicitó al Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF) el número de adopciones internacionales, nacionales e interestatales que hubiesen sido tramitadas, concedidas y rechazadas de enero de 2013 a abril de 2014.

El particular también pidió detallar el sexo y la edad de los menores, el país, estado de origen y destino, así como la nación en la que se concedió o rechazó el trámite, en el último de los casos incluyendo las razones de improcedencia de la adopción.

En su respuesta, el DIF Nacional manifestó que la información relativa a las adopciones tramitadas y concedidas puede consultarse en su página de Internet.

Sin embargo, señaló que sólo se encuentra actualizada hasta 2012, por lo que la relativa al periodo solicitado por el particular no está disponible, en virtud de que se encuentra en proceso de sistematización.

En lo que respecta a las adopciones rechazadas, indicó que cuenta con cero registros, debido a que los sistemas estatales del DIF no reportan dicha información.

En el caso del Distrito Federal informó que fueron declaradas improcedentes 35 adopciones nacionales y dos internacionales, indicando las causas de su rechazo.

Para el caso de menores devueltos, manifestó que la respuesta es igual a cero, por lo que ante esa situación se propuso al pleno del Ifai pedir la modificación de la respuesta al DIF.

El comisionado Joel Salas Suárez expuso que en México no existe un sistema de información estadística sobre la atención de la infancia y la adolescencia.

Por lo que la situación anteriormente descrita puede ocasionar que las autoridades no tengan control sobre el número de infantes en condición de ser adoptados y, por lo tanto, puede poner en riesgo su integridad física.

Resaltó que en alegatos, el sujeto obligado puso a su disposición vía correo electrónico, información sobre su solicitud, pero ésta es incompleta, sólo se presentó aquella de algunos estados, ante lo cual le ofreció la posibilidad de una consulta in situ de la información no entregada.

Ante ello, el pleno del órgano de transparencia propuso modificar la respuesta emitida por el DIF Nacional e instruirle realizar una nueva búsqueda en todas las unidades administrativas competentes sobre el número de adopciones internacionales y nacionales tramitadas en ese lapso, desglosadas por entidad y país, sexo y edad de los menores.

Además, se deberán separar también por sexo del menor adoptado, país o estado de origen, país o estado receptor por estado o entidad federativa de la República mexicana y país donde se hizo y se coincidió el trámite.

En segunda instancia, instruyó al DIF Nacional entregar a la peticionaria la información correspondiente y el informe que el instituto tiene para su cabal cumplimiento.

En tanto, el comisionado Francisco Javier Acuña Llamas consideró inconcebible que la información solicitada no haya sido entregada y que la Unidad de Enlace del DIF debe responder y tener al día.⁶¹

Para llegar más al fondo de la situación de la ineffectividad de la adopción en México, se realizaron peticiones al SAIMEX⁶² esta institución es la encargada de que los datos personales recabados serán protegidos, incorporados y tratados de conformidad con los artículos 50, 51 y 53 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública en el Estado de México y Municipios y demás disposiciones aplicables, así como de acceso a información gubernamental, por lo que únicamente serán utilizados para ello y para fines estadísticos, y para nuestro trabajo solo lo vamos a ocupar para analizar que pasa a través de esas estadísticas con la institución de la adopción, si realmente el certificado de idoneidad es suficientemente capaz de resolver la problemática de adopción, o si es solo un obstáculo para allegar una familia a un menor

La información que se solicitó fue la siguiente:

- Estadísticas sobre adopciones
- Datos sobre la negación del Certificado de idoneidad
- En que municipios se ha negado más certificados de adopción
- Qué tipo de recursos han acudido las personas afectadas

Las peticiones se realizaron a los Sistemas Municipales para el Desarrollo Integral de la Familia de los municipios de Ecatepec de Morelos, Tlalnepantla de Baz y el ayuntamiento de Naucalpan de Juárez, datos actuales hasta donde sea posible, para lo cual solo mostraremos el acuse de uno de ellos (tabla 23), existe un referéndum de una respuesta por parte del Estado de Sonora, la cual la solicitó un particular y como veremos su respuesta a la pregunta sobre la negación de los posibles adoptantes es muy vaga y muy extendida no nos refiere que si solo con una de ellas afecta a un solo adoptante entonces su pareja saldrá afectada y no serán viables para la adopción, y también nos habla de “indicios” de problemas o vicios (tabla 24), ¿acaso no tienen que llevar a cabo una investigación para llegar a verificar esos posibles vicios o problemas?, nuevamente nos enfrentamos a la

⁶¹ Consultado el 30 de septiembre del 2014, de: <http://www.sdpnoticias.com/nacional>

⁶² SAIMEX Sistema de Acceso a la Información Mexiquense de datos personales, consultado en fecha 3 de septiembre de 2014 <http://www.saimex.org.mx>.

inefectividad de la Institución que está facultada para llevar a cabo la certificación de los padres futuros para un menor.

Tabla 23

22/10/2014 Acuse de solicitud del particular

Infoem SISTEMA DE CONTROL DE SOLICITUDES DE INFORMACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO **SAIMEX** Sistema de Acceso a la Información del Estado de México

ACUSE DE SOLICITUD DE INFORMACIÓN PÚBLICA

SUJETO OBLIGADO

AYUNTAMIENTO DE TLALNEPANTLA DE BAZ

Fecha de Recepción(dd-mm-aaaa): 22/10/2014 Hora(hh:mm): 08:25:34

DATOS DEL SOLICITANTE

NOMBRE: MARTINEZ DOMINGUEZ ESTANISLAO
APELLIDO PATERNO **APELLIDO MATERNO** **NOMBRE(S):**

DOMICILIO

CALLE: PROLONGACION NORTE 15 EL RANCHITO **NUM. EXTERIOR:** 4 **NUM. INTERIOR:** _____
ENTIDAD FEDERATIVA ESTADO DE MÉXICO **MUNICIPIO** ECATEPEC **C.P.** 55080
COLONIA O LOCALIDAD SAN CARLOS
CORREO ELECTRÓNICO: tek1402427@hotmail.com **TELÉFONO (Opcional):** ()

Número de Folio de la Solicitud: 00640/TLALNEPA/IP/2014

INFORMACIÓN SOLICITADA

DESCRIPCIÓN CLARA Y PRECISA DE LA INFORMACIÓN SOLICITADA
ESTADÍSTICAS Y DATOS SOBRE LA NEGACIÓN DEL CERTIFICADO DE ADOPCIÓN Y EN QUE MUNICIPIOS SE HA NEGADO MAYORMENTE, A QUE RECURSOS SE PUEDE ACUDIR

CUALQUIER OTRO DETALLE QUE FACILITE LA BÚSQUEDA DE LA INFORMACIÓN

MODALIDAD DE ENTREGA

A través del SAIMEX Copias Simples (con costo) Consulta Directa (sin costo)
 CD-ROM (con costo) Copias Certificadas (con costo) Disquete 3.5 (con costo)
 OTRO TIPO DE MEDIO (Especificar): _____

DOCUMENTOS ANEXOS

PLAZO DE RESPUESTA

Fecha de límite de respuesta: 15 días hábiles 12/11/2014
Fecha de posible requerimiento de aclaración de la información : 5 días hábiles 29/10/2014
Notificación de ampliación de plazo(prórroga) : 14 a 15 días hábiles 11/11/2014
Respuesta a la solicitud en caso de ampliación de plazo : 22 días hábiles 24/11/2014

Tabla 24



SOLICITUD DE INFORMACION PUBLICA

FOLIO NO.: 081119P0014

DESCRIPCION DE LA INFORMACION SOLICITADA

"ADOPCIONES QUE SE HAN HECHO EN LOS ÚLTIMOS 5 AÑOS EN SONORA. ESPECIFICAR: ORIGEN DE LAS FAMILIAS QUE MÁS HAN ADOPTADO, EDAD Y SEXO D ELOS NIÑOS QUE HAN SIDO ADOPTADO, PROCESO PARA ADOPCIÓN, DURACIÓN Y TRÁMITE, CUÁNDO SE NIEGA UNA ADOPCIÓN, CUÁN LOS PADRES DE SANGRE PIERDEN LA PATRIA POTESTAD DE SUS HIJOS."

RESPUESTA

CONCEPTO	2004	2005	2006	2007	3ER TRIM. 2008	TOTAL	TOTAL NIÑOS	TOTAL NIÑAS
Menores entregados en adopción	12	19	11	27	31	100	57	43

Cabe destacar, que la mayoría de los adoptantes han sido matrimonios de nacionalidad mexicana, en su mayoría del Estado de Sonora, mismos que han adoptado a menores de sexo indistinto entre 6 meses a 6 años de edad, sin poder brindar mayor información en este rubro, ya que se encuentra clasificada como confidencial, para la protección de la identidad y datos personales de los usuarios.

El procedimiento de adopción, puede partir de dos supuestos:

Primero, que los que ejercen la patria potestad sobre el menor o menores que se pretendan adoptar, otorguen su autorización y consentimiento de adopción a favor de persona, concubinos o matrimonio determinado, razón por la cual, estaríamos ante el supuesto de la adopción voluntaria, en la que únicamente los solicitantes de adopción tienen que acudir a DIF-Sonora a practicarse los estudios necesarios para la obtención de la Constancia de Aptitud, procedimiento que dura aproximadamente 1 mes, y posteriormente iniciar ante el Juzgado Familiar del Poder Judicial del Estado, Juicio de Adopción, que tarda aproximadamente de 2 a 3 meses.

Segundo, que las personas, concubinos o matrimonios, acudan a DIF-Sonora con la intención de solicitar la adopción de un menor albergado, ante este supuesto "de adopción de menor albergado", los solicitantes tienen que llenar solicitud y entregar los requisitos necesarios para la integración de su expediente, además de cumplir con todas las actividades programadas para padres adoptivos necesarios para su evaluación por esta Institución y registrarse en la Lista de Espera de Asignación de Menor. La Institución no garantiza el tiempo de asignación de menor, ya que depende de varios factores, como el perfil de los solicitantes y de los menores, necesidades especiales, expectativas y la aprobación del Consejo Técnico de Adopciones, además de la situación jurídica del menor que se pretenda adoptar.

La adopción de menor albergado procede, cuando ha concluido el juicio de pérdida de patria potestad en contra de sus padres biológicos y abuelos. La nueva reforma al Código Civil para el Estado de Sonora, contempla que es causa de pérdida de patria potestad, cuando se deje de asistir y convivir injustificadamente por treinta días cuando el menor se encuentre acogido en Institución Pública de Asistencia Social, razón por la cual, se han podido agilizar este tipo de juicios, que tardan aproximadamente 6 meses, para posteriormente iniciar con el Juicio de Adopción.

La adopción se puede negar, cuando se desprenda de los estudios de valoración física y psicológica que los solicitantes no son viables para asumir dicha responsabilidad, así como de las verificaciones de Trabajo Social en domicilio y vecinos, algún indicio de vicios o problemáticas, antecedentes penales, inestabilidad laboral y falta de ingresos, no compatibilidad en la adaptación con el menor que se pretenda adoptar, por citar algunas causas, mismas que son sujetas a evaluación en el procedimiento.

3.5. Incapacidad de solvencia económica

Fecha: 15 de enero del 210

Lugar: Ecatepec de Morelos, Estado de México

La familia Hernández Sosa, es formada por una pareja heterosexual, la cual tiene dos hijos, con edades de 7 y 14 años y una trabajadora doméstica que tienen empleada en su casa les comenta que está embarazada pero que tiene ya cuatro hijos y que su actual pareja la abandono y que no tiene la suficiente solvencia económica para atender a otro hijo y es por este motivo que les ofrece a su hijo o hija en adopción, lo cual lo platican entre toda la familia y consideran que si es benéfico para el menor darle protección y educación aceptaran la propuesta de la Sra. Delfina López.

Se inicia el proceso de adopción con una investigación por parte de la familia para saber a donde tienen que acudir para llevar acabo el procedimiento y que es lo que se necesita, acuden por recomendaciones al Sistema Municipal para el desarrollo Integral de la Familia (DIF) el cual se les da una primera asesoría jurídica en la cual les mencionan que es una serie de pasos que se tiene que llevar ante ellos para ver si son Idóneos para ser padres adoptantes y colocarlos en una lista de espera, pero la familia les hace mención que ya existe la persona que les va a entregar al menor en cuestión, aun así tienen que pasar por el procedimiento para otorgarles en Certificad de Idoneidad, el cual es un requisito indispensable para iniciar el juicio de adopción en los juzgados de Ecatepec de Morelos.

Se les pide como primera documentación un *curriculum vitae* el cual se les solicita su historia laboral y sus estudios, estas personas son gente trabajadora que solo tiene secundaria terminada y además son personas que se dedican al comercio informal y esto es porque lo hacen en un tianguis que venden ropa de paca, toda su vida lo han hecho y no tienen la manera de demostrar sus ingresos económicos solamente por cuentas de ahorro, obvio es cuando se pueda ahorrar. La demás papelería se pudo entregar sin ningún contratiempo, nos llamó la atención un requisito que pedía esta institución la cual es:

- *Aceptación para que la institución de seguimiento al menor otorgado en adopción, permitiendo el acceso a su domicilio para llevar a cabo el estudio correspondiente, además comprometiéndose al envío semestral de los reportes médicos, psicológicos y constancia de estudios de dicho menor, así como identificar al organismo cualquier cambio de domicilio.*⁶³

Nos parece un excelente seguimiento por esta institución, lo principal es saber si realmente lo llevan a cabo, y hasta que edad del menor lo realizan y según el manual de procedimientos de adopciones nos dice que:

- *ARTÍCULO 32.- Una vez que el menor haya sido incorporado al seno familiar, el Sistema realizará el seguimiento por conducto de las áreas de trabajo social y psicología, durante un período mínimo de un año y máximo de dos, con visitas domiciliarias o comparecencias cada seis meses, en las cuales se valorará el proceso de integración de la familia y el estado general del menor. Cuando la familiar tenga su domicilio en una ciudad o estado de la República diverso a aquellos donde se hubiese realizado la adopción, el seguimiento se efectuará por conducto del o los Sistemas Estatal y Municipal correspondientes a dicha ciudad o estado.*⁶⁴

Recibiendo toda la documentación se abre un expediente e inicia el Estudio Socioeconómico y psicológico según el Manual de Procedimientos de Adopción de Menores del Sistema Nacional para El Desarrollo Integral de La Familia en el capítulo II art.4º fracciones;

- *XIII. Estudios socioeconómico y psicológico que serán practicados por el propio Sistema o por los profesionistas acreditados por éste con dicho fin.*
- *XIV. Constancia de que el o los solicitantes han cursado satisfactoriamente los talleres impartidos en la escuela para padres del Sistema u otro curso de naturaleza análoga.*
- *XV. Que el o los solicitantes acudan a las entrevistas programadas de común acuerdo con el centro asistencial.*
- *XVI. Aceptación expresa de que el Sistema realice el seguimiento del menor dado en adopción, en términos del dispuesto en el capítulo VII del presente manual.*

En el estudio socioeconómico se llevan a cabo toda la investigación donde si realmente están en una situación económica estable para la debida manutención del menor que pretenden adoptar, en México realmente con un salario mínimo no se vive desahogadamente entonces ¿con que tabulador califica la Institución del DIF para saber si realmente pueden mantener al menor de edad?

⁶³ Sistema Municipal para el desarrollo Integral de la Familia (DIF), requisitos para adopción, 2010.

⁶⁴ Gonzalez Martín, Nuria, *op. cit.*, nota 24 p. 322

Ahora las personas que se dedican al comercio tienen ventas bajas y altas en determinados tiempos, ¿Cómo comprobaran la familia Hernández Sosa que si son capaces de mantener a un menor si no se les paga por nomina? ¿Acaso es esto un motivo suficiente para negarles tan siquiera a iniciar el proceso de adopción?

Es importante aclarar que todo trámite tiene que acabar para seguir con el otro, porque si no es así se detiene el procedimiento y hasta no solventar ese problema no se continuara.

Posteriormente ya solventado el estudio socioeconómico viene el Reporte Psicológico de Adopción el cual se lleva a cabo por separado y si los resultados son favorables en las pruebas psicométricas y entrevistas se dará la siguiente etapa la cual será la médica.

En esta etapa se solicita a las personas que entreguen una serie de estudios médicos donde se investiga que las personas no tengan alguna enfermedad grave, también se solicita el estudio de VIH, se les hace un historial de antecedente familiares con todos los datos de sus enfermedades que han tenido cáncer o diabetes.

Y además aparte de los estudios de médicos particulares que entregan los adoptantes, se lleva a cabo otros estudios médicos por personal de la Institución del DIF, es aquí donde se puede mencionar que podría existir un atraso en el procedimiento, pero nos parece conveniente que verifiquen todos los exámenes proporcionados por los futuros padres.

Se llega a la conclusión del trámite o procedimiento de adopción, ahora esperar resultados, estamos hablando de más o menos de tres a seis meses para la respuesta del Consejo Mexiquense de Adopciones el cual es el que delibera la idoneidad de la solicitud.

Pasando esos meses realizan una petición en base al art.8º Constitucional, ya que no han obtenido una respuesta por parte del DIF, solo se les ha dicho que el Consejo no ha deliberado, veamos su manual de procedimientos de adopción de menores del sistema nacional para el desarrollo integral de la familia que nos refiere del tiempo que deliberan este órgano:

ARTÍCULO 12.- *Salvo que el propio Consejo Técnico disponga otra cosa, el mismo deberá reunirse ordinariamente en forma mensual y en forma extraordinaria cuando así se requiera, de acuerdo al número de solicitudes o asuntos a tratar, previa convocatoria que haga el secretario técnico. A las sesiones ordinarias deberá convocarse al menos con tres días de anticipación y para las extraordinarias deberá convocarse a los integrantes del Consejo Técnico con una anticipación mínima de 24 horas previas a su celebración.*

Como lo dice este artículo se deben de reunir cada mes y también de forma extraordinaria en caso de muchas solicitudes de certificado de idoneidad, es por esto que obligan a las personas a ejercer sus derechos al no recibir respuesta por parte de ellos, los introducen en una angustia tremenda de no saber nada de su procedimiento, si va por buen camino o que hicieron mal.

3.5.1. La negativa ficta y el derecho de petición en la vía civil familiar

El constitucional nos da un derecho cuando nos enfrentamos a este tipo de órganos administrativos, ahora como ya lo mencionamos anteriormente ellos mismo son los que se le ha dado facultades a estas instituciones para conocer sus obligaciones con apego a nuestra Carta Magna, entonces es preciso conocer a fondo en esta investigación ¿Qué es el derecho de petición?.

El derecho de petición es aquel que tiene toda persona individual o jurídica, grupo, organización o asociación para solicitar o reclamar algo ante las autoridades competentes (normalmente a los gobiernos o entidades públicas) por razones de interés público ya sea individual, general o colectivo.

El derecho de petición en México, es una garantía individual consagrada en el artículo 8º, 9º párrafo segundo y 35, fracción V de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; el más importante de los preceptos es el 8º, que establece lo siguiente:

Artículo 8o. Los funcionarios y empleados públicos respetarán el ejercicio del derecho de petición, siempre que ésta se formule por escrito, de manera pacífica y respetuosa; pero en materia política sólo podrán hacer uso de ese derecho los ciudadanos de la República.

A toda petición deberá recaer un acuerdo escrito de la autoridad a quien se haya dirigido, la cual tiene obligación de hacerlo conocer en breve término al peticionario.

Si al inicio del procedimiento se está solicitando el certificado de idoneidad, debe de tener un fin este procedimiento, una negativa o una respuesta favorable, pero tiene que ser por escrito, para poder impugnarlo.

Nos encontramos ante una negativa de parte de una autoridad administrativa, el cual podría parecer una negativa ficta, pero existen jurisprudencias y tesis aisladas sobre este tema en cual nos dice que para que pueda aparecer esta figura necesita ser necesariamente fiscal, además que el artículo 37 del Código Fiscal de la Federación limita la figura jurídica de la negativa ficta a las autoridades fiscales, por eso, cuando el Código Fiscal de la Federación, en algunos de sus preceptos, hace referencia a autoridades administrativas es porque se refiere a éstas en sentido lato, pues la autoridad fiscal, también es una autoridad administrativa; sin embargo el legislador, en el artículo 37 del Código Fiscal de la Federación, no se refirió a autoridades administrativas en forma genérica sino sólo a las autoridades fiscales.

Del análisis de dicho precepto legal se advierte que para que se configure la negativa ficta, las peticiones deben ser dirigidas a autoridades fiscales o bien a autoridades formalmente administrativas pero materialmente fiscales, por ello la negativa ficta si se configura cuando éste cuestionando algún asunto relacionado con aportaciones de seguridad social que tiene una naturaleza fiscal y no así respecto de otros diversos como son las prestaciones de seguridad social, y mucho menos un procedimiento por parte de una autoridad administrativa como lo es la obtención de certificado de idoneidad en el Sistema Nacional de Desarrollo Integral de la Familia.

NEGATIVA FICTA. SÓLO OPERA RESPECTO DE AUTORIDADES FISCALES (ARTÍCULO 37 DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN). *La expresión "autoridades fiscales" empleada por el legislador en el artículo 37 del Código Fiscal de la Federación, que prevé la figura jurídica de la negativa ficta, no debe confundirse con el término "autoridades administrativas", que en su sentido lato se consigna en algunas disposiciones del propio ordenamiento, pues aunque las autoridades fiscales tienen ese carácter, no toda autoridad administrativa es fiscal, por eso, al establecer el anotado precepto que "las instancias o peticiones que se formulen a las autoridades fiscales deberán ser resueltas en un plazo de cuatro meses", debe entenderse que la negativa ficta opera únicamente respecto de peticiones no contestadas por las autoridades fiscales, o bien, por autoridades formalmente administrativas pero materialmente fiscales, pues se trata de una norma que forma parte del sistema de disposiciones reguladoras "De las facultades*

de las autoridades fiscales" a que se refiere el título III, capítulo único, del Código Fiscal de la Federación. Así, el numeral 37 en cita no tiene el alcance de comprender en la negativa ficta las peticiones no contestadas por las autoridades formal y materialmente administrativas, respecto de cuestiones diversas al orden fiscal, puesto que no fue esa la intención del legislador.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL CUARTO CIRCUITO.

Revisión fiscal 19/95. Subdirector General Jurídico del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado. 10 de mayo de 1995. Unanimidad de votos. Ponente:

Arturo Barocio Villalobos. Secretario: Carlos Rafael Domínguez Avilán.

Amparo directo 358/97. Dolores Rodríguez Torres. 9 de julio de 1997. Unanimidad de votos.

Ponente: Rodolfo R. Ríos Vázquez. Secretario: Jesús S. Fraustro Macareno.

Amparo directo 362/97. Clotilde Cano Ponce. 9 de julio de 1997. Unanimidad de votos.

Ponente: José Luis Arellano Pita. Secretaria: María Blanca Idalia López García.

Amparo directo 370/97. Concepción Gutiérrez Pedraza. 9 de julio de 1997.

Unanimidad de votos. Ponente: José Luis Arellano Pita. Secretario: Alberto Díaz Díaz.

Amparo directo 98/98. Esperanza Silva Aguirre. 18 de febrero de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Rodolfo R. Ríos Vázquez. Secretario: Jesús S. Fraustro Macareno.

Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo VIII, octubre de 1998, página 446, tesis por contradicción 2a./J. 77/98 de rubro "NEGATIVA FICTA, SE GENERA ANTE EL SILENCIO DEL INSTITUTO DE SEGURIDAD Y SERVICIOS SOCIALES DE LOS TRABAJADORES DEL ESTADO, RESPECTO DE SOLICITUDES FORMULADAS POR SUS PENSIONADOS."

Nota: Esta tesis contendió en la contradicción 207/2007-SS resuelta por la Segunda Sala, de la que derivó la tesis 2a./J. 215/2007, que aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXVI, diciembre de 2007, página 208, con el rubro: "NEGATIVA FICTA. SE CONFIGURA RESPECTO DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS FEDERALES SOMETIDAS A LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA."

Entonces la figura jurídica de la negativa ficta no es un recurso que se puede ocupar en el procedimiento para la obtención del certificado de idoneidad, de una forma más explícita lo veremos con la siguiente tabla:

Tabla 25

Negativa Ficta Art. 37					
Manera en que opera la negativa ficta					
Código Federal Fiscal					
FIGURA JURIDICA	ORIGEN	DIRIGIDO	AUTORIDADES FORMALMENTE	AUTORIDADES MATERIALMENTE	OPERA
NEGATIVA FICTA	Peticiónes No Contestadas	Autoridades Fiscales	Administrativas	Fiscales	Si
				Administrativas, respecto de cuestiones diversas al orden fiscal	No

Además de que existe una diferencia entre la negativa ficta y derecho de petición, en primer lugar el ejercicio del derecho de petición es requisito indispensable para que surja el silencio administrativo, en los supuestos contemplados legalmente; la protección constitucional dispensada al derecho consagrado en el 8°. Constitucional es totalmente distinta de la que puede dispensarse a la figura de la negativa ficta.

El primer tribunal colegiado en materia administrativa del primer circuito, en junio de 1981, se ocupó de establecer un criterio diferenciador entre el derecho de petición y la negativa ficta al señalar:

“La institución de la negativa ficta que establece el artículo 92 del Código Fiscal de la Federación, no tiene como finalidad obligar a la autoridad omisa a resolver en forma expresa en una segunda oportunidad, por lo que una vez configurada, la sala correspondiente del tribunal fiscal debe avocarse a resolver el fondo del asunto, declarando en su caso lisa y llanamente la validez y nulidad de esa resolución ficta y no dar a las autoridades demandadas una nueva ocasión para contestar ahora en forma expresa, pues esta figura jurídica no resulta idéntica al derecho de petición establecido por el artículo 8° Constitucional”

SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION Y SU GACETA, NOVENA EPOCA TOMO III, MARZO DE 1996, P. 975.

Registro No. 223975 Localización:

Octava Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

VII, Enero de 1991

Página: 321

Tesis Aislada

Materia(s): Administrativa

NEGATIVA FICTA Y DERECHO DE PETICION. SON INSTITUCIONES DIFERENTES. *El derecho de petición consignado en el artículo 8 constitucional consiste en que a toda petición formulada por escrito en forma pacífica y respetuosa deberá recaer una contestación también por escrito, congruente con lo solicitado, la cual deberá hacerse saber al peticionario en breve término; en cambio, la negativa ficta regulada en el artículo 37 del Código Fiscal de la Federación no tiene como finalidad obligar a las autoridades a resolver en forma expresa sino que ante la falta de contestación de las autoridades fiscales, por más de cuatro meses, a una petición que se les formule se considera, por ficción de la ley, como una resolución negativa. En consecuencia, no puede establecerse, ante dos supuestos jurídicos diversos, que la negativa ficta implique también una violación al artículo 8 constitucional, porque una excluye a la otra.*

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo en revisión 1911/90. Salvador Hinojosa Terrazas. 10 de octubre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Luis María Aguilar Morales. Secretaria: Rosa Elena Rivera Barbosa.

Ya habiendo investigado todo lo referente a la figura jurídica de la negativa ficta, y que en base a esta conclusión llegamos que lamentablemente solo fue creada para utilizarla solo con las autoridades fiscales, entonces sigamos con nuestra Carta Magna y veamos que por último el artículo 35 constitucional en su fracción V, también establece como prerrogativa del ciudadano mexicano, lo siguiente:

“Artículo 35. Son derechos del ciudadano:..

V.- *Ejercer en toda clase de negocios el derecho de petición...*”

De dichos preceptos se desprende que en el estado mexicano existen dos instituciones distintas que están reguladas por el artículo 8º constitucional: el derecho de los habitantes de la República Mexicana a hacer una petición a las autoridades y el derecho de los mismos a obtener una respuesta.

Es importante mencionar que de acuerdo a los criterios del Poder Judicial de la Federación, en la jurisprudencia bajo el rubro “derecho de petición. Sus elementos”, Registro No. 162603, Localización: Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXXIII, marzo de 2011, Página: 2167, cualquier gobernado que presente una petición ante una autoridad, tiene derecho a recibir una respuesta.

Así, su ejercicio por el particular y la correlativa obligación de la autoridad de producir una respuesta, se caracterizan por los elementos siguientes:

Tabla 26

<p>A. La petición, debe formularse de manera pacífica y respetuosa, dirigirse a una autoridad y recabarse la constancia de que fue entregada; además de que el peticionario ha de proporcionar el domicilio para recibir la respuesta.</p>	<p>B. La respuesta, la autoridad debe emitir un acuerdo en breve término, entendiéndose por éste el que racionalmente se requiera para estudiar la petición y acordarla, que tendrá que ser congruente con la petición y la autoridad debe notificar el acuerdo recaído a la petición en forma personal al gobernado en el domicilio que señaló para tales efectos, sin que exista obligación de resolver en determinado sentido, esto es, el ejercicio del derecho de petición no constriñe a la autoridad ante quien se formuló, a que provea de conformidad lo solicitado por el promovente, sino que está en libertad de resolver de conformidad con los ordenamientos que resulten aplicables al caso, y la respuesta o trámite que se dé a la petición debe ser comunicada precisamente por la autoridad ante quien se ejercitó el derecho, y no por otra diversa.</p>
---	--

En cuanto al término de respuesta, el artículo 8º Constitucional vigente, en su Párrafo Segundo establece lo siguiente:

- *A toda petición deberá recaer un acuerdo escrito de la autoridad a quien se haya dirigido, la cual tiene obligación de hacerlo conocer en breve término al peticionario*

En base en todo esto que hemos analizado el Sistema Integral del Desarrollo de la Familia (DIF) tiene que entregar una constancia donde se mencione y se funde los motivos por lo cual no se otorga el Certificado de Idoneidad, mas no solo mandar a los cursos o talleres para padres que son rechazados, inclusive en base a los anteriores argumentos que hemos analizado, la misma institución no tiene un debido registro de personas que no han sido idóneas para adoptar a nivel nacional.

Lamentablemente la Familia Hernández Sosa fue un caso donde se les negó este Certificado de Adopción y solo se les hizo mención que tienen que acudir a los talleres para padres, solo eso fue el comunicado que recibieron, y precisamente por no conocer los recursos y no darles una asesoría jurídica no continuaron con el procedimiento.

3.6. La adopción por homosexuales

Tema debatido es, sin duda, la adopción por homosexuales y más en México, según sea el punto de vista, su prohibición implica una discriminación para aquellos candidatos homosexuales que ya sea en pareja o solteros, pretenden adoptar a un niño(a). En este sentido se encuentra el pronunciamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en la sentencia emitida el 22 de enero de 2008 resolvió que es discriminatorio fundar una denegación de la candidatura de una mujer homosexual basándose en su orientación sexual.

En países tradicionalmente conservadores o machistas, se trata de un tema delicado y existe resistencia inclusive para su abordaje, pero no se puede negar que existe y que independientemente de las posturas a favor o en contra, ya en Distrito Federal se ha empezado con este tipo de adopción, en términos generales el cuestionamiento se centra en que este modelo familiar no propicia un desarrollo sano y pleno para los niños.

La evolución del derecho civil y los cambios políticos que se han dado en nuestro país y nos referimos a que se busca los votos de los grupos discriminados por el sistema, ha terminado por permitir a las parejas homosexuales la oficialización de su relación, ya sea a través del matrimonio o de la misma adopción en México.

Una vez que la unión de la pareja es reconocida legalmente, se aplica el “El principio de igualdad” como lo refieren las tesis siguientes:

*El criterio sustentado por la Segunda Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, al emitir la tesis publicada en la página cuatrocientos cuarenta y ocho, del Tomo XXVII, junio de dos mil ocho, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, que dice: “**PRINCIPIO GENERAL DE IGUALDAD. SU CONTENIDO Y ALCANCE.** El principio de igualdad tiene un carácter complejo en tanto subyace a toda la estructura constitucional y se encuentra positivizado en múltiples preceptos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que constituyen sus aplicaciones concretas, tales como los artículos 1o., primer y tercer párrafos, 2o., apartado B, 4o., 13, 14, 17, 31, fracción IV, y 123, apartado A, fracción VII. Esto es, los preceptos constitucionales referidos constituyen normas particulares de igualdad que imponen obligaciones o deberes específicos a los poderes públicos en relación con el principio indicado; sin embargo, tales poderes, en particular el legislador, están vinculados al principio general de igualdad, establecido, entre otros, en el artículo 16 constitucional, en tanto que éste prohíbe actuar con exceso de poder o arbitrariamente. Ahora bien, este principio, como límite a la actividad del legislador, no postula la paridad entre todos los individuos, ni implica necesariamente una igualdad material o económica real, sino que exige*

*razonabilidad en la diferencia de trato, como criterio básico para la producción normativa. Así, del referido principio derivan dos normas que vinculan específicamente al legislador ordinario: por un lado, un mandamiento de trato igual en supuestos de hecho equivalentes, salvo que exista un fundamento objetivo y razonable que permita darles uno desigual y, por el otro, un mandato de tratamiento desigual, que obliga al legislador a establecer diferencias entre supuestos de hecho distintos cuando la propia Constitución las imponga. De esta forma, para que las diferencias normativas puedan considerarse apegadas al principio de igualdad es indispensable que exista una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con estándares y juicios de valor generalmente aceptados, cuya pertinencia debe apreciarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo concurrir una relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida*⁶⁵

Entonces ya existiendo matrimonios de personas homosexuales la adopción queda abierta, la cual es un requisito que la mayoría de los Estados de la República Mexicana solicitan, tal situación resulta aplicable actualmente en el Distrito Federal en virtud de reformas a su Código Civil, como lo mencionamos anteriormente, publicadas en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el 29 de diciembre de 2009 y que implican el reconocimiento del matrimonio por

⁶⁵ Por todos, véase **“IGUALDAD. CRITERIOS QUE DEBEN OBSERVARSE EN EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS QUE SE ESTIMAN VIOLATORIAS DE DICHA GARANTÍA.”** [Novena Época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVII, Junio de 2008, Página: 440 Tesis: 2a. LXXXIV/2008 Tesis Aislada Materia(s): Constitucional]; **“IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUZGADOR CONSTITUCIONAL DEBE ANALIZAR EL RESPETO A DICHA GARANTÍA CON MAYOR INTENSIDAD.”** [Novena Época. Instancia: Segunda Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVII, Junio de 2008, Página: 439, Tesis: 2a. LXXXV/2008, Tesis Aislada Materia(s): Constitucional]; **PRINCIPIO DE IGUALDAD. INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN A EFECTOS DE DETERMINAR LA INTENSIDAD DEL ESCRUTINIO.** [Novena Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXXII, Septiembre de 2010 Página: 185, Tesis Aislada Materia(s): Constitucional]; **“IGUALDAD. CRITERIOS QUE DEBEN OBSERVARSE EN EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS QUE SE ESTIMAN VIOLATORIAS DE DICHA GARANTÍA.”** [Novena Época. Instancia: Segunda Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXXI, Abril de 2010 Página: 427, Tesis: 2a./J. 42/2010 Jurisprudencia Materia(s): Constitucional]; **“MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. AL TRATARSE DE UNA MEDIDA LEGISLATIVA QUE REDEFINE UNA INSTITUCIÓN CIVIL, SU CONSTITUCIONALIDAD DEBE VERIFICARSE EXCLUSIVAMENTE BAJO UN PARÁMETRO DE RAZONABILIDAD DE LA NORMA (ARTÍCULO 146 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, REFORMADO MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN LA GACETA OFICIAL DE LA ENTIDAD EL 29 DE DICIEMBRE DE 2009)”**. [Novena Época. Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXXIV, Agosto de 2011 Página: 873, Tesis: P. XXIV/2011. Tesis Aislada Materia(s): Constitucional] **“ESCRUTINIO DE IGUALDAD Y ANÁLISIS CONSTITUCIONAL ORIENTADO A DETERMINAR LA LEGITIMIDAD DE LAS LIMITACIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. SU RELACIÓN.”** [Novena Época. Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXXIV, Agosto de 2011 Página: 5, Tesis: P./J. 28/2011, Jurisprudencia, Materia(s): Constitucional].

homosexuales así como su unión en concubinato, lo que asimismo abrió la posibilidad de la adopción.

Tomando en consideración que en una adopción nacional, no todas las entidades federativas de origen del infante aceptan la adopción por homosexuales y por otra parte se tiene una larga lista de matrimonios de diferente sexo, basándonos en las estadísticas otorgadas por el DIF Nacional, están en espera de la asignación de un menor en adopción, y es a éstos a quienes se les otorga preferencia y ahora con la apertura de adopciones de este tipo, se tendrá que aplicar la igualdad de género cuando se decida sobre la adopción.

En México, la adopción por homosexuales no se encuentra regulada expresamente en la legislación civil o familiar, según sea el código de que se trate, como se señaló con antelación, prácticamente se deriva del reconocimiento del matrimonio o concubinato de homosexuales, si bien en la mayoría de las entidades federativas se acepta la adopción por solteros, su evaluación como candidatos a una adopción es muy estricta y completa, con la finalidad de evitar una decisión favorable para un homosexual siempre y cuando no omita sus preferencias sexuales.

En Estado de México hasta el momento no ha existido una adopción por parte de padres homosexuales legalmente anunciada, obvio esta como lo mencione anteriormente, siempre y cuando no omitan sus preferencias sexuales, porque no sabemos si realmente se ha otorgado una adopción a padres homosexuales.

“FAMILIA. SU PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL COMPRENDE A LA FORMADA POR PAREJAS DEL MISMO SEXO (HOMOPARENTALES). *La protección constitucional de la familia no obedece a un modelo o estructura específico, al tratarse de un concepto social y dinámico que, como tal, el legislador ordinario debe proteger. Por tanto, si el matrimonio entre personas del mismo sexo es una medida legislativa que no violenta la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es insostenible que dichas parejas puedan acceder a la institución del matrimonio pero no a conformar una familia, que en todo caso debe ser protegida en las diversas formas en que se integre, máxime que ello incide definitivamente en la protección de los derechos de la niñez, como es crecer dentro de una familia y no ser discriminado o visto en condiciones de desventaja según el tipo de familia de que se trate*⁶⁶

⁶⁶ Tesis P. XXIII/2011, sustentada por el Tribunal Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en la página ochocientos setenta y uno, del Tomo XXXIV, agosto de dos mil once, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época.

La anterior tesis nos viene a fortalecer que en la misma constitución existe la laguna jurídica del matrimonio de homosexuales al no estar plasmada, pero tampoco la prohíbe, lo mismo sucede con la institución de la adopción al no estar expresamente en ella, no prohíbe textualmente la adopción de parejas homosexuales, en relación a la misma figura de adopción y directamente solo se tiene que argumentar un debido interés superior del menor.

3.7. Antinomias en el procedimiento de adopción

Es tan importante el certificado de idoneidad en el proceso de adopción que nos dispusimos a investigar la exposición de motivos que tuvieron los legisladores en el Estado de México, la cual fue publicada en la Gaceta de Gobierno con fecha 7 de septiembre del 2004 y a la letra dice:

Se reconoce la tutela legítima a favor del Sistema para el desarrollo integral de la Familia del Estado de México a falta de los hermanos o demás colaterales dentro del cuarto grado, sin perjuicio que este otorgue la guarda y cuidado alguna institución de asistencia social pública o privada legalmente reconocida, con esta disposición se garantiza que el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia para el Estado de México ejerza la tutela irrestricta sobre todos los expósitos del territorio mexiquense.

Por otra parte, dada la naturaleza de una institución como lo es el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Estado de México, que tiene entre sus principales objetivos velar por el interés superior del menor, es necesario que sea esta, la que regule el proceso de adopción y se le de intervención en todos los casos, evitando así violaciones a la vida, integridad, seguridad jurídica, salud y bienestar de los menores sujetos a la adopción, que es llevada a cabo por Instituciones de Asistencia Privada, Asociaciones civiles, Asociaciones Religiosas y los propios Sistemas DIF Municipales y particulares; para proteger los derechos de los menores mediante un perfil de cambio de valoración en lo jurídico, independientemente de que la misma sea tramitada ante autoridad judicial por Instituciones de Asistencia Privada, Asociaciones Civiles, Asociaciones Religiosas,

Sistemas Municipales DIF y particulares.

Por último, resulta necesario contar con un certificado de idoneidad para la adopción, el cual deberá ser expedido por el Sistema para el Desarrollo de la Familia del Estado de México, para demostrar que los solicitantes son aptos en el aspecto psicológico médico y socioeconómico, dándole validez jurídica para realizar el procedimiento de adopción, sin necesidad de que el juzgador solicite el auxilio de peritos que permitan acreditar esa idoneidad ya que el DIFEM es una Institución de asistencia social y que actúa de buena fe velando por la integración familiar.

Derivado de lo anterior, de igual forma resulta necesario reformar el procedimiento para los requisitos de la solicitud, ya que en la misma deberá manifestarse el nombre y la edad del menor o incapacitado, nombre y domicilio de quienes ejerzan sobre el la patria potestad o tutela, o de la persona o institución pública que lo haya acogido; debiéndose acompañar un estudio médico, psicológico y socioeconómico de los adoptantes realizado por una institución oficial, este precepto de la potestad a los solicitantes de adopción de exhibir ante el juzgador estos estudios practicados por cualquier institución oficial, y teniendo el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia por naturaleza la institución óptima para la práctica de los mismos, la propuesta de reforma se deduce de lo anterior y una vez realizados por esta pueda expedir un certificado de idoneidad, por lo que se propone la reforma al Código de Procedimientos Civiles del Estado de México.

Por lo tanto, la presente iniciativa, tiene como objeto la protección a los derechos de los menores de edad, brindando un estado de certeza jurídica incluyendo los aspectos como la adopción y previendo las diversas circunstancias que se presentan de acuerdo a la realidad social de los menores de edad y el desarrollo armónico de estos en la sociedad.

Entonces si el Instituto del Sistema del Desarrollo Integral de la Familia, lleva al pie de la letra sus funciones, y está facultado para otorgar el consentimiento de una adopción y se vale del instrumento de la certificación de idoneidad (tabla 27), debemos entender entonces que cuando exista una negación de No idoneidad o mejor dicho esta dependencia no está consintiendo en la adopción, resulta pues que nos enfrentamos a una Antinomia (Conflicto o contradicción entre dos leyes, principios racionales, ideas o actitudes), por una parte esta exposición de motivos que ya expusimos y por otra tenemos la potestad del juez familiar de decidir si es benéfico o no la posible adopción, con la enmienda de buscar siempre el interés superior del menor, analicemos que artículo del Código Civil del Estado de México le otorga esta facultad al juez de decidir:

Suplencia de consentimiento por el Juez

Artículo 4.186.- Cuando el tutor, el Ministerio Público, o el acogedor, no consientan en la adopción, podrá suplir el consentimiento el Juez competente tomando en cuenta el interés superior del menor.

Tabla 27



GOBIERNO DEL
ESTADO DE MÉXICO

"2008. Año del Padre de la Patria Miguel Hidalgo y Costilla"



CERTIFICADO N° 76/08

C.
C.

PRESENTE

El Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Estado de México, con fundamento en lo establecido por los artículos 4.178 del Código Civil en relación con el 3.16 del Código de Procedimientos Civiles ambos vigentes en la Entidad, en atención a su petición presentada en el Sistema Municipal DIF de Ecatepec y como resultado de las valoraciones psicológicas, medicas y socioeconómicas, practicadas por los profesionales autorizados de la institución antes mencionada, me permito expedir el presente:

CERTIFICADO DE IDONEIDAD

Que los acredita como idóneos para continuar con el procedimiento de adopción plena de **un menor sexo femenino de 10 meses a 1 año de edad**, teniendo una vigencia de dos años a partir de la fecha de su emisión y validez para un solo procedimiento de carácter judicial, anexando a este documento el resultado original de los estudios:

- a).- Médico
- b).- Psicológico
- c).- Socioeconómico

Se expide el presente certificado en la Ciudad de Toluca de Lerdo, México a los treinta días del mes de abril del dos mil ocho.

ATENTAMENTE

M. en D. FÉLIX ARTURO REYES FLORES
DIRECTOR DE SERVICIOS JURÍDICO ASISTENCIALES



PRESIDENCIA
DIRECCIÓN GENERAL
DIRECCIÓN DE SERVICIOS JURÍDICOS ASISTENCIALES

PASEOS COLÓN Y TOLLOCAN S/N, COL. ISIDRO FABELA,
TOLUCA, ESTADO DE MÉXICO, C.P. 50070
TELS: (01722) 217 39 00, 276 98 48, FAX 217 36 00 / 01 800-00 DIFEM
www.edomexico.gob.mx/difem

nuestro
valor **es** la
familia

Este artículo le faculta al Juez Familiar de tomar la decisión de la adopción, inclusive como ya lo analizamos el certificado de idoneidad es un consentimiento por parte de la institución referida, ahora el Juez tiene la obligación de velar por el interés superior del menor y el mismo certificar por medio de los peritos con los que cuenta los tribunales si es benéfica dicha adopción.

Entonces surge otra antinomia en el mismo código civil referido, estamos hablando del inicio del proceso judicial en el apartado de requisitos para adoptar:

Artículo 4.178.- *El mayor de veintiún años puede adoptar a uno o más menores o incapacitados, cuando acredite:*

I.....

II.....

III.....

IV. Que el adoptante sea persona idónea para adoptar, de conformidad con el certificado de idoneidad expedido por el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Estado de México, con base en los estudios médico, psicológico, socioeconómico y de trabajo social.

Para iniciar el juicio no contencioso de una adopción se solicita lo mencionado, pero entonces si no se entregan se podría prevenir a los solicitantes, y nunca será admitida la petición de los interesados, y nos hacemos la siguiente pregunta, ¿en qué momento el Juez conocerá del asunto para poder tomar la decisión y dar su consentimiento de la adopción?

3.8 Un comparativo del procedimiento administrativo de España con México

Realizaremos un comparativo de las instituciones de la adopción en su procedimiento administrativo entre los países de México y España ya que podemos tomar como referencia sus resultados positivos que se han tenido en ese país y también por supuesto sus experiencias negativas, investigaremos su ámbito legal de la adopción y las relaciones que se tiene entre México y España en relación con la Adopción Internacional.

El análisis que a continuación desarrollaremos pretende contribuir al enfoque de la adopción en México y la necesidad de armonizar nuestra legislación interna y los órganos administrativos que se les ha confiado la funcionalidad de la adopción, a fin de redundar en una mejor protección de aquellos menores que se encuentran institucionalizados, y como otros países han tratado de encontrar

soluciones para que su institución de la adopción realmente si se aplique el “Interés Superior del menor”

Consideramos que estas dos naciones le dan una importancia muy relevante al interés superior del menor y de ahí es que se tiene la base para la creación del certificado de idoneidad, el cual es un requisito indispensable para iniciar una adopción.

Como antecedente debemos de conocer o recordar que al margen de la legislación de un país determinado ya que todos manejan una institución de adopción diferente, la experiencia jurídica enseña que por adopción suele entenderse aquel acto o negocio de derecho privado por virtud del cual entre adoptante o adoptantes y adoptado surgen vínculos jurídicos idénticos, o, al menos, semejantes a los que resultan de la procreación entre padres e hijos de por así decirlo de una forma más simple.⁶⁷

Además que siendo probablemente una de las instituciones familiares más protegidas, y, en consecuencia, más moldeables por el legislador, está basada, sin embargo, en la naturaleza de las cosas, pues responde, en principio, a la idea de dar un hogar a los menores que carecen de ella, mientras que por otro lado se cumple el deseo de paternidad de los matrimonios infértiles.

Ha satisfecho, a lo largo de la historia, intereses muy variados y ha pasado por alternativas de esplendor y de ocaso (recuérdese el entusiasmo con que fue restaurada en los albores de la Revolución francesa y su inclusión en el Code por decisión personal de Napoleón) y como los Romanos lo que buscaban con esta institución era solamente de dejar antecedentes de su persona y que no se perdiera su abolengo familiar.⁶⁸

En la actualidad bien puede hablarse de una Edad de Oro de la adopción, al margen del derecho codificado, por obra de sucesivas leyes especiales que en casi todos los países occidentales tienden a formar un derecho europeo uniforme en la materia, lo cual influyo de una manera significativa en el continente Americano, que para variar siempre hemos creído que es lo mejor lo Europeo.

⁶⁷ Carbonell, Miguel, *Diccionario Jurídico Básico*, UNAM, Porrúa, México 2014, p. 28.

⁶⁸ Morineau Marta, “Derecho Romano”, Oxford, México 2000, Pag 90.

Curiosamente la adopción no ha sido contemplada literalmente por su Constitución de 1978⁶⁹, igualmente tenemos ese problema con nuestra Constitución Mexicana ya que tampoco se encuentra plasmada en algún artículo de ella solo hace mención de la familia pero de la adopción no hay regulación en dicha carta magna, por lo que no cabe hablar de un mandato del legislador para la reforma de la institución, o por lo menos que sea una Institución por mandato constitucional.

En la constitución española el precepto más vinculante pudiera parecer el artículo 14 al proscribir toda discriminación por razón de nacimiento. Por lo demás, no parece que la adopción estuviera en la mente del legislador constitucional al redactar el artículo 39 constitucional (formulados únicamente de principios de la política social y económica), por lo cual esa indefinida «protección integral de los hijos» no se sabe bien qué significado tiene aplicada a la adopción.

Ahora existe un artículo en su constitución, que si pueden entrar los hijos adoptivos en esa norma residual del artículo 39.4, al proclamar que *«los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos»*; sólo que la formulación legal es imprecisa (¿dónde acabaría la niñez a estos efectos?).

Probablemente la imprecisión tiene su origen en el empleo de los términos «adolescente» y «niñez» en los textos oficiales de los tratados internacionales. El art. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 declara categóricamente que *“se entenderá por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”*. Acaso el término más correcto sea el de «menor» o «menor no emancipado”.

En México tenemos algo muy esencial para la Institución de la Adopción es que se derogaron las fracciones IV, V y VII del artículo 4.224, para adicionarlas como fracciones V, VI y VII del artículo 4.223 del Código Civil, por considerar que los tres casos cuyo contenido es:

⁶⁹ Martín, González Nuria, *op. cit.*, nota 24, p 294.

Tabla 28

<ul style="list-style-type: none"> • Quienes ejerzan la patria potestad hayan aceptado ante la autoridad judicial la entrega del menor a las instituciones de asistencia pública o privada;
<ul style="list-style-type: none"> • Los menores se encuentren albergados y abandonados por sus familiares, sin causa justificada por más de dos meses, en las instalaciones de instituciones públicas privadas;
<ul style="list-style-type: none"> • Así como la exposición que la madre o el padre hiciera de sus hijos; deben quedar como hipótesis de conclusión de la patria potestad por ministerio de ley, y no como una causal de pérdida de la patria potestad de las que requieren resolución judicial.

Lo anterior a fin de dar agilidad a los trámites de adopción que por su exceso entre ellos el que se tenga que obtener resolución judicial sobre pérdida de la patria potestad, en esos casos en que los propios progenitores no presentan el más mínimo interés por sus hijos o los familiares en quienes recae la posibilidad de ejercer la patria potestad de manera directa o subsidiaria, para que el menor quede en posibilidad de ser adoptado, se convierte innecesariamente en un obstáculo en los trámites de adopción desalentando a posibles adoptantes, y en México tenemos la figura de la preadopción y esto ponía en angustia a los futuros padres que veían un impedimento muy fuerte para aceptar al menor en esas condiciones antes comentadas.

Aquí en México se considera que los niños y niñas que tienen la calidad de expósitos o abandonados ante las instituciones públicas o privadas de asistencia, requieren de la mayor protección de la ley y de brindarles la oportunidad sin mayor dilación, para ser susceptibles de adopción, en algunos Estados sus legisladores han reformado su legislación local, un ejemplo de ello es que se reformó el artículo. 4.185 del Código Civil del Estado de México para que en estos casos no se requiera el consentimiento de quien ejerza la patria potestad para la adopción del menor.

Como resultado de lo mencionado anteriormente tendrán más posibilidades los menores o incapaces que hayan quedado sin quien se ejerza sobre ellos la patria potestad porque se haya decretado su pérdida judicialmente y los que teniendo la atribución de ejercerla de manera subsidiaria no lo hagan, para que otros la ejerzan en su lugar y puedan darle un nombre y un hogar al menor o incapacitado que se le está negando por quienes tenían la obligación legal de hacerlo para que puedan ser adoptados, esto era una de las causas que los

futuros adoptantes temían que podía pasar, que los verdaderos padres biológicos regresaran a exigir su paternidad, esto pasaba en ambos países.

La Ley de 11 de noviembre de 1987⁷⁰, es la que rige actualmente en España la institución de la adopción.

Veamos los principios fundamentales de esta nueva ley son:

Tabla 29

1.º Configurar la adopción como un instrumento de integración familiar, de donde deriva la mayor amplitud con que se regula ahora el acogimiento de menores, una de cuyas situaciones finales -aunque no la única- puede ser precisamente la adopción; ello ha conducido también a reformar el régimen de la tutela, modificado en profundidad hace cuatro años, introduciendo la tutela <i>ope legis</i> de carácter administrativo de los menores abandonados.
2.º La primacía del interés del menor para lograr lo cual se consagra una completa ruptura del vínculo jurídico que el adoptado mantenía con su familia anterior, creándose por la ley una relación de filiación a la que resultan aplicables las reglas generales contenidas en los artículos 108 y ss. del Código Civil.
3.º Secundariamente cabe destacar la laudable simplificación del procedimiento adoptacional, que sigue siendo judicial entre los actos de jurisdicción voluntaria, así como la supresión de la fase notarial, y el robustecimiento del vínculo adoptacional por la eliminación de algunas causas de extinción de la adopción.

Son principios que robustecen la integración del menor a una familia, y es muy benéfico para el interés superior del menor ya que si el menor no se adapta a esa familia que lo acogió por una temporada él puede tener la opción a otra familia que podría ser más benéfica para él.

3.8.1 El acogimiento o desamparo del menor en España

Algo muy importante que vino a fortalecer la adopción en España fue su jurisdicción sobre el acogimiento o sea el abandono o desamparo del menor, como lo vimos de una forma muy sintetizada como es que se da en México, ahora conozcamos como se dio este ejercicio en la madre patria.

Tanto en su derecho derogado como para su ley vigente, el abandono de menores es un concepto previo y básico para la adopción; la experiencia que han tenido demuestra, en efecto, que el mayor número de adopciones procede de niños abandonados por sus progenitores.

⁷⁰ *Ibidem*, p 13

Ahora la tutela del niño abandonado o desamparado corresponde de derecho a una entidad pública, quien podrá encargarse de su guarda o entregarlo en acogimiento a personas físicas que pueden ser candidatas a una futura adopción; además, el acogimiento puede ser solicitado por los propios padres o acordado por el juez.

Su ley ha multiplicado las competencias en esta materia, que se atribuyen, sin una precisa delimitación, al Juez, al Ministerio Fiscal y a la entidad pública. No resulta, en cambio, relevante, la sustitución de la palabra abandono por desamparo.

En su nueva ley de adopción sistemáticamente, el Capítulo V, Título VII, Libro I del Código Civil recibe una nueva rúbrica: “*De la adopción y otras formas de protección de menores*”. Consta ahora de dos Secciones, que tratan, respectivamente, “*de la guarda y acogimiento de menores y de la adopción*”⁷¹, en México en nuestro Código Civil Federal en su capitulo V a partir del artículo 390 hasta el artículo 410 F nos hace mención de la figura de la adopción.

Por otra parte, la Ley de 15 de enero de 1996 ha incidido en el contenido de la Sección primera, ya que sus disposiciones finales y las modificaciones han sido importantes; se aclara la competencia de la entidad pública para declarar el desamparo, con obligación de notificarlo en el plazo de 48 horas a los padres o tutores; la asunción de la tutela ex lege produce la suspensión de la patria potestad o de la tutela; cabe recurso contra las resoluciones administrativas en esta materia, nosotros nuestro juicio de amparo y ellos ante la jurisdicción ordinaria; se detalla el contrato de acogimiento, que puede cesar también por decisión de la autoridad pública; se introducen nuevas modalidades de acogimiento (el residencial o institucional, el familiar simple de carácter transitorio, el familiar permanente, y se configura más claramente el acogimiento preadoptivo).

Según el artículo 172.1, proposición segunda: “*Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del*

⁷¹ Código Civil Español, consultado el 23 de octubre de 2014, de: <https://www.civil.udg.es/normacivil/estatal/cc/indexcc.htm>

*imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”.*⁷²

Los deberes a que aquí se aluden son los inherentes a la patria potestad y a la tutela, por lo que puede haber desamparo en relación con ambas instituciones.

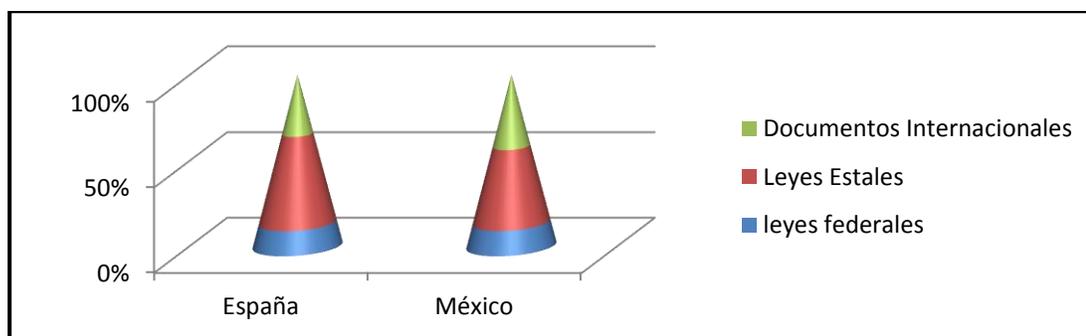
Por otra parte, su ley enumera -al parecer, con carácter exhaustivo- las causas de aquel resultado de desprotección del menor, pudiendo ser alguna de las siguientes:

Tabla 30

- Incumplimiento de los deberes legales de protección de los menores.
- Imposibilidad de tal incumplimiento.
- Inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores.

La reforma de 1996 confirma y ratifica la voluntad legisladora en cuanto a la autoridad competente para declarar la situación de desamparo, aquí en México se hará por vía jurisdiccional, en España en su art. 172.1 en la ley referida dice que la autoridad pública, cuando constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda.

Tabla 31.1



⁷² *Ibidem.*

Tabla 31.2 comparativa de disposiciones jurídicas en materia de adopción.

España  **México**

Documento	Aportación	Año	Documento	Año
Constitución Española	Artículos 18, 20.4, 27, 39, 48.	1978	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	5 de febrero 1917
Reformas del Código civil	Artículo 9.5	1981-1999	Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño	Decreto de promulgación publicado en el Diario Oficial de la Federación, 25 de enero 1991
Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, Protección Jurídica del Menor	Artículo 25	1996	Convenio de la Haya de 29 de mayo, relativo a la protección de menores y la cooperación en materia de adopción internacional	Decreto de promulgación publicado en el Diario Oficial de la Federación, 14 de octubre 1994
Legislación Autonómica Española en materia de adopciones			Código Civil de cada una de la entidades federativas de la República mexicana	
			Código de Procedimientos Civiles de cada una de la entidades federativas de la República mexicana	
			Ley de 28 de abril de 2000 sobre la Protección de los Derechos de los Niños/as y adolescentes	Diario Oficial de la Federación, 29 de mayo de 2000
			Ley de Asistencia Social	Diario Oficial de la Federación, 2 de septiembre 2004

Analizando la tabla 31.1 y 31.2 nos damos cuenta que su constitución española si menciona literalmente la adopción y nuestra Carta Magna solo hace referencia a la familia y al parecer ellos también aplican una autonomía en cada provincia española en relación con la adopción, lo que nosotros lo hacemos en cada entidad federativa con diferentes códigos civiles.

En cuanto a su procedimiento administrativo es evidente el protagonismo de la Administración en este supuesto, que se extiende a comprobar la situación de desamparo del menor, y a actuar en consecuencia. Los derechos de padres y tutores se salvaguardan a través de la notificación en forma legal que debe dirigirles la entidad pública, así como, *“siempre que sea posible, en el momento de la notificación se les informará de forma presencial y de modo claro y comprensible, de las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y de los posibles efectos de la decisión adoptada”*⁷³

Nosotros tenemos la Institución del Desarrollo Integral de la Familia a nivel nacional que es la facultada para llevar a cabo la protección de los menores en desamparo y está a su vez delega funciones a sistemas municipales de desarrollo integral de la familia.

La experiencia que han tenido en España de la puesta en práctica del sistema instaurado en 1987, acusa la existencia de algunas actuaciones irregulares de la Administración, y de dudas sobre los recursos a interponer.

La reforma de 1996, con buen criterio, dispone en el art. 172.6 que *“las resoluciones (administrativas) que aprecien el desamparo y declaren la asunción de la tutela por ministerio de la Ley serán recurribles ante la jurisdicción civil sin necesidad de reclamación administrativa previa”*.⁷⁴

Por su parte, la disposición adicional 1.^a de la Ley de 1996, dispone que en tal caso se aplicarán las normas de la jurisdicción voluntaria, admitiéndose el recurso en un solo efecto, sin perjuicio del ejercicio de las acciones en la vía judicial ordinaria. Con estas reformas, se han reforzado los derechos de los padres y tutores, si bien cabe el riesgo de que, con el transcurso del tiempo, se

⁷³ *Ibidem*

⁷⁴ *Ibidem*

consoliden situaciones de hecho (a favor de acogedores y adoptantes) que los tribunales civiles, al conocer de los recursos, no alteren en beneficio del hijo.

En España cuando existe la declaración de que un menor se encuentra en situación de desamparo, esto con lleva importantes consecuencias jurídicas. Una de ellas es la puesta en aplicación de la tutela ex lege a favor de la entidad pública. Por definición, se trata de un efecto que se produce de modo automático, si bien conviene tomar en consideración lo dispuesto en el art. 239 -que no ha sido modificado en 1996-, y que contiene una reforma interesante: *“La tutela de los menores desamparados corresponde por ley a la entidad a que se refiere el artículo 172. Se procederá, sin embargo, al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio para éste”*.

En España incumbe al Fiscal la superior vigilancia de la tutela *“Artículo 174: 1. Incumbe al Fiscal la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores a que se refiere esta Sección”*, habiéndose intensificado en la reforma de 1996 las obligaciones de información por parte de las entidades públicas al Ministerio Fiscal de los nuevos ingresos de menores y de la constitución de las tutelas; todo ello, sin perjuicio de que éste compruebe, al menos semestralmente la situación del menor, para proponer ante el Juez las medidas de protección que estime necesarias, en México tenemos la figura del ministerio público que es el encargado de vigilar los intereses del menor y la persona encargada de darle un seguimiento a la adopción es el procurador de los DIF nacionales y municipales dependiendo de qué adopción se haya dado.

Si tutela y patria potestad, recayendo sobre el mismo menor, resultan ser instituciones civiles incompatibles, la doctrina se preguntaba, antes de la reforma de 1996 sobre la incidencia que la tutela ex lege tenía sobre la patria potestad o la tutela preexistente del menor.

Entre la privación y la continuidad de tales instituciones familiares, su reforma de 1996 ha seguido una vía media, que permite declarar la validez de los actos de naturaleza patrimonial del padre o tutor en algunos casos, y que puede plantear serios problemas en el procedimiento. Por otra parte, se trata de una

suspensión del poder paterno o de la tutela, decretada, no por el Juez, sino por una autoridad administrativa, sin contradicción.

Aquí en México la pérdida de la patria potestad solo la puede decretar un juez civil de lo familiar siempre y cuando esté debidamente fundado y motivado, como lo exige nuestra Carta Magna.

Total que en México y en España el acogimiento es una situación jurídica en que pueden hallarse los menores de edad, y puede originarse por decisión de la entidad pública, por solicitud de las personas que tiene potestad sobre el menor, o por decisión del Juez.

Toda esta información y análisis de los artículos de su Código civil es para conocer el procedimiento judicial para una adopción y las figuras alternativas que se aplican en España como lo es el acogimiento, estos son los artículos que rigen, la entidad pública asistencial pueda dar en acogimiento los menores sobre los que ejerce una tutela ex lege se presupone en el artículo 173.2 y en el artículo 1.828 de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁷⁵, cuyo párrafo 2.º contempla a aquélla como promotora del expediente. El acogimiento por petición de los padres o tutores precisa justificar que por circunstancias graves no pueden cuidar al menor (art. 172.2), y parece que también requiere el consentimiento de la autoridad pública.

Más enigmático resulta el acogimiento acordado por decisión judicial respecto del cual el artículo 172.2 contiene una mera norma de remisión, y el artículo 173.3 contempla un supuesto especial (oposición o incomparecencia de los padres o del tutor) que parece no agotar la fórmula anterior, en el que se ordena tener en cuenta el interés del menor (sin duda, criterio aplicable en todos los casos) y la observancia del artículo 1.828 L.E.C.

En España las características del acogimiento en cada caso parecen distintas. Si lo piden los padres, parece lógico que sólo dure “*durante el tiempo necesario*”, es decir, mientras permitan las circunstancias de enfermedad u otras graves que impiden a aquéllos cuidar debidamente del hijo; en ese caso tiene sentido la regla del artículo 172.4 de que “*se procurará la reinserción del menor en*

⁷⁵ Ley de Enjuiciamiento Civil, consultado el 15 de noviembre de 2014, de: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>

la propia familia”, una antinomia que podría perjudicar el interés superior del menor.

En México el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia es el encargado de acoger a los menores cuando los padres se encuentran en problemas de adicciones, legales o que estén desaparecidos los padres, inclusive cuando sufren violencia familiar los acoge y cuando se arregle la situación, previa supervención los entregan a sus padres.

Lamentablemente en nuestro país existen lugares particulares que se les denomina alberges donde se acogen estos niños con el supuesto consentimiento de los padres o tutores, en fecha reciente tenemos el ejemplo de; El Albergue de Mamá Rosa veamos la siguiente nota periodística:

“CIUDAD DE MÉXICO, 16 de julio.- En un operativo federal, encabezado por la PGR y la Sedena, fueron rescatadas 596 personas que eran explotadas y sufrían maltratos físicos en el albergue La Gran Familia, en Zamora, Michoacán, que operaba desde 1947.

Se detalló que de las 596 víctimas liberadas hay seis bebés de entre dos meses y dos años, 174 niñas de entre tres y 17 años, 278 niños del mismo rango de edad y 138 adultos de entre 18 y 40 años.

“Los bebés que nacían en la casa hogar eran registrados como hijos de la fundadora, sin permitir que los padres biológicos pudieran llevar alguna tutela” Rosa del Carmen Verduzco, conocida como Mamá Rosa, encargada del albergue por más de 40 años, fue detenida.

Un total de 596 personas, entre menores de edad y adultos, que vivían en condiciones insalubres y de explotación fueron rescatadas del albergue La Gran Familia, ubicado en Zamora, Michoacán, con un operativo encabezado por la Procuraduría General de la República (PGR) y la Secretaría de la Defensa Nacional (Sedena).

Del lugar fueron rescatados 174 niñas de entre tres y 17 años de edad, así como 278 niños del mismo rango de edad; también fueron recuperados 138 mayores de edad de entre 18 y 40 años y seis bebés de entre dos meses y dos años” 76

Por un lado aquí es donde no funciona nuestro sistema de procedimiento de adopción, porque no está debidamente regulado por nuestra legislación y no hay un debido seguimiento para estos centros de albergue particulares inclusive como lo manejo en mi tesis no existe un Registro Nacional de Adopciones en México y

⁷⁶ Excélsior Nacional, consultado el 22 de diciembre de 2014, de: <http://www.excelsior.com.mx/nacional/2014/07/30/973609>

esto repercute en la vigilancia que debe de existir hacia los menores que son entregados o que son acogidos por los alberges.

En España tienen una variedad de acogimientos en el art. 173 bis se distinguen:

Tabla 32

a) Acogimiento familiar simple, que tendrá carácter transitorio, bien porque de la situación del menor se prevea la reinserción de éste en su propia familia, bien sea en tanto se adopte una medida de protección más estable.
b) Acogimiento familiar permanente, cuando la edad u otras circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen, y así lo informen los servicios de atención al menor; en tal caso, el Juez, a solicitud de la entidad pública puede atribuir a los acogedores algunas facultades de la tutela, atendiendo al interés superior del menor: la representación puede ser una de ellas.
c) Acogimiento familiar preadoptivo cuando la entidad pública, con anterioridad a la presentación de la propuesta de adopción, considere necesario establecer un periodo de adaptación del menor a la familia, que no podrá exceder de un año. Así mismo, procede esta modalidad de acogimiento cuando la entidad pública eleva la propuesta de adopción del menor, informada por los Servicios de Atención al menor, ante la autoridad judicial, siempre que los acogedores reúnan los requisitos necesarios para adoptar, hayan sido seleccionados hayan prestado ante la entidad pública su consentimiento a la adopción, y se encuentre el menor en situación jurídica adecuada para ello.

En España el acogimiento produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien le recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral.

Esta figura en España del acogimiento es un negocio jurídico de derecho de familia, de carácter formal, ya que debe redactarse por escrito (no necesariamente público), que se tramita como los actos de jurisdicción voluntaria (en particular, conforme al art. 1.828 Ley de Enjuiciamiento Civil) y en el que intervienen pluralidad de partes.

La entidad pública interviene necesariamente en el negocio jurídico de acogimiento. Dice el art. 173.2 del Código Civil, que *“el acogimiento se formalizará por escrito, con el consentimiento de la entidad pública, tenga o no la tutela o guarda”*. Si el acogimiento se tramita a su instancia, la entidad pública tiene la cualidad de promotora, pero su consentimiento es necesario en todo caso.

Se requiere también el consentimiento del menor acogido cuando ha cumplido doce años. Por supuesto, es necesario el consentimiento de las personas que reciban al menor, para que se complete el binomio acogedores-acogido.

La norma continua que *“cuando fueran conocidos los padres que no estuvieran privados de la patria potestad o el tutor, será necesario también que presten o hayan prestado su consentimiento”*, salvo que se trate de una acogimiento familiar provisional a que hace referencia el apartado 3 de este artículo.

Este último apartado dice: *“Si los padres o el tutor no consienten o se oponen al mismo, el acogimiento sólo podrá ser acordado por el Juez, en interés del menor, conforme a los trámites de la Ley de Enjuiciamiento Civil”*, pero se añade que *“no obstante, la entidad pública podrá acordar en interés del menor un acogimiento familiar provisional, que subsistirá hasta tanto se produzca resolución judicial”*.

Como la declaración de desamparo y asunción de la tutela ex lege, sólo producen la suspensión y no la privación de la patria potestad, cabe deducir que será necesario, por regla general, el consentimiento de dichos padres, salvo para el acogimiento familiar provisional que acuerde la entidad pública, hasta que el Juez resuelva.

La forma normal de acogimiento que contempla el artículo 173 Código Civil español, es el que puede calificarse de *“administrativo”* que se promueve por la entidad investida ex lege de la tutela del niño desamparado.

La reforma de 1996 ha desarrollado el contenido del documento en que se ha hecho constar el acogimiento administrativo, en el art. 173.2, del siguiente tenor:

El documento de formalización del acogimiento familiar, a que se refiere el párrafo anterior, incluirá los siguientes extremos:

Tabla 33

1º Los consentimientos necesarios.
2º Modalidad del acogimiento y duración prevista para el mismo.
3º Los derechos y deberes de cada una de las partes, y en particular-
a) La periodicidad de las visitas por parte de la familia del menor acogido
b) El sistema de cobertura por parte de la entidad pública o de otros responsables civiles de los daños que sufra el menor o de los que pueda causar a tercero.
c) La asunción de los gastos de manutención, educación y atención sanitaria.
4º El contenido del seguimiento que, en función de la finalidad del acogimiento, vaya a realizar la entidad pública, y el compromiso de colaboración de la familia acogedora al mismo.

5° La compensación económica que, en su caso, vayan a recibir los acogedores.
6° Si los acogedores actúan con carácter profesionalizado o si el acogimiento se realiza en un hogar funcional, se señalará expresamente.
7° Informe de los servicios de atención a menores.

Aunque no se exige que el acogimiento conste en documento público, parece aconsejable que se formalice, al menos, en un documento oficial que se inscriba en un Registro Administrativo. El Código Civil requiere que el documento sea remitido al Ministerio Fiscal.

La reforma de 1996 ha perfeccionado el régimen de las causa de extinción del acogimiento, que se contiene en el art. 173.4:

Tabla 34

1° Por decisión judicial
2° Por decisión de las personas que lo tienen acogido, previa comunicación de éstas a la entidad pública
3° A petición del tutor o de los padres que tengan la patria potestad y reclamen su compañía
4° Por decisión de la entidad pública que tenga la tutela o guarda del menor, cuando lo considere necesario para salvaguardar el interés de éste oídos los acogedores

Será necesaria resolución judicial de cesación cuando el acogimiento haya sido dispuesto por el Juez.

El momento extintivo del acogimiento será el oportuno para liquidar responsabilidades de todas clases entre las partes intervinientes; así por ejemplo, las compensaciones económicas prometidas y no abonadas por la entidad pública, el abono de gastos ordinarios o extraordinarios ocasionados por el acogido; también puede haber incumplimientos por parte de los acogedores en relación con el compromiso asumido (solicitud de extinción antes de cumplirse el plazo previsto); si están en curso reclamaciones contra terceros por daños causados al menor, habrá que proceder, en su caso, a la cesión de acciones y entrega de la documentación pertinente.

La mayoría de cesaciones de acogimiento se tramitarán por vía administrativa, pero si se trata de acogimientos ordenados por el Juez será necesaria resolución judicial para extinguirlos.

3.8.2 El régimen jurídico de la adopción en España

La adopción se regula en la Sección segunda, Capítulo V, Título VII, del Libro I del Código Civil, artículos 175 a 180. Probablemente la reforma de 1987 ha puesto más de relieve la deficiente colocación sistemática de esta materia dentro del C.C. Más bien que junto a la patria potestad, en el título que trata de las relaciones paternofiliales, el puesto adecuado de la adopción debiera estar en el Título V, que trata de la paternidad y filiación. Resulta significativo, a este respecto, el artículo 108 del mismo código referido, con el que se abre el régimen de la filiación por naturaleza y por adopción, distinguiendo la primera en matrimonial y no matrimonial.

En efecto, la adopción es el vínculo de filiación establecido por la ley entre personas que no son, entre sí, procreantes y procreado, al que atribuye los mismos efectos que la filiación por naturaleza.

Todo esto que hemos visto es para llegar al punto principal de la adopción en España el cual con su nuevo régimen de la adopción y este se caracteriza por lo siguiente:

Tabla 35

1) Simplificación de los requisitos de capacidad, de suerte que la adopción resultará más accesible que antes, si bien parece que el modelo ha sido la figura de la antigua adopción plena (al menos en cuanto a la situación familiar del adoptante).
2) Reducción de formalidades al suprimirse la etapa notarial.
3) En aparente contradicción con lo anterior, una administración del acceso a la adopción.
4) Decidido propósito legislativo de equiparar los efectos de la filiación adoptiva por naturaleza.

En España se utilizaba un notario para la adopción y lo suprimió lo cual le da agilidad al procedimiento ahora los requisitos para adoptar:

Según el artículo 175.1 del código civil español, la adopción requiere que el adoptante sea mayor de veinticinco años; en la adopción conjunta por ambos cónyuges (antes la situación normal en la adopción plena, y ahora sólo una de las posibilidades) basta que uno de ellos haya alcanzado dicha edad.
Ha desaparecido la exigencia de que « <i>el adoptante se halle en el ejercicio de todos sus derechos civiles</i> » (derogado art. 172 párrafo 2.º), de suerte que podrá adoptar una persona sujeta a curatela y también a tutela restringida siempre que la sentencia de incapacitación no lo prohíba.
También el requisito de que los cónyuges vivan juntos (art. 178, párrafo 1.º)

Tabla 36

Las prohibiciones para una adopción, según el artículo 175.3 del C. C., no pueden adoptarse:

Tabla 37

1.º A un descendiente.
2.º A un pariente de segundo grado de la línea colateral por consanguinidad; y
3.º A un pupilo por tutor hasta que haya sido aprobada definitivamente la cuenta general justificada de la tutela.

En la nueva regulación la previa relación de tutela entre adoptante y adoptado origina una modalidad, en cierto modo privilegiada (art. 176.2.31), pero también está justificado que se exija la previa liquidación de la gestión tutelar para evitar sospechas de una actuación patrimonial dudosa. La desaparición de la prohibición basada en el estatuto religioso es una consecuencia del principio de libertad religiosa.

En el artículo 175.2 se contiene una regla general y una excepción, la cual de que únicamente pueden ser adoptados los menores no emancipados. Ello significa que se ha elevado la edad anteriormente señalada para la adopción plena, como norma general.

Por otra parte, se ha mantenido una excepción que permite la adopción de un mayor de edad o de un menor emancipado cuando, inmediatamente antes de la emancipación hubiera existido una situación no interrumpida de acogimiento o convivencia iniciada antes de que el adoptado hubiere cumplido los catorce años.

La adopción de menores emancipados o de mayores de edad es, en cierto modo, una forma privilegiada al no precisar la propuesta de la entidad pública (art. 176.2). Obsérvese que la emancipación puede haberse logrado por cualquier medio, incluso por vida independiente. La reforma de 1987, salvo las normas de Derecho Internacional privado, no contiene disposiciones sobre adopción de extranjeros y por extranjeros. Según el artículo 9.4, el carácter y contenido de la filiación adoptiva se regirá por la ley personal del hijo; por tanto, se aplicará la ley española aunque los adoptantes sean extranjeros.

También según el artículo 9.5, la adopción constituida por Juez español, se regirá, en cuanto a los requisitos, por lo dispuesto en la ley española, y también se aplicará ésta, en cuanto a la capacidad y consentimientos necesarios, cuando el adoptado extranjero, pero residente en España, vaya a adquirir la nacionalidad española.

Así como no hay, en los casos excepcionales en que se admite adoptar a los mayores de edad, una edad máxima (siempre que se respete la diferencia de edades), tampoco la hay de carácter mínimo, no pudiendo entenderse que lo constituya la norma del artículo 177.2 del C.C., al disponer que “*el asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido treinta días desde el parto*” pues la madre puede abandonar al hijo desde el momento del nacimiento.

No hay obstáculo legal para la adopción de incapacitados; aun sin mencionarlo expresamente, el texto legal lo posibilita al dar intervención al tutor en el procedimiento adoptacional. No se prevé, en cambio, la posible disparidad de pareceres sobre la adopción entre el Juez encargado de la tutela del incapaz y el que deba aprobar la adopción (de suyo no se requiere el conocimiento de aquél).

En cuanto a la intervención de las entidades públicas o de las privadas habilitadas. Ya se ha indicado que esta administración y burocratización del negocio de adopción parece contradecir el propósito legislativo de facilitar el acceso a la adopción por parte del mayor número de ciudadanos, al tiempo que se agilizan sus trámites.

Las personas que prestan servicios en las Entidades Públicas o en las instituciones colaboradoras están obligadas a guardar secreto de la información obtenida y de los datos de filiación de los acogidos o adoptados, evitando, en particular, que la familia de origen conozca a la de adopción ya que en España solo tiene la adopción plena y como ya lo mencionamos se pierde el vínculo con la familia biológica.

Desde que una persona es seleccionada por la entidad pública como adoptante, podrá solicitar que la entidad le proporcione los datos que posee sobre la salud del menor.

Resulta claro que la Administración española se ha reservado el monopolio exclusivo del acogimiento y adopción de los menores en situaciones de desamparo. En consecuencia, “*ninguna otra persona o entidad podrá intervenir en funciones de mediación para acogimientos familiares o adopciones*”. Por ello se establece la necesaria intervención de la entidad pública en la formalización de cualquier modalidad de acogimiento, siendo imprescindible su consentimiento (art.

173.2), y, así mismo, que “*para iniciar el expediente de adopción es necesaria la propuesta previa de la entidad pública*” (art. 176.2), regla esta última que comporta algunas excepciones.

Para iniciar el expediente de adopción es necesaria la propuesta previa de la entidad pública a favor del adoptante o adoptantes que dicha entidad pública haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad. La declaración de idoneidad podrá ser previa a la propuesta, estamos hablando del certificado de idoneidad que se maneja en México y que es un requisito indispensable para iniciar el procedimiento de adopción.

La adopción es un negocio jurídico de derecho de familia que se realiza entre el adoptante o adoptantes y el adoptado mayor de doce años, precisándose resolución judicial que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptado (art. 176.1), y que tendrá la forma de auto dictado en procedimiento de jurisdicción voluntaria (art. 1.831, párrafo 4.º L.E.C.).

Según el artículo 1.829 Ley de Enjuiciamiento Civil, dicha propuesta contendrá los datos siguientes:

Tabla 38

a) las condiciones personales, familiares y sociales y medios de vida del adoptante o adoptantes seleccionados y sus relaciones con el adoptado, con detalles de las razones que justifiquen la exclusión de otros interesados
b) en su caso, el último domicilio conocido del cónyuge del adoptante, cuando haya de prestar su consentimiento, y el de los padres o guardadores del adoptado
c) si unos y otros han formalizado su asentimiento ante la entidad pública o en documento auténtico

Habrán de consentir la adopción, en presencia del Juez, el adoptante o adoptando mayor de doce años, y deberán asentir a la adopción en la forma establecida en la Ley de Enjuiciamiento civil:

Tabla 39

a) El cónyuge del adoptante, salvo que medie separación legal por sentencia firme o separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente
b) Los padres del adoptando que no se hallare emancipado a menos que estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme o incurso en causa legal para tal privación

Esta situación sólo podrá apreciarse en procedimiento judicial contradictorio, el cual podrá tramitarse como dispone el art. 1.827 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

No será necesario el asentimiento cuando los que deben prestarlo se encuentren imposibilitados para ello, imposibilidad que se apreciará motivadamente en la resolución judicial que constituya la adopción y el asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido treinta días desde el parto.

Las personas que deberán ser oídos por el Juez son:

Tabla 40

a) Los padres que no hayan sido privados de la patria potestad, cuando su asentimiento no sea necesario para la adopción
b) El tutor y, en su caso, el guardador o guardadores
c) El adoptando menor de doce años, si tuviere suficiente juicio
d) La entidad pública, a fin de apreciar la idoneidad del adoptante, cuando el adoptando lleve más de un año acogido legalmente por aquélla

Se le otorga al juez total discrecionalidad para su decisión sobre la adopción como lo menciona la tabla anterior, debido al análisis de estos artículos ya mencionados nos damos cuenta que en el Código Civil Español está la funcionalidad de la adopción y en su Ley de Enjuiciamiento Civil esta su procedimiento de cómo se debe de llevar el procedimiento de todo lo concerniente a la adopción.

3.8.3 El interés superior del menor en España

La conveniencia del adoptado y la aprobación judicial de la adopción. Dice el artículo 176.1 del código civil español, que *“la adopción se constituye por resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad”*.

Aunque no se ha reproducido la norma del derogado artículo 173 del C.C., párrafo 1.º, singularmente expresiva, pues decía que *“la adopción requiere la aprobación del juez competente”*, hay que darla por sobreentendida, pues todo el procedimiento de adopción, regulado ahora minuciosamente en los artículos 1.829 a 1.832 Ley de Enjuiciamiento Civil, conduce a tal aprobación una vez que el Juez

se convence de que resulta beneficiosa para el menor y por lo se auxilia de la certificación que le allega la autoridad administrativa encargada para valorar la idoneidad de los adoptantes.

El Juez no está vinculado por la propuesta de la entidad pública, ni por la solicitud de quien pretende adoptar cuando aquélla no sea necesaria; mucho menos por el parecer de quienes son meramente oídos (no obstante, un parecer en contra del menor de doce años, del tutor o, incluso, de los padres, en su caso, debe ser valorado seriamente por el Juez).

Parece claro que, proponiendo la entidad varios candidatos no propuestos, aunque idóneos, sea de los excluidos por la entidad pública (a los que se refiere el artículo 1.829, letra a) sea a terceras personas que no han sido parte en el expediente.

La resolución judicial que pone término al expediente de adopción, se hará por auto, susceptible de apelación en ambos efectos (art. 1.832, párrafo 4.º), debiendo razonarse por el Juez tanto la aprobación como la denegación de la adopción propuesta o solicitada. La resolución de la apelación pone fin al procedimiento de jurisdicción voluntaria, pudiendo los interesados replantear la cuestión en vía judicial ordinaria.

Con carácter general aplicable al acogimiento y a la adopción, el artículo 1.826, párrafo 2.º L.E.C. dispone que *“todas las actuaciones se llevarán a cabo con la conveniente reserva, evitando en particular que la familia de origen tenga conocimiento de cuál sea la adoptiva”*.

3.8.4 El procedimiento administrativo para el certificado de idoneidad en España

Veamos cómo se lleva a cabo la selección para el certificado de idoneidad en España, la administración española utiliza los siguientes criterios de idoneidad a la hora de conceder el certificado de idoneidad, resolución administrativa sin la cual no es posible iniciar un procedimiento de adopción, ya que no sería reconocida como tal en España mientras la entidad pública competente no haya declarado la idoneidad del adoptante (Art. 9.5 del Código Civil español). Estos criterios también

deben seguirse por los equipos de Psicólogos y Trabajadores Sociales del T.I.P.A.I.

Los contenidos básicos que deberán quedar reflejados en el informe psicosocial serán los siguientes: Tabla 41

Actitud y comportamiento durante las entrevistas.
Nivel de tolerancia a la situación de examen, actitud ante la introspección y la reflexión sobre sí mismos.
Estilos de comunicación verbal y no verbal.
Nivel de elaboración de las respuestas.
Motivación para la adopción.
Decisión de adoptar: quién, cuándo y por qué. Cómo y cuándo se acordó.
Duelo por la infertilidad, nivel de elaboración o resolución del mismo.
Nivel de acuerdo entre los dos miembros de la pareja, nivel de implicación de cada uno y de ambos en el proyecto adoptivo.
Exposición de los motivos que les llevaron a decidir entre la adopción nacional y la internacional. Elección de país (en su caso): por qué y conocimiento que se tiene del mismo.
Opinión y grado de implicación en el proyecto adoptivo por parte de la familia extensa y personas significativas con las que se relacionan. Consecuencias futuras en la relación de la nueva familia con los otros significativos, posibles problemas de cada a integración del menor que puede conllevar si existe oposición de aquéllos y estrategias para solucionarlos.
Perfil individual de cada uno de los solicitantes.
Perfil psicológico individual, tendencias y características de personalidad.
Historia de crisis y problemas y modos de afrontarlos.
Capacidad de adaptación y flexibilidad ante el cambio.
Motivaciones e intereses.
Autoestima, autoconcepto.
Historia de pareja y relación actual.
Desarrollo evolutivo de la relación de la pareja, incluyendo los posibles episodios de crisis y estilo de resolución de los mismos.
Características personales autopercebidas, acuerdo entre ambos, valores y aspectos que desearían cambiar.
Interacción habitual, nivel de dependencia o de fusión.
Áreas de tensión/conflicto y aspectos gratificantes y satisfactorios de la relación.
Distribución de competencias, responsabilidades y toma de decisiones.
Capacidades educativas.
Experiencia personal previa, educación recibida por figuras o instituciones significativas (familia, amigos, escuela ...), valoración de la misma.
Valores, creencias y principios educativos.
Temores, inquietudes, problemas de comportamiento que preocupan y capacidad autopercebida para afrontarlos.
Estrategias de afrontamiento para resolver problemas educativos y posibles discrepancias en la pareja.
Experiencia en la crianza o educación de niños.
Estilo de vida familiar.
Genograma, historia de las familias de origen de ambos solicitantes, vivencias, crisis relevantes y estilos de afrontamiento, trayectoria individual y lugar que se ocupa. Figuras de autoridad. Antecedentes y situación actual de salud física y psíquica.
Lugar de residencia de los familiares con los que se relacionan los solicitantes y estilo de las transacciones-interacciones.

Experiencias familiares en el mundo de la adopción.
Apoyo social y estrés.
Pertenencia a grupos sociales organizados, tipo, actividades y finalidad, tiempo dedicado a ello. Aspectos gratificantes y aspectos problemáticos.
Relación con grupos informales, amigos, vecinos y familiares, actividades, tiempo dedicado, apoyos, confianza, aspectos gratificantes y problemáticas de cada relación.
Actividades de ocio y tiempo libre en general, intereses personales y aficiones.
Actividades ocupacionales y laborales: distribución de tiempos y disponibilidad de los mismos para atender las necesidades ante la venida de un nuevo miembro en su familia.
Qué y cómo cree la pareja que va a cambiar la entrada de un niño en el sistema familiar.
Actitud hacia la familia de origen y el pasado del niño.
Conocimiento sobre los motivos de abandono y valoración que la pareja realiza acerca de los mismos.
Creencias sobre la influencia del origen y de la historia anterior del niño, relación entre herencia-medio.
Expectativas sobre posibles dificultades que se pueden presentar en la integración familiar: temores, deseos y capacidad de afrontamiento a los mismos.
Actitud hacia la revelación de la condición de adoptado de su hijo: nivel de comprensión de lo que ello implica, grado de preparación y capacidad para afrontarlo, capacidad para pedir ayuda exterior.
Disponibilidad.
Características deseadas y aquellas totalmente excluidas acerca del menor. Explicación de los motivos.
Capacidad para aproximarse a expectativas más realistas acerca de cuáles son las características de los niños en situación de ser adoptados.
Comprensión de la necesidad de concreción del proyecto adoptivo: qué niño desean y para qué niño se sienten capaces de ser padres. Hasta qué nivel de dificultad podrían asumir.
Salud física y cobertura sanitaria.
Estado de salud, enfermedades o discapacidades de los solicitantes y sus familias. Repercusiones ante la adopción de un niño.
Consumo habitual de fármacos.
Cobertura sanitaria.
Situación económica y laboral.
Nivel de estudios, profesión, empresa para la que trabajan, puesto de trabajo actual.
Antigüedad, horario, salario. Aspiraciones y nivel de satisfacción en el trabajo.
Otros ingresos adicionales.
Situación económica general, organización y planificación de ingresos y gastos globales.
Características de la vivienda y su entorno.
Tipo de vivienda, régimen de tenencia, superficie, distribución, equipamiento y mobiliario, condiciones de habitabilidad y clima' entorno donde se ubica y servicios comunitarios a los que puede tener acceso.
Otras viviendas o propiedades familiares.

Como criterios generales de valoración positiva, se tendrán en cuenta:

Las características psicosociales de los solicitantes, valorando positivamente la estabilidad y madurez emocional que permitan el desarrollo armónico del niño.
La existencia de motivaciones y actitudes adecuadas para la adopción.
La relación estable y positiva de la pareja, en caso de solicitudes conjuntas.
La aptitud básica para la educación del menor.

Tabla 42

Se valorarán negativamente se establecen como criterios excluyentes para la aptitud para adoptar los siguientes:

Tabla 43

La existencia de psicopatología en alguno de sus miembros.
La existencia de motivaciones inadecuadas: la motivación para la adopción se cifra en el niño en sí mismo, no basándose en motivaciones perjudiciales para el niño, como son: la adopción como medio de resolver una patología o desajuste en la pareja, tener un heredero, medio de promover una causa social, sustituir un hijo fallecido.
La existencia de duelos no elaborados.
Los desajustes graves en la relación entre los futuros adoptantes.
La existencia de elevados niveles de estrés sin perspectiva de cambio.
La oposición a adoptar de alguno de los miembros de la pareja.
El rechazo a asumir los riesgos inherentes a la adopción, así como la presencia de expectativas rígidas respecto al niño y a su origen socio-familiar.
Tras la adopción, los adoptantes deberán colaborar en el seguimiento post adoptivo que las entidades competentes lleven a cabo, aportando información o acudiendo a las entrevistas que se le indiquen.

Se valorarán negativamente, aunque no tendrán que ser carácter excluyente, para lo cual se realizará un análisis de conjunto para ver en qué medida estos aspectos suponen un riesgo infranqueable-, los siguientes:

Tabla 44

Condiciones de salud física:
Se valorará en qué medida la presencia de determinados problemas de salud en los solicitantes va a afectar al proceso de adopción y la crianza de un menor.
La existencia en el seno familiar de personas que requieran la atención de los solicitantes y cuyas condiciones de autonomía puede representar una carga incompatible con la adecuada atención del niño adoptado.

En el ámbito internacional, los esfuerzos por regular la adopción han sido plasmados en diversos instrumentos, jurídicamente vinculantes para el Estado mexicano derivado de la reciente reforma constitucional que reconoce a todas las personas como titulares de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, siempre se debe de velar por el interés superior del menor que está por encima del de los adoptantes, así como en España también.

En ese sentido, es obligación ineludible de las autoridades estatales, adecuar su marco jurídico a las Convenciones y Tratados Internacionales, firmados por el Estado Mexicano en materia de menores, por lo cual se hace indispensable en el contexto analizado, que se ajustara nuestra legislación en materia de adopción, acorde con lo estipulado en la normativa internacional pues no podía seguir siendo

incongruente la primera con la segunda, al quedar colocados los Tratados Internacionales por encima de las leyes locales, de acuerdo con la reforma constitucional sobre derechos humanos.

Cabe mencionar que actualmente la pauta que marcan corrientes doctrinales y sociales en materia de adopción, apunta directamente a que únicamente sea reconocida la Adopción Plena, en España ya ha sido derogada la adopción simple, y que hay que garantizar ésta, en forma integral, los derechos de los menores, puesto que equipara el parentesco civil al consanguíneo y así será un hijo biológico con todas los derechos y obligaciones.

Es así que la Adopción adquiere cada vez más significado y relevancia, ya que en la actualidad, la gran preocupación, es garantizar los derechos de los infantes, principalmente el de desarrollarse en un ambiente social y familiar sano que les permita adquirir todas sus potencialidades, por tal circunstancia el derecho del adoptado debe ser preponderante frente al de los adoptantes, lo volvemos a recalcar puesto que es un punto muy importante que debe de perseguir la institución de la adopción.

Por consiguiente, al llevar a cabo el proceso de adopción, ante las instancias judiciales correspondiente, antes se debe evaluar a todos los participantes así como observar los principios que protegen la integridad del menor, como son entre otros, el del interés superior del menor; el de la no-discriminación y el de trato con respeto y sensibilidad de conformidad con el protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a niñas, niños y adolescentes.

Además que es obligación del Estado vigilar y proteger también, otros principios y valores elementales como el derecho a la identidad y a pertenecer a una familia bien definida sin ningún tipo de distinción incluyendo el nombre y apellidos, en las actas de nacimiento del menor que fue adoptado con la figura de adopción simple y lleva los apellidos de los padres biológicos.

En este sentido, el menor que sea adoptado, deberá quedar debidamente integrado a una familia como si se tratara de un hijo biológico.

CAPÍTULO IV. LA REALIDAD DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA ADOPCIÓN, EN EL CONTEXTO ACTUAL

4.1 Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional

Son documentos adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 41/85 el 3 de diciembre de 1986⁷⁷ como lo es “La Declaración de los Derechos del Niño”, que proclamó en su resolución 1386 (XIV) de 20 de noviembre de 1959, en la cual parten de la necesidad de los niños y niñas de crecer en un entorno familiar, siempre que sea posible con sus progenitores y, en cualquier caso, en un ambiente de afecto y de seguridad material y moral.⁷⁸

En ellos se reconocen los problemas que representan la falta de cobertura de tal necesidad, cuando los niños quedan en desamparo por distintas causas, así como la importancia fundamental de tener en cuenta el interés superior del niño en los procedimientos de adopción y colocación en hogares de guarda.

Así mismo, reconoce la ONU (Organización de las Naciones Unidas) la relevancia de instituciones alternativas a la adopción o a la colocación en los hogares de guarda existentes en algunas sociedades, como es el caso de *Kafala* en el derecho islámico.

Una de estas instituciones alternativas es la "*Kafala*" la cual es una medida de protección hacia el menor, esta es una característica de los países de inspiración coránica. Mediante la "*Kafala*" un matrimonio o una mujer llamada *kafil* se hacen cargo de un menor (*makful*), a quien garantiza su mantenimiento y educación, pero sin creación de vínculos de parentesco (vínculo por consanguinidad, afinidad, adopción, matrimonio u otra relación estable de afectividad análoga a esta), algo parecido a un acogimiento.

Ello se debe a que "*El Corán*" (libro sagrado del islam) prohíbe que el "*makful*" se integre en la familia con los mismos apellidos y los mismos derechos

⁷⁷ Consultado en www.oas.org/.../Declaración%20sobre%20los%20Principios%20Sociales. Con fecha 10 de diciembre del 20145

⁷⁸ *Ibíd*em

sucesorios que los hijos naturales, tan sólo admite que el niño acogido se beneficie de los cuidados materiales y de la educación que le proporciona la nueva familia.⁷⁹

Como ejemplo de ello tenemos que en el derecho musulmán clásico (conjunto de reglas jurídicas que trata de todos los problemas de la vida en sociedad) no existe la adopción porque está expresamente prohibida por el Corán (libro sagrado del islam). El origen de esta prohibición parece estar relacionado con la vida del profeta Mahoma que adoptó a un varón que le fue vendido como esclavo. Un día el profeta se enamoró de la mujer de su hijo adoptivo que al saber de los deseos de Mahoma repudio a su esposa, de modo que el profeta pudo contraer matrimonio con ella. Este matrimonio fue considerado por muchos como incestuoso.

La controversia se resolvió cuando Alá se apareció al profeta y le aseguró que no había incesto alguno, pues la adopción debía quedar prohibida, de tal manera que el matrimonio del profeta con la mujer de su hijo adoptivo ya no podía considerarse incestuoso.⁸⁰

Para la colocación en hogares de guarda está debe estar regulada por la ley y debe asegurarse la participación adecuada de todos los implicados, incluida la del niño, así como la presencia de una autoridad competente que supervise su bienestar. En principio, la guarda será como medida temporal, durante la cual no debe descartarse la posibilidad de reintegrar al niño a su propia familia, pero puede prolongarse, en su caso, hasta la edad adulta.

Se considera la adopción como una medida de protección por la cual el niño pasa a formar parte de otra familia, con todos los derechos que ello conlleva, de manera permanente. Antes de declarar la adopción, el Estado debe observar la relación del niño con los futuros padres. Cuando sea posible encontrar una familia adoptiva y el país no pueda procurar un cuidado adecuado, podrá contemplarse la figura de la adopción internacional, tomando para ello una serie de medidas y garantías encaminadas a asegurar el cumplimiento de los derechos del niño.

⁷⁹ Misión Ahmadía del Islam, "El sagrado Corán", Capítulo 33 "ALL-AHZAB" fracción 5 y 6, pag.646.

⁸⁰ Caro, Antonio. (2012). "Kafala y Adopción". de: <http://kafalayadopcion.blogspot.mx/> Consultado el 10 de abril del 2014.

4.2 El interés superior del menor en el procedimiento administrativo para la obtención del certificado de idoneidad en México

Todo un discurso alrededor de esta figura que se habla en casi todos los países pero sabemos que muchas veces no es el interés superior del menor el que predomina en las resoluciones administrativas en México, ya que la conveniencia del adoptado y la aprobación judicial de la adopción es que: *“la adopción se constituye por resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad”*.

Esto nos da a entender que la adopción requiere la aprobación del juez competente, hay que darla por sobreentendida, pues todo su procedimiento judicial, lo regula minuciosamente en los artículos 4.178 a 4.200 del Código Civil del Estado de México, conduce a tal aprobación una vez que el Juez se convence de que resulta beneficiosa para el menor este la otorga.

Debemos aclarar que el Juez no está vinculado por la propuesta de la entidad pública que otorga el certificado de idoneidad, ni por la solicitud de quien pretende adoptar cuando aquélla no sea necesaria; mucho menos por el parecer de quienes son meramente oídos (no obstante, un parecer en contra del menor de doce años, del tutor o, incluso, de los padres, en su caso, debe ser valorado seriamente por el Juez). Parece claro que, proponiendo la entidad varios candidatos no propuestos, aunque idóneos, sea de los excluidos por la entidad.

La resolución judicial que pone término al expediente de adopción, se hará por auto, susceptible de apelación en ambos efectos (art. 1.832, párrafo 4.º), debiendo razonarse por el Juez tanto la aprobación como la denegación de la adopción propuesta o solicitada. La resolución de la apelación pone fin al procedimiento de jurisdicción voluntaria, pudiendo los interesados replantear la cuestión en vía judicial ordinaria.

En México tenemos Antinomias en el procedimiento de adopción que a la postre perjudica el interés superior del menor ya que no es efectiva la búsqueda de una familia para el menor.

En la institución de la adopción es tan importante el certificado de idoneidad en el proceso de adopción en México, el Instituto del Sistema del Desarrollo Integral de la Familia, lleva al pie de la letra sus funciones, y está facultado para otorgar el consentimiento de una adopción y se vale del instrumento de la certificación de idoneidad, debemos entender entonces que cuando exista una negación de No idoneidad o mejor dicho esta dependencia no está consintiendo en la adopción, resulta pues que nos enfrentamos a una Antinomia (Conflicto o contradicción entre dos leyes, principios racionales, ideas o actitudes), por una parte esta exposición de motivos y por otra tenemos la potestad del juez familiar de decidir si es benéfico o no la posible adopción, con la enmienda de buscar siempre el interés superior del menor.

Al respecto, parece ser que la finalidad del Instituto, es no agilizar y economizar los trámites de adopción, evitando que los aspirantes tengan el derecho a adaptar, vulnerando con ello el garantizar la igualdad de los aspirantes a adopción, ya que el respeto del sistema evita la discrecionalidad judicial que hacía que quienes tenían más fácil acceso a los jueces u organismos públicos tutelares de menores les fuera más fácil adoptar. Es decir que parece haber surgido a la luz de los sostenidos reclamos de los pretensos adoptantes, y haber olvidado su prioridad central de proteger el interés superior de los niños.

Con la investigación que se realizó, se comprobó nuestra hipótesis ya que nuestra institución de adopción, tiene muchas dolencias y nuestra legislación muchas antinomias, que se deben de arreglar internamente, empezando con la institución administrativa que regula la idoneidad de la adopción en base a su manual de procedimientos y estudio biopsicosociales para adopción y apoyo a la familia.

También obtuvimos como resultado y productos que se arrojaron en la investigación después del análisis del problema planteado en el capitulado III, es que es necesario desde nuestro ámbito social el convencer a nuestra sociedad que si por un lado es muy tardado el procedimiento es por qué no se busca un menor para una familia, sino que es más importante darle una familia al menor, y por otro lado con la figura del acogimiento familiar que ha implementado él

gobierno del distrito federal es algo muy interesante ya que van a interactuar los menores con las personas para despertar el interés hacia una posible adopción futura y por otra parte es de vital importancia plasmar la figura de la adopción en el interés superior del menor para la búsqueda de la familia deseada y nuestra Constitución sea la encargada de cuidar este derecho fundamental , así como la familia es protegida por ella como el pilar de la sociedad.

“No es la carne y la sangre, sino el corazón, lo que nos hace padres e hijos”

Friedrich von Schiller

4.3 La discriminación en el procedimiento administrativo un círculo vicioso

La discriminación como problema estructural, es Invisible, los prejuicios son un elemento cultural, sin embargo, este no es un fenómeno que sufran de manera exclusiva las minorías. Los más afectados son los grupos más vulnerables: niños y niñas que están esperando una familia que los quiera adoptar. Cuando el “Estado” por medio de su autoridad administrativa que delega funciones para otorgar un certificado de idoneidad para una adopción, discrimina a futuros padres, cuando les afecta con el prejuicio que hace un acto administrativo al negarles el certificado de idoneidad, sabiendo que no hay forma de demostrar de forma fehaciente, si a futuro podrían ser buenos padres para los niños/as que necesitan una familia.

“El prejuicio es hijo de la ignorancia”. William Hazlitt.

Prejuicio: “Es una estrategia perceptiva que dispone a adoptar un comportamiento negativo hacia personas o miembros de un grupo, dándose así una generalización errónea y rígida respecto a los sujetos”.

Consideramos que esta es una forma viable de empezar a hacer algo para crear una cultura de “la No Discriminación”, porque estar sujetos a una sociedad llena de estigmas, implica el tener conceptos diferentes a la igualdad. Esta

situación provoca que los menores que buscan una familia adoptiva y también los futuros padres adoptantes se sientan excluidos.

Sabemos que nuestros niño/as son las futuras generaciones del mañana, por ello debemos preocuparnos en formar a nuevos ciudadanos responsables. Ante la diversidad que se vive en la actualidad, discriminar lleva a actitudes y prácticas de desprecio, rechazo, burla, humillación, lo cual puede generar violencia a través de la intolerancia, estas conductas se manifiestan mediante prejuicios o la “moral” que en muchos de sus sentidos se adopta a lo que uno especula, o en lo que realidad es.

Es por eso que debemos empezar a cambiar los estigmas que pone la sociedad; por ejemplo si eres homosexual, si se pertenece a un grupo no se tiene los mismos derechos por generar desconfianza, por género, por discapacidad, por pertenencia étnica, por edad, religión, por preferencia sexual, migrantes, apariencia física, condición socioeconómica, etc., los prejuicios acompañan fenómenos, personales, interactivos y sociales que son difíciles de erradicar, es así como se tiende a catalogar a las personas sin conocerlas, por su vestimenta, por ejemplo lo que se va llevando a la discriminación.

La influencia que al respecto ha tenido la suscripción de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, particularmente con relación a la reforma producida en el año de 1999 al artículo 4º Constitucional, y en cuanto a la expedición de la Ley para la Protección de los derechos de Niñas, Niños y Adolescentes en abril de 2000, se destaca en el interés de la UNICEF para que los países firmantes realicen las medidas necesarias para atender adecuadamente esta problemática, la cual es llevar a la práctica cotidiana lo estipulado por el “Artículo 4º Párrafo Segundo: “El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia”.

En base a lo anterior, así como en aquellos principios que se desprenden de los tratados internacionales a los que se refiere el artículo 133 constitucional y que por lo tanto tienen también rango constitucional, me permito señalar que la familia, en sus diversas modalidades, es el primer sitio para el desarrollo de todos los seres humanos, en los aspectos afectivo y social, por lo que es también el

primer lugar desde donde se empieza a reconocer y a respetar los derechos de los demás.

Los derechos de la familia son la suma de los derechos de las personas que lo forman. Por tanto, todos los pactos que en ella se hagan, deberán considerar que ninguno de sus miembros sea por ellos discriminado, perjudicado o dañado tanto social como física o psicológicamente. Muy al contrario, cada acuerdo, pacto o norma, deberá buscar el desarrollo integral de cada persona que la componga.

La familia es responsabilidad de todos sus miembros ante el Estado, de este modo, ninguna persona pierde sus derechos por pertenecer a una familia, sino al contrario, tiene más derechos.

Los niño/as son las futuras generaciones, debemos preocuparnos por hacer ciudadanos responsables. Ante la diversidad que se vive en la actualidad, la sociedad es diversa y todos estamos con los aspectos raciales, de género, de edad adulta, de discapacidades, de preferencias sexuales.

La discriminación es un problema estructural invisible, porque al estar sujeto a una sociedad llena de estigmas estamos rodeados de conceptos diferentes a la igualdad, lo cual provoca que algunos grupos se sientan excluidos, los homosexuales por ejemplo.

Un mundo que en el siglo XXI presenta una severa crisis de valores, un mundo cada vez más violento e intolerante, necesita de estas medidas.

Así mismo el prejuicio, las creencias, las representaciones sociales que existen en una sociedad, hacia cierto “tipo” de comunidades o personas, hacen que las personas que pertenecen a estas comunidades o están enmarcadas dentro de estas representaciones sociales, sean prejuzgadas antes de ser conocidos y reconocidos.

Estas concepciones son generalizadas dando lugar al rechazo, convirtiéndose en conductas de discriminación, por ejemplo las creencias populares de pensar que: como es judío entonces es avaro, como es...entonces puede ser ladrón, como tiene deficiencia mental entonces es tonto o (como antes se consideraba) “idiotas”, o mongolitos, etc., estas influyen tanto en el pensar

colectivo, que generan intolerancia, rechazo. En ocasiones la ignorancia o desconocimiento determinan conductas discriminatorias, colocando etiquetas a las personas, con estas clasificaciones injustas y hasta crueles entre otras (como el gordo, el cojo, el negro, etc.) con las cuales las personas son afectadas no siendo valorados por sus virtudes y sus cualidades como ser humano.

Muchas personas que están a nuestro alrededor viven situaciones de discriminación, incidiendo esto en el ejercicio de sus derechos y libertades fundamentales.

En todos los sistemas, deberán respetarse todos los derechos fundamentales que reconoce la Constitución para todo individuo, así como aquellos derechos específicos, que por su condición de personas en desarrollo, se reconocen en la propia carta magna así como en los instrumentos internacionales.

En la imposición de medidas de orientación, protección integral e interés superior del niño, dos de los principios rectores que señala la Convención sobre los Derechos del Niño, y debe ser del interés superior del niño/a.

Sobre el principio del interés superior, parte del reconocer que el menor privado de una familia, se encuentra en una especial situación de vulnerabilidad dada esa falta y por las características propias de ser una persona en desarrollo, por lo que dicho principio implica que las actuaciones llevadas a cabo por las autoridades, tribunales y órganos encargados de aplicar el sistema, deben orientarse hacia lo que resulte al niño/a más conveniente para el pleno desarrollo de su persona y capacidad; lo cual implica un mayor reconocimiento de derechos que a las demás personas, pero sin que esto implique tomar medidas de exageración o fuera del contexto que existe en México.

El sistema Nacional para el desarrollo Integral de la Familia, recoge el principio de máxima intervención cuando el menor ha sido vulnerado en sus derechos humanos, para lo cual tendría que implicar resolver el mayor número posible de asuntos de certificados de idoneidad para allegarlos a una familia por medio de la adopción, pero por los vicios que presenta su proceso administrativo parecería lo contrario, sobre todo cuando se niegue el certificado de idoneidad y

se deba a que los posibles adoptantes no tengan la suficiente economía para que se les otorgue dicho certificado de idoneidad.

En ese contexto, el principio del interés superior del menor implica que la actuación de las instituciones, tribunales y autoridades administrativas encargadas de la Institución de la adopción, deben orientarse hacia lo que resulte más benéfico y conveniente para el pleno desarrollo de su persona y protección de una familia.

Por tanto, la protección al interés superior de los menores supone que en todo lo relativo a éstos, las medidas especiales impliquen mayores derechos que los reconocidos a las demás personas, esto es, habrán de protegerse, con un cuidado especial los derechos de los menores, sin que esto signifique adoptar medidas de protección tutelar.

Además, si bien es cierto que las autoridades encargadas de la Institución de la adopción deben maximizar la esfera de derechos y protección de los menores, también lo es que deben tomar en cuenta sus límites, uno de los cuales lo constituyen los derechos de las demás personas y de la sociedad misma.

El principio del interés superior del menor implica evidentemente, que todas las decisiones que tomen las autoridades que afecten a este grupo, se adopten de manera que estén orientadas hacia lo que les resulte más benéfico; sin embargo, esta definición pudiera ser un tanto peligrosa y vaga pues nos da cuenta de un parámetro objetivo con qué determinar “*lo más conveniente*” o que límites debiera tener la autoridad al hacerlo; sin estos límites, la concepción de interés superior para el menor se vuelve sumamente vaga.

¿No sería mejor darle al niño/a, una familia que lo oriente y que tenga la debida protección y cobijo para su vida futura?

La Corte afirma que “*la protección del interés superior de los menores supone que en todo lo relativo a éstos, las medidas especiales impliquen mayores derechos que los reconocidos a las demás personas*”.

Este punto valdría la pena decir, que no protege al “interés superior” sino al menor a través del interés superior, pero efectivamente esa protección implica un mayor reconocimiento de derechos.

Revisemos que nos dice el Sistema Garantista, al respecto nuestra Carta Magna nos dice en el “*artículo 1º..... todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece*”, esto nos vincula al artículo 4º Constitucional que como primicia mayor tiene “*la protección de la familia y cuidar el interés superior del menor*”, entonces el derecho fundamental que es una garantía constitucional del menor es la de tener una familia para así cumplir su interés superior, que sería la integración a un núcleo familiar.

En la globalización se habla y se plasma en varios documentos internacionales sobre la perspectiva del interés superior del menor.

Atendiendo a la redacción del artículo 4º, párrafo sexto, constitucional, en relación con la Ley para la Protección de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes y con la Convención sobre los Derechos del Niño, advierte el Pleno en Tesis aislada que:

*“El principio del interés superior de la infancia junto con el derecho de prioridad, implican que las políticas, acciones y toma de decisiones del Estado relacionadas con los menores de 18 años deben buscar el beneficio directo del infante y del adolescente a quienes va dirigidas, y que las instituciones de bienestar social, públicas y privadas, los tribunales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos, al actuar en sus respectivos ámbitos, otorguen prioridad a los temas relacionados con dichos menores”.*⁸¹

En la tesis de la jurisprudencia la Primera Sala interpreta a la luz de los mismos ordenamientos (nuevamente con referencia al 4º constitucional) que 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 (CIDH; cuya competencia aceptó el Estado Mexicano al ratificarla el 16 de diciembre de 1998) 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

⁸¹ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XVIII, Marzo de 2013, Tomo 1 de <http://200.38.163.190/docs/jurisprudencia/2003068.pdf>, consultado el 22 de enero de 2015

*considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño. De ahí que para el análisis de la constitucionalidad de una regulación respecto de menores de 18 años, sea prioritario, en un ejercicio de ponderación, el reconocimiento de dichos principios”.*⁸²

El interés superior del niño funciona como piedra de toque de la protección integral del menor. Éste puede ser entendido – o concebido – de diversas formas:

1) paradigma ético
2) principio jurídico, y
3) garantía de responsabilidad en las políticas públicas.

Tabla 44

Como podemos ver, este principio está previsto en los diversos instrumentos internacionales. La razón por la que este principio de reciente creación ha sido implementado obedece a la racionalidad de que los menores, por su condición psíquica y física, son más vulnerables.

Este hecho – como advirtió la Suprema Corte de Justicia de la Nación -, necesita ser asumido por los órganos encargados tanto de la creación de normas, como de la procuración y administración de justicia. A este tipo de circunstancias, se debió la necesidad de crear un sistema integral, en donde el Estado tiene obligaciones que se traducen en velar activamente por los derechos de los menores.

Fue de gran importancia señalar que la protección del interés superior de un menor no es una fórmula vacía o de difícil aplicación pues supone que, en todo lo relativo a menores, las medidas especiales deben implicar mayores derechos que los que se reconocen a las demás personas. Esta es una cuestión compleja, puesto que en la práctica, el énfasis habrá de hacerse, probablemente en el cumplimiento de las obligaciones impuestas a los entes gubernamentales, esto es, que habrán de protegerse con especial cuidado, los derechos de los menores sin que ello implique adoptar protección tutelar.

Como analizamos con anterioridad el círculo vicioso tiene muchas consecuencias ya que la importancia de la discriminación que sufren las personas más vulnerables como son los niños y niñas que son abandonados o que no son

⁸² *Ibidem.*

queridos por sus padres biológicos los cuales, a fin de cuentas los discriminan, y ante esto como el Estado en vez de conseguirles una familia para su protección les pone más piedras en el camino provocando que en consecuencia, los menores sean enviados a orfanatorios donde incluso las mismas personas que pretenden realizar una adopción sufren la discriminación por parte del procedimiento administrativo para verificar si son idóneos para cuidar a los niño/as que a la vez han sufrido el fenómeno de la discriminación desde varias direcciones.

4.4 Propuesta teórica-conceptual de un procedimiento administrativo de adopción

PRIMERA: las variables estudiadas a lo largo de este análisis y confirmadas en algunos casos por los especialistas entrevistados, impactan negativamente los procesos de adopción en el Estado de México, recapitulando el trabajo de investigación, “La incertidumbre que se genera en el procedimiento administrativo para determinar la idoneidad de los adoptantes”, en el cual se aplicó la técnica de investigación de campo, con un estudio descriptivo, de la funcionalidad de este procedimiento administrativo mencionado en México. En el planteamiento del problema en el capítulo anterior, existen muchas contradicciones y lagunas jurídicas; y no existe una universalidad de este procedimiento administrativo por parte de la institución encargada para el otorgamiento del certificado de idoneidad, el Instituto del Desarrollo Integral de la Familia (DIF).

Como antecedente, recordemos, que al margen de la legislación de un país determinado, todos los estados manejan una institución de adopción diferente, la experiencia jurídica enseña que por adopción suele entenderse aquel acto o negocio de derecho privado por virtud del cual entre adoptante o adoptantes y adoptado surgen vínculos jurídicos idénticos, o, al menos, semejantes a los que resultan de la procreación entre padres e hijos por decirlo de una forma más simple.

Del análisis de resultados de la investigación, observamos que el sistema jurídico, pretende contribuir a que la adopción en México, tenga como prioridad principal la formación de una familia como se encuentra plasmado en la fuente

principal nuestro Máximo Código Federal, en el artículo 4º, el que dice: que el Estado protegerá la organización y el desarrollo de la familia, emanando del mismo, el párrafo IX *“En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral”*, así como también el párrafo XI del mismo artículo constitucional. *“El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.”*

La adopción no ha sido contemplada, literalmente, por nuestra Constitución Mexicana porque no está especificada como tal, en ningún artículo, solo se hace mención de la familia, pero de la adopción no hay regulación; debido a ello se ha introducido necesariamente, en el ámbito del derecho familiar y el cual el Estado lo protege por el artículo constitucional anteriormente mencionado, por ende el derecho de adopción es constitucional.

SEGUNDA: los cambios y transformaciones de la Institución de la Adopción en México, la adopción es la institución familiar que más reformas legislativas ha experimentado en el último siglo, totales o parciales ha sufrido esta institución, por lo que no parece inadecuado denunciar cierta versatilidad del legislador debido, quizás, a falta de claridad sobre la razón de ser de la institución, o a un exceso de mimetismo sobre modas e ideas pasajeras, pero no a una absoluta falta de previsión, o una debida adecuación del contexto social por la que atraviesa el país en el momento de los cambios y aplicaciones de esas reformas.

En la constitución mexicana el precepto más vinculante pudiera parecer el *“artículo 4º El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia”*, por lo demás, no parece que la adopción estuviera en la mente del legislador constitucional, por lo cual esta indefinido el artículo mencionado *«organización y desarrollo de la familia»* no se sabe bien qué significado tiene esa *“organización”* en relación a la adopción, mientras que el *“desarrollo”* de la familia está pensada para las ya formadas o sea las que tienen hijos biológicos, se puede referir también al deber de los padres de prestar

asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera de matrimonio ya que los adoptivos no se tienen, sino que se declaran por el juez.

En México, ha habido reformas muy significativas para la Institución de la Adopción, las cuáles derogaron las fracciones IV, V y VII del artículo 4.224, para adicionarlas como fracciones V, VI y VII del artículo 4.223 del Código Civil del Estado de México, los tres casos a considerar fueron:

- Quienes ejerzan la patria potestad y hayan aceptado ante la autoridad judicial la entrega del menor a las instituciones de asistencia pública o privada.
- Los menores se encuentren albergados y abandonados por sus familiares, sin causa justificada por más de dos meses, en las instalaciones de instituciones públicas privadas.
- Así como la exposición que la madre o el padre hiciera de sus hijos; deben quedar como hipótesis de conclusión de la patria potestad por ministerio de ley, y no como una causal de pérdida de la patria potestad de las que requieren resolución judicial.

Lo anterior a fin de dar agilidad a los trámites de adopción, que por su exceso entre ellos, el que se tenga que obtener resolución judicial sobre pérdida de la patria potestad, en los casos en que los propios progenitores no presentan el mínimo interés por sus hijos, o los familiares en quienes recae la posibilidad de ejercer la patria potestad de manera directa o subsidiaria, para que el menor quede en posibilidad de ser adoptado; se convierte, innecesariamente en un obstáculo en los trámites de adopción lo que desalienta a posibles adoptantes. En México tenemos la figura de la preadopción y esto ponía en angustia a los futuros padres que veían un impedimento muy fuerte para aceptar al menor en esas condiciones

La preadopción, que anteriormente de manera muy general vimos, precede del Capítulo V del Manual de Procedimientos de adopción de menores del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, el que refiere que de la convivencia temporal de menores asignados para adopción, y que será el centro asistencial el que programará la presentación del menor con los presuntos

adoptantes, siendo supervisada la misma por personal de las áreas de trabajo social y de psicología, el cual elaborará un reporte y valoración de la misma.

Con base en el resultado de la evaluación, se programarán convivencias del menor con los solicitantes, en un número consistente entre tres y diez visitas, procurando que las mismas se realicen en días consecutivos, dentro de las instalaciones del centro asistencial. Dichas convivencias serán previas al inicio del procedimiento judicial de adopción.

TERCERO: en el ámbito internacional, los esfuerzos por regular la adopción han sido plasmados en diversos instrumentos, jurídicamente vinculantes para el Estado mexicano, a lo cual derivo, la reciente reforma constitucional que reconoce a todas las personas como titulares de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, y que siempre se debe de velar por el interés superior del menor, que está por encima del de los adoptantes.

En ese sentido, es obligación ineludible de las autoridades estatales, adecuar su marco jurídico a las Convenciones y Tratados Internacionales, firmados por el Estado Mexicano en materia de menores, por lo que se hace indispensable en el contexto analizado, que se ajusta a nuestra legislación en materia de adopción, acorde con lo estipulado en la normativa internacional, pues no podía seguir siendo incongruente la primera con la segunda, al quedar colocados los Tratados Internacionales por encima de las leyes locales, de acuerdo con la reforma constitucional sobre derechos humanos , y nuevamente tratando de hacer llegar al menor a una familia, no perdiendo de vista este objetivo.

Cabe mencionar que actualmente la pauta que marcan corrientes doctrinales y sociales en materia de adopción, apuntan directamente a que únicamente sea reconocida la Adopción Plena. En muchos estados de la república mexicana ya ha sido derogada la adopción simple, aun así hay que garantizar ésta, en forma integral, los derechos de los menores, puesto que equipara el parentesco civil al consanguíneo y así será un hijo biológico con todos los derechos y obligaciones.

Enfatizando que la Convención sobre los Derechos del Niño, ha reconocido que existen menores que viven en condiciones extraordinarias de vulnerabilidad y

riesgo, que por ende, requieren de cuidados y atenciones específicas y permanentes, lo que necesariamente obliga al Estado, a propiciar esas condiciones para su desarrollo biopsicosocial, cómo se debería manejar en el sistema de adopción.

Reconocer que el menor, para llegar a su pleno y armonioso desarrollo, debe crecer en el seno de una familia, donde se le brinde felicidad, amor y comprensión como otro miembro de aquella, con este acogimiento se podría analizar si van a compaginar los dos elementos de la adopción (adoptado y adoptante) o si solo se da una comunicación de tutor para su vida futura.

Es así que la Adopción, adquiere cada vez más significado y relevancia, ya que en la actualidad, la gran preocupación, es garantizar los derechos de los infantes, principalmente el de desarrollarse en un ambiente social y familiar sano, que les permita adquirir todas sus potencialidades; por tal circunstancia el derecho del adoptado debe ser preponderante frente al de los adoptantes, siendo lo más importante que debe de perseguir la institución de la adopción.

Por consiguiente, al llevar a cabo el proceso de adopción, ante las instancias judiciales correspondientes, se debe evaluar a todos los participantes, así como observar los principios que protegen la integridad del menor, como son entre otros, el del interés superior del menor; el de la no-discriminación y el de trato con respeto y sensibilidad de conformidad con el protocolo de actuación para quienes imparten justicia en los casos que afecten a niñas, niños y adolescentes.

En este sentido, el menor que sea adoptado, deberá quedar debidamente integrado a una familia como si se tratara de un hijo biológico.

CUARTO: después de analizar la información recabada e investigada, nuestra propuesta es que se actualice y se reforme el procedimiento administrativo que aplica el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF), dado que tiene muchas aristas que se alejan del verdadero interés superior del menor, ya que no lo acercan a una familia, prefiriendo acogerlos en sus centros de protección, vulnerando con este procedimiento las garantías individuales de los gobernados, considerando que se deben fortalecer las variantes de adopción adicionando las que ya están establecidas, ya que el fin es allegar un niño/a a una familia.

La propuesta consiste en que el procedimiento administrativo del sistema, que se aplica para la obtención del certificado de idoneidad, la institución de la adopción sea transparente en su resultado final ya que todo procedimiento administrativo por parte del Estado debe de estar debidamente fundado y motivado y por lo mismo debe de establecer el principio fundamental del interés superior del menor en todos los rechazos del certificado de idoneidad.

Aunado a que todo acto administrativo, viola en perjuicio de los gobernados, los principios de legalidad y seguridad jurídica, establecidos en los artículos 14 y 16 de la Constitución Federal, en relación con el artículo 1.8 del Código Administrativo del estado de México, ya que en efecto, no se reúnen los requisitos de motivación y fundamentación a los que se refieren dichos preceptos legales, ya que dicho certificado de idoneidad en el resultado final, cuando es negativo, en ningún momento se les da a conocer sin fundar y motivar en la forma debida el acto de molestia, ya que no existe adecuación entre los motivos imputados a los presuntos adoptantes y las normas aplicables al caso concreto, aunado a que no se les permite el derecho de defensa.

Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez y la urgencia de armonizar nuestra legislación interna, así como los órganos administrativos que se les ha confiado la funcionalidad de la adopción.

Es urgente que tengan un registro nacional el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia para ver si realmente está siendo funcional el procedimiento administrativo encaminado a la adopción, el ver las causas por lo cual se han negado los certificados de idoneidad y a hacer las modificaciones pertinentes al procedimiento administrativo encaminadas a obtener el interés superior del menor el cual sería el estar con una familia, que le brinde la protección jurídica y sentimental necesaria para su desarrollo en la vida, y aunque el Estado les brinda protección aquellos menores que se encuentran institucionalizados, nunca tendrán el desarrollo integral que les brindaría una familia.

El procedimiento administrativo fue creado para la obtención del certificado de idoneidad el cual es un requisito indispensable para iniciar una adopción, el cual debe de girar el inicio del procedimiento administrativo de toda adopción.

Además que siendo probablemente una de las instituciones familiares más protegidas, y, en consecuencia, más moldeables por el legislador, está basada, sin embargo, en la naturaleza de las cosas, pues responde, en principio, a la idea de dar un hogar a los menores que carecen de ella, mientras que por otro lado se cumple el deseo de paternidad de los matrimonios infértiles, y también en el contexto actual la adopción por parte de adoptantes “gay”, pero no se plasma debidamente en nuestro máximo ordenamiento legal, nuestra constitución, dado que los artículos solo buscan la formación y protección de la familia, de ahí es donde cada Estado de la República Mexicana tiene su propio ordenamiento administrativo de adopción, pero todos como principio único tiene que obtener el certificado de idoneidad.

Este certificado es un excelente medio que tiene el Juez para decidir si la adopción es benéfica para el adoptado. Recordemos que la adopción ha satisfecho, a lo largo de la historia, intereses muy variados y ha pasado por alternativas de esplendor y de ocaso, en su inicio como los romanos, lo que buscaban con esta institución era solamente de dejar antecedentes de su persona y que no se perdiera su abolengo familiar, nunca en beneficio del interés superior del menor.

En México se considera que los niños y niñas que tienen la calidad de expósitos o abandonados ante las instituciones públicas o privadas de asistencia, requieren de la mayor protección de la ley y de brindarles la oportunidad sin mayor dilación, para ser susceptibles de adopción, en algunos Estados sus legisladores han reformado su legislación local, un ejemplo de ello es que se reformo el artículo. 4.185 del Código Civil del Estado de México para que en estos casos no se requiera el consentimiento de quien ejerza la patria potestad para la adopción del menor.

Como resultado de ello, tendrán más posibilidades los menores o incapaces que hayan quedado sin quien ejerza sobre ellos la patria potestad, porque se haya

decretado su pérdida judicialmente y los que teniendo la atribución de ejercerla de manera subsidiaria no lo hagan, para que otros la ejerzan en su lugar y puedan darle un nombre y un hogar al menor o incapacitado que se le está negando por quienes tenían la obligación legal de hacerlo para que puedan ser adoptados, esto era una de las causas que los futuros adoptantes temían que pasaría, que los verdaderos padres biológicos regresaran a exigir su paternidad.

Resulta que mientras las reformas, la institución de la adopción no se afronten directamente, y sufran modificaciones parciales sin una visión global y sistemática de la figura ya que el primer paso, para llegar a cabo la adopción es su procedimiento administrativo para conseguir el certificado de idoneidad

En México el régimen hasta ahora vigente no ha llegado a satisfacer plenamente la función social que debe cumplir esta institución a causa de la existencia de una serie de defectos e insuficiencias administrativas y normativas que la experiencia acumulada con el paso de los años ha puesto de relieve. En tanto, es imprescindible y urgente, que se analice el procedimiento administrativo encaminándolo verdaderamente al acercamiento de la familia idónea para el menor.

QUINTO: La propuesta que se ha generado como parte de esta investigación, en términos de trasladar las responsabilidades de supervisar y garantizar la pulcritud jurídica de los procesos de adopción en nuestro Estado, no pareciera descabellada considerándose todos los argumentos que son susceptibles de esgrimirse para determinar que, efectivamente, los procesos de adopción de menores en el Estado de México, no son ni prontos, ni expeditos. Estos hechos no solos son planteados por quien esto escribe, sino también por varios de los especialistas entrevistados en el capítulo respectivo de esta tesis.

Debemos tener presente que en los procesos de adopción deben tenerse siempre los intereses del menor como la prioridad para las decisiones de todas las personas, instancias públicas y privadas, Juzgados de lo Familiar, relacionadas con estos procesos, en aras de que el menor o los menores, encuentre de la manera más pronta y expedita posible su ubicación en una familia. Ya se mencionó por algunos de los entrevistados que los niños mayores a cierto rango

de edad enfrentan mayores dificultades que los más pequeños o recién nacidos, para ser tomados en adopción, situación indeseable, ya que el menor perderá la oportunidad de, para bien o para mal, vivir en un entorno familiar que es una experiencia que todos los seres humanos merecemos.

Si se considerara que la propuesta planteada es digna de estudio, sería conveniente adoptar sus lineamientos generales para modificar la legislación señalada en el último apartado de este documento y se absorberían las responsabilidades de los Jueces de lo Familiar y el Sistema del Desarrollo Integral de la Familia, en materia de adopción de menores en nuestro Estado o si, la propuesta no tuviera mayor trascendencia que la necesaria para cumplir como un trámite indispensable para la obtención del certificado de idoneidad y los Jueces de lo Familiar continuaran supervisando estos procesos, a pesar de todo lo malo que se pueda señalar en su contra, la prioridad sigue siendo la misma: buscar la estabilidad emocional, afectiva y económica del menor, antes que nada.

Los principios fundamentales que se proponen seguir dentro del proceso administrativo son:

Tabla 45

a) Configurar el certificado de idoneidad como un instrumento para una integración familiar, de donde deriva la mayor amplitud para que el juez determine si es viable la adopción o no
b) La primacía del interés y necesidades del menor sobre los de las personas solicitantes de adopción
c) La objetividad y transparencia de los procesos de valoración psicosocial de los solicitantes de adopción nacional e internacional
d) La exclusión de márgenes de discrecionalidad en el proceso de selección de adoptantes
e) La promoción de las condiciones necesarias para agilizar los procedimientos administrativos, siempre en interés del menor

Sobre esto cabe decir lo siguiente:

El procedimiento administrativo en el Estado de México, no especifica en ningún lugar cuáles son las necesidades, ni el interés del menor. Utilizado de esta manera, el interés del menor queda como fórmula vacía y retórica lo cual, dado el asunto del que trata, es una gran desconsideración.

No existe transparencia en el proceso de valoración; sirva como ejemplo el que los criterios de idoneidad y no idoneidad no son públicos. No hay tampoco objetividad pues los criterios que utilizan no son medibles con lo que los informes

se convierten en una serie de juicios de valor normalmente mal argumentados y basados en "*percepciones*".

Hay discrecionalidad debido a su metodología: la idoneidad de los solicitantes depende de su pertenencia o no a un perfil de riesgo. Al ser perfiles insuficientemente definidos es la percepción de la evaluadora a la hora de adjudicar un perfil determinado la que decide, evidentemente, a su discreción.

No pocas veces las decisiones suelen ser "*justificadas*" con el recurso del "criterio de conciencia" o la consabida "*discrecionalidad*". Ésta, sin embargo, no es una caja de Pandora; no hace a una evaluadora todopoderosa, ni la dota de una capacidad para convertir a lo blanco en negro, y a lo cuadrado en redondo.

Lamentablemente, su concepción y uso han venido pervirtiéndose al paso de resoluciones absurdas que fungen de "razonables".

Según el Diccionario de la Lengua Española, la palabra "*discrecionalidad*"⁸³ alude a la calidad de discrecional, o sea, a aquello que se hace libre y prudencialmente. "*La prudencia*"⁸⁴ consiste, a su vez, en distinguir lo que es bueno de lo que es malo, para seguirlo o para huir de ello; implica moderación, discernimiento, buen juicio. La discrecionalidad supone moverse en el terreno de lo razonable y es opuesta a la arbitrariedad, es decir, a un proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, en este aspecto, es dictado solo por la voluntad o el capricho.⁸⁵ Al respecto, la Justicia, a través de la jurisprudencia, afirma: Tabla 46

El interés del menor es ver paliada su situación de desamparo, la posibilidad racional de éxito en una adopción, ante la falta de pruebas fehacientes en contra, justifica la idoneidad
Las resoluciones administrativas han de estar debidamente fundadas y motivadas, esto significa que se han de probar racionalmente las afirmaciones que sustenten una decisión, la manera habitual es a través de hechos comprobables
Sin embargo, los informes psicosociales actuales son, incomprensiblemente, opiniones sobre comentarios de los solicitantes lo que imposibilita resoluciones motivadas y provoca, desde el punto de vista jurídico, indefensión

⁸³ Real Academia Española, "*Diccionario de la lengua española*", T. I, Madrid, Espasa Calpe, 21^a Edi., 1992, p. 759.

⁸⁴ Real Academia Española, "*Diccionario de la lengua española*", T. II, p. 1685

⁸⁵ Real Academia Española, "*Diccionario de la lengua española*", T.I, p. 180. Véase también: Arcos Ramírez, Federico, "*La seguridad jurídica. Una teoría formal*", Madrid, Dykinson, 2000, pp 179-200

Ahora la tutela del niño abandonado o desamparado corresponde de derecho a una entidad pública, quien podrá encargarse de su guarda o entregarlo en acogimiento a personas físicas que pueden ser candidatas a una futura adopción; además, el acogimiento puede ser solicitado por los propios padres o acordado por el juez, si aquí en México damos a conocer por medio de difusión televisiva, radio y ocupamos toda la tecnología de las redes sociales para hacer saber que existe esta figura del acogimiento familiar muchos menores tendría la oportunidad de acercarse a una familia para una futura adopción, algo semejante se aplica en España y lo vemos como de relevancia simbólica que nos arrojo la investigación que hicimos con el derecho comparado en el tercer capítulo entre México y España.

En México en nuestro Código Civil Federal en su capitulo V De la adopción sección primera, disposiciones generales a partir del artículo 390 hasta el artículo 410 F nos hace mención de la figura de la adopción.

Es evidente el protagonismo de la Administración en este supuesto, que se extiende a comprobar la situación de desamparo del menor, y a actuar en consecuencia. Los derechos de padres y tutores se salvaguardan a través de la notificación en forma legal que debe dirigirlas la entidad pública, así como, *“siempre que sea posible, en el momento de la notificación se les informará de forma presencial y de modo claro y comprensible, de las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y de los posibles efectos de la decisión adoptada”*.

En el país, la Institución del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF) a nivel nacional que es la facultada para llevar a cabo la protección de los menores en desamparo y está a su vez delega funciones a sistemas municipales de desarrollo integral de la familia.

La problemática que tenemos con nuestro procedimiento administrativo que se aplica cuando se solicita el certificado de idoneidad para iniciar el proceso de adopción, aquí es donde podemos hacer un comparativo de las soluciones que ellos le han dado y ver si se puede aplicar en nuestro país.

En México tenemos la figura del Ministerio Público que es el encargado de vigilar los intereses del menor y la persona encargada de darle un seguimiento a la adopción es el procurador de los DIF nacionales y municipales, dependiendo de qué adopción se haya dado ya que en cada Estado de la República Mexicana se tiene una normatividad propia sobre la adopción y nos referimos que existen todavía la adopción simple y la plena.

La pérdida de la patria potestad solo la puede decretar un juez civil de lo familiar siempre y cuando esté debidamente fundado y motivado, como lo exige nuestra carta magna.

En México el acogimiento es una situación jurídica en que pueden hallarse los menores de edad, y puede originarse por decisión de la entidad pública, por solicitud de las personas que tiene potestad sobre el menor, o por decisión del Juez en los casos en que legalmente proceda.

El Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia es el encargado de acoger a los menores cuando los padres se encuentran en problemas de adicciones, legales o que estén desaparecidos los padres, inclusive cuando sufren violencia familiar los acoge y cuando se arregle la situación, previa supervisión los entregan a sus padres.

En nuestro país existen lugares particulares a los que se les denomina alberges donde se acogen estos niños con el supuesto consentimiento de los padres o tutores, y no existe un debido registro de estos lugares que en principio tratan hacer una labor altruista pero como no existe un debido control y vigilancia los acogidos pueden ser víctimas de atropellos, como hemos mencionado en las notas periodistas presentadas en el capítulo III.

Por un lado aquí es donde no funciona nuestro sistema de procedimiento de adopción, porque no está debidamente regulado por nuestra legislación y no hay un debido seguimiento para estos centros de albergue particulares que inclusive como lo anuncio en mi investigación, no existe un Registro Nacional de Adopciones en México y esto repercute en la vigilancia que debe de existir hacia los menores que son entregados o que son acogidos por los alberges.

La solución que se presenta en esta propuesta es algo muy significativa, ya que aquí en México no se puede hacer nada si no existe el certificado de idoneidad la cual es un consentimiento por parte de la autoridad administrativa; es decir que podríamos aplicar esa solución en México, ya que la familia que se le ha negado ese certificado podría estar a prueba y convivir con el menor para comprobar si realmente son capaces o no de cuidar a un menor, evitando así las antinomias en nuestra legislación.

I

Como la declaración de desamparo y asunción de la tutela ex lege, sólo producen la suspensión y no la privación de la patria potestad, cabe deducir que será necesario, por regla general, el consentimiento de dichos padres, salvo para el acogimiento familiar provisional que acuerde la entidad pública, hasta que el Juez resuelva.

La adopción es un negocio jurídico de derecho de familia que se realiza entre el adoptante o adoptantes y el adoptado mayor de doce años, precisándose resolución judicial que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptado y que tendrá la forma de auto dictado en procedimiento de jurisdicción voluntaria.

CONCLUSIONES

DE LOS RESULTADOS Y PRODUCTOS QUE ARROJO LA INVESTIGACIÓN

PRIMERA: La adopción es la mayor forma de protección de un menor ya que tener una familia es uno de los derechos básicos de cualquier niño o niña al ser el mejor lugar para que viva, crezca y aprenda a vivir. En demasiadas ocasiones la familia biológica de un niño o niña no existe, no funciona como tal o es perjudicial para la niña o el niño. Para que un niño o una niña que no la tiene y pueda llegar a tener una familia les hace falta una o dos personas (madre/padre) que quieran recibirlo y asumirlo como a su hijo o hija, con todas las consecuencias. Como si lo hubieran concebido, gestado y parido.

SEGUNDO: El proceso administrativo que se sigue para poder adoptar es similar a un embarazo (hablando metafóricamente), con mayor o menor sufrimiento y carga burocrática según las instituciones que lo gestionen y deban aprobarlo.

Todas y todos los candidatos a ser adoptantes, a recibir a un niño o niña en su familia como si fuera un hijo biológico, han tenido que ser valorados por un equipo psicosocial. Consideramos necesaria esta valoración en la que, después de ser informados convenientemente, se les explore para cerciorarse de que no tienen trastornos psicológicos, que conocen la realidad de la adopción y las características de los niños que pueden ser adoptados, así como el que tengan una aceptable situación económica y una red social adecuada, así como unas habilidades educadoras que le permitirán acoger, como se debe, a un hijo o hija.

Es por esto último por lo que para poder iniciar el proceso adoptivo, los padres deben haber sido declarados idóneos por la Administración correspondiente (El Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia). Para poder valorar las capacidades de los pretendidos adoptantes deben basarse en la información de los técnicos que han tenido que redactar unos informes tras entrevistar a los candidatos y candidatas a adoptantes.

TERCERO: El fenómeno socio jurídico observado fue descubierto mediante la experiencia laboral en materia de adopciones y presentaciones de asuntos

relacionados con la negación del certificado de idoneidad; dándonos como resultado la comprobación de la hipótesis propuesta ya que la incongruencia que se tiene en la institución de la adopción en su procedimiento administrativo el cual aplica el órgano que está facultado para determinar si las personas son aptas o no para ser padres, las repercusiones que se dan a largo y corto plazo, por un lado a los adoptantes la incertidumbre que les genera el no saber por qué han sido rechazados para la obtención del certificado de idoneidad y por otra a los menores que siguen esperando una familia adoptiva.

CUARTO: En base al análisis de las causas y fines del procedimiento administrativo que ocupa el Sistema Estatal y municipal del Desarrollo Integral de la Familia (DIF) para otorgar el consentimiento para una adopción por medio del certificado de idoneidad se llega a la conclusión que no se aplica el verdadero interés superior del menor ya que no se concluye la meta, la cual es, pertenecer a una familia.

Además que el interés del menor está demasiadas veces mediatizado por creencias, valores y contravalores de los evaluadores que mediatizan su percepción profesional. La inseguridad administrativa, que llega a resultar injusta y arbitraria en algunos casos, puede ser superada acudiendo a los tribunales, tras solicitar una segunda valoración psicosocial, y ser declarados como idóneos.

QUINTO: Un producto que nos encontramos en la investigación es que muchas de estas personas se las maltrata institucionalmente, independientemente de que, finalmente, se les permita adoptar a un/a hijo/a. La necesaria valoración, que hay que hacer para asegurar los mejores padres para cada niño/a, llega a convertirse en varios casos en una agresión a su intimidad, honor y hasta integridad moral, sin que puedan comparar los informes aportados al expediente de idoneidad por los profesionales psicosociales con unos criterios válidos contrastados o unos perfiles de riesgo claros y transparentes.

Si la adopción es la mayor protección social para un menor que se encuentra tutelado por las instituciones públicas por no tener una familia que se ocupe de él, las personas que quieren adoptar deberán ser tratadas con el mayor

tacto y amabilidad institucional, ya que estas van a ser colaboradores necesarios en un proceso que deberá concluir sea cual sea el resultado de la adopción.

SEXTO: En esta investigación se tiene como referente principal la teoría de Luigi Ferrajoli en sus preceptos de los Derechos Fundamentales de las personas y llegamos a la conclusión que nos refiere que por un lado los derechos de los adoptantes aunque están plasmados en nuestra constitución. La institución de la adopción de manera formal no existe en nuestra carta magna sino que se habla de la familia de manera general, y nos menciona este autor que para que realmente tengamos la garantía de que el Estado nos tiene que dar ese derecho tiene que plasmarse en nuestra constitución.

SEPTIMO: También haciendo referencia al garantismo de Luigi Ferrajoli esta investigación nos arroja que se vulnera el derecho de audiencia al no ser escuchados los futuros padres que han sido rechazados por un procedimiento administrativo que les dice que no son eficientes para ser padres de un menor, también se viola el principio de derecho de petición al no recibir respuesta por parte de la autoridad administrativa cuando se le solicita la debida motivación y fundamentación de su acto administrativo del rechazo de certificado de idoneidad, solo se pronuncia esta autoridad de manera verbal y se manda a los afectados a tomar cursos de talleres para padres adoptantes, mas no explica el motivo, existe una violación de la garantías de los gobernados como se comprobó con la acreditación de la hipótesis presentada.

OCTAVO: Un producto interesante de la presente investigación nos arrojó es que en México no existe una legislación general para todos los Estados de la Republica en materia de adopción y cada uno tiene su normatividad para el procedimiento de ella.

NOVENO: Otro producto obtenido, como ya lo mencionamos, de nuestra investigación delimitada hacia el Edo. de Méx., y ya que es uno de los estados mexicanos con mayor índice de población y por cada municipio cuenta con un sistema municipal para el desarrollo integral de la familia debería de existir mayor índice de adopciones favorables pero en base a las misma estadísticas del DIF Nacional nos dice que ocupa el segundo lugar en adopciones concluidas.

DECIMO: EN base a nuestra propuesta teórica-conceptual se planteó la solución a la problemática por medio de una búsqueda de mecanismos y recursos que puede recurrir el afectado y analizar si en realidad con este certificado de idoneidad si se realiza la aplicación del interés superior del menor el cual es relevante recordarle de una manera general a nuestras autoridades administrativas, civiles y a nuestra sociedad que se den cuenta y no se pierda el fin o la meta de la adopción la cual es la formación de una familia y no la de buscar más aglutinamiento de niños en las casa hogares o de acogimiento que ocupa el Estado.

DECIMO PRIMERO: Como conclusiones importantes hemos encontrado que la vía administrativa tiene como función auxiliar a la Justicia en la resolución de los casos de adopción en general y de adopción internacional en particular, siguiendo los principios de interés superior del menor, sin embargo, es el procedimiento judicial el responsable último de velar por los derechos del menor a adoptar, así como de los padres adoptantes en el caso de que un deficiente funcionamiento de la fase administrativa les niegue el certificado de idoneidad.

DECIMO SEGUNDA: En este caso, cabe recurrir cuando exista la resolución administrativa negativa y plantear la correspondiente demanda ante el juzgado civil de manera que sea el Juez el que resuelva pues no se encuentra vinculado por la resolución administrativa, de ahí aparecen las antinomias en base al artículo 4.186 del Código Civil del Estado de México; el cual expresa que cuando el acogedor no consienta la idoneidad de los adoptantes el juez se puede auxiliar de los peritos especializados en la materia para saber si el dictamen fue preciso y justo, hacemos referencia a la Tesis Aislada que se presentó en las propuesta quinta.⁸⁶

DECIMO TERCERA: Como una opinión meramente personal del autor de esta tesis es que en relación con la administración encargada de buscar la idoneidad en una adopción, debe encontrar unos padres para proteger a menores que no tienen una familia, y no abandonar a quienes se han ofrecido para ser su padre o madre tras hacerles pasar algunos de los momentos más duros y

⁸⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *op. cit.*, nota 82.

amargos de su vida, después de una decisión que pensaban que era buena y aceptada socialmente: ofrecerse para adoptar a menores sin familia.

Con esto no queremos ni sugerir que no deba hacerse una valoración de los futuros adoptantes para determinar si son o no idóneos. Al contrario, debe dárseles una buena información y hacerse la más correcta y ajustada valoración, pero con unos criterios profesionales claros y que no den opción a la duda y lo más importante deben de apegarse al contexto actual de una familia mexicana.

Lo que es más importante, al explicar a los candidatos a la idoneidad el porqué de la decisión negativa con toda la delicadeza y tacto posible, apoyándolos en unos momentos difíciles en los que no deben sentirse maltratados ni rechazados sino, simplemente, valorados en relación a su posibilidad de adoptar a un menor. Una pretensión que, aunque no pueda satisfacerse por unas razones justas, que se les deben exponer claramente, debe seguir siendo valorada positivamente como uno de los mayores servicios a los niños del mundo que tienen derecho a vivir en una familia, la meta única de la institución de la adopción.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRUCH LINDER, Miguel, *Metodología de las Ciencias Sociales*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Escuela Nacional de Estudios Profesionales Acatlán, 1983.
- ALEGRE, Marcelo, *Igualdad, derecho y política*. México, Fontamara, 2010.
- ALEXI, Robert, *Derechos sociales y ponderación*, México, fontamara, 2013.
- ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Práctica Forense Civil y Familiar*. México, Porrúa.1999.
- ASCENSIO SÁNCHEZ, Miguel Ángel, *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*, Madrid, Tecnos, 2006.
- BARRERA GRANICA, Sara, *Venida de la lluvia. Historia de una adopción internacional*, Parenting, 2005.
- BAQUEIRO ROJAS, Edgard, BUENROSTRO Báez, Rosalía, *Derecho de Familia y Sucesiones*, México, Harla, 1990
- BOSH GARCÍA, Carlos, *La técnica de investigación documental*, México, trillas, 1991
- BURGOA TOLEDO, Carlos Alberto, *Los agravios para la defensa jurídica*, México, Thomson Reuters, 2013
- CARO, Antonio. (2012). “Kafala y Adopción”. Consultado el 10 de abril del 2014, de: <http://kafalayadopcion.blogspot.mx/>
- CASTELLANOS, Biella, recuperado el 11 de abril del 2014, de: <http://www.monografias.com/trabajos28/derecho-civi-protector-familia/derecho-civi-protector-familia.shtml#ixzz2vfp1pUE0>
- CORNEJO CALVA, Juan. “Motivación como argumentación jurídica especial”. Consultado el 10 de abril del 2014, de: <http://www.monografias.com/trabajos78/motivacion-argumentacion-juridica-especial/motivacion-argumentacion-juridica-especial.shtml>
- Convención sobre los Derechos del Niño. Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. (1989). Consultado el 10 de abril del 2014, de: <http://www.margen.org/ninos/derech8c.html>
- CORCUERA CABEZUT, Santiago, *Derecho constitucional y derecho internacional de los derechos humanos*, México, Oxford, 2012
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo, 108
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2002). *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02
- FERRAJOLI, Luigi. “Sobre los Derechos Fundamentales”. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. No. 15. *Biblioteca Jurídica Virtual*. UNAM. Recuperado el 29 de abril del 2014, de: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/15/ard/ard5.htm>
- FERRAJOLI, Luigi, *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001
- FRANK, Jerome, *Derecho e incertidumbre*, México, Fontamara, 2012

- FIX-FIERRO, Héctor, *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011
- Gaceta Municipal expedida por el Gobierno del Estado de México, en la reserva No. 03 Órgano Oficial de Información del Gobierno Municipal de Ecatepec de Morelos, Estado de México, de fecha 5 de febrero del 2013. Consultado el 10 de abril del 2014, de: <http://www.ecatepec.gob.mx/Bando%20Municipal%20ok.pdf>
- GARCÍA GARCÍA, Guadalupe Leticia, *¿Quieres hacer tú tesis?* Buenos Aires, Argentina, Deauno.com, 2010
- GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge Alberto, *La construcción del Derecho, Métodos y técnicas de investigación*, México, UNAM, 2007
- GONZALEZ MARTÍN, Nuria, *Adopción Internacional*, México, Porrúa, 2010
- KELSEN, Hans, *Teoría general de las normas*, trillas, 2010
- LANDA, César, "Teorías de los Derechos Fundamentales" en Revista Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, Número 6 Enero-Junio, IIJ-UNAM, 2002
- LOIZAGA LATORRE, Félix, *Adopción hoy: nuevos desafíos, nuevas estrategias*, España, Mensajero, 2010
- MONTERO DUHALT, Sara, *Derecho de Familia*, México, Porrúa, 1990
- NASH ROJAS, Claudio, "La concepción de derechos fundamentales." En *Latinoamérica: tendencias jurisprudenciales*, México, Fontamara, 2010
- SAUDÍ. G. "DIFusores infantiles: trabajadores sin derechos". Consultado el 2 de abril del 2014, de: http://www.derechosinfancia.org.mx/Temas/temas_reflexiones2.htm
- PÉREZ DUARTE, Alicia, *Derecho de Familia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid: Tecnos, 2005
- RICO ÁLVAREZ, Fausto, *Derecho de familia*, México, Porrúa, 2011
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil*, México, Porrúa, 1998
- SÁINZ-CANTERRO CAPARRÓS, María Belén, *Políticas jurídicas para el menor*, Granada, Comares, 2010.
- ZERMEÑO, Ana, "La familia en la génesis del siglo XXI", No.45 www.cem.itesm.mx/dacs/publicaciones