

VOTO CONCURRENTENTE QUE FORMULA EL MINISTRO ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA, RELATIVO A LA SENTENCIA RECAÍDA A LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 17/2011.

En sesión de cinco de febrero de dos mil trece, las señoras y señores Ministros integrantes de esta Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvimos la **acción de inconstitucionalidad 17/2011**, promovida por la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, mediante los cuales se analizó la validez de diversos artículos relativos al régimen de adopción previsto en el Distrito Federal.

Al respecto, los integrantes del Tribunal Pleno determinamos: (i) sobreseer la acción respecto al artículo 402 del Código Civil para el Distrito Federal; (ii) reconocer la validez de los artículos 393, fracción I, inciso b), y 400 del Código Civil para el Distrito Federal; 430 y 923, fracción II, del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal; y 3, fracción XIII, y 27, fracciones VIII y XI, de la Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal, publicados en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el quince de junio de dos mil once.

Quiero señalar en primer término, que comparto el sentido del proyecto, así como las consideraciones que sustentan el sobreseimiento del artículo 402 del Código Civil ya citado, así como las consideraciones en las cuales se basa la declaratoria de validez de los artículos 400 del Código Civil para el Distrito Federal, 430 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, y 3, fracción XIII, y 27,

fracciones VIII y XI, de la Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal.

Sin embargo, estimo que el estudio de fondo de la acción de inconstitucionalidad debía partir de un análisis de la adopción, desamparo y tutela del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia en el Distrito Federal y, por otra parte, considero que el estudio de la validez de los artículos 393, fracción I, inciso b), del Código Civil para el Distrito Federal, y 923, fracción II, del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, debió seguir una línea argumentativa diversa a la contenida en la sentencia. Dichos aspectos se desarrollan a continuación:

Marco legal y teórico de la adopción, desamparo y la tutela del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia en el Distrito Federal.

En primer lugar, debe señalarse que dentro del Derecho de Familia, la institución jurídica de la adopción siempre ha tenido un carácter singular. Sus numerosos avatares legislativos han venido precedidos de importantes cambios sociales y culturales en la concepción de las relaciones familiares.

Inicialmente se entendía que la adopción era una institución cuya importancia se limitaba a satisfacer los intereses de los matrimonios sin hijos. En la actualidad se ha producido un giro esencial y **la adopción es considerada un derecho del menor a través del cual se debe procurar en todo momento garantizar la protección de sus intereses.** Por lo

mismo, hoy en día es indiscutible que el interés del menor es el punto de partida y el eje central de la adopción.

El Derecho positivo no puede precisar con exactitud los límites del interés superior del menor para cada supuesto de hecho planteado, sin embargo, la Primera Sala de esta Suprema Corte ha señalado en los amparos directos en revisión 348/2012 y 2554/2012, como criterios relevantes para la determinación en concreto del interés del menor, en los casos de adopción, y en general en todos aquellos en que esté de por medio la situación familiar de un menor, los siguientes: **a)** se debe proveer, por el medio más idóneo, a las necesidades materiales básicas o vitales del menor, y a las de tipo espiritual, afectivas y educacionales; **b)** se deberá atender a los deseos, sentimientos y opiniones del menor, siempre que sean compatibles con lo anterior e interpretados de acuerdo con su personal madurez o discernimiento; y **c)** se debe mantener, si es posible, el *statu quo* material y espiritual del menor y atender a la incidencia que toda alteración del mismo pueda tener en su personalidad y para su futuro.

Como lo señaló la Primera Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el amparo directo en revisión 348/2012, **la adopción ha dejado de ser un acto privado para convertirse principalmente en un procedimiento judicial**, donde la protección del interés del menor es el eje principal de la regulación.

Se estima que la reforma legal que se estudia en la presente acción de inconstitucionalidad se enmarca dentro de esta tendencia.

Así, el artículo 390 del Código Civil para el Distrito Federal define a la adopción como un acto jurídico por el cual el Juez de lo Familiar constituye de una manera irrevocable una relación de filiación entre el adoptante y el adoptado, al mismo tiempo que establece un parentesco consanguíneo entre el adoptado y la familia del adoptante y entre éste y los descendientes del adoptado. Asimismo, en dicho artículo se especifica que la adopción **es un derecho del menor, de naturaleza restitutiva, que le garantiza vivir, crecer y desarrollarse de manera íntegra, en el seno de una familia.**

Incluso, según se desprende de la exposición de motivos de la reforma legal sobre la cual versa la presente acción de inconstitucionalidad, mediante la misma se pretendían eliminar los obstáculos administrativos y judiciales que desfavorecen el afianzamiento precisamente de la cultura de la adopción antes referida.

Ahora bien, el Código Civil establece en su artículo 393 quiénes podrán ser adoptados, señalando en su fracción I, la posibilidad de que lo sean el niño o niña menores de 18 años, que se encuentren dentro de alguna de las siguientes hipótesis:

- a) Que carezcan de persona que ejerza sobre ellos la patria potestad;

b) Declarados judicialmente en situación de desamparo o bajo la tutela del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal.

c) A cuyos padres o abuelos se les hayan sentenciado a la pérdida de la patria potestad; y

d) Cuyos padres o tutor o quienes ejerzan la patria potestad otorguen su consentimiento.

Ahora bien, ateniendo al marco normativo en el Distrito Federal relativo a la adopción, para que se constituya la adopción, el artículo 398 del Código Civil señala que **deberán manifestar su consentimiento**, en sus respectivos casos:

I. Quienes ejerzan la patria potestad sobre el menor que se pretende adoptar;

II. El tutor del que se va a adoptar;

III. El Ministerio Público del lugar del domicilio del adoptado, cuando éste no tenga padres conocidos ni tutor; y

IV. El menor si tiene más de doce años.

Tratándose de los casos señalados en las fracciones I y IV, el consentimiento deberá otorgarse invariablemente de forma

libre e informada sobre todas las consecuencias jurídicas y psicosociales que implica la adopción, para lo cual, el juez contará con amplias facultades para comprobar que el consentimiento fue otorgado en las condiciones señaladas, por lo que el juez deberá solicitar la comparecencia personal del otorgante para que exponga las razones por las cuales concede su consentimiento (artículo 399 del propio Código Civil).

La primera fracción antes indicada, esto es, la que indica que **quienes ejerzan la patria potestad del menor que se pretende adoptar deberán manifestar su consentimiento**, para iniciar el trámite respectivo, resulta de suma relevancia para la presente acción de inconstitucionalidad.

Respecto a la patria potestad, cabe señalarse que existen situaciones trágicas en las que los menores se ven privados de la necesaria asistencia material o moral, a causa de una imposibilidad fáctica, del incumplimiento o inapropiado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la patria potestad, tutela o custodia de los menores. Estas situaciones constituyen una **situación de desamparo**¹ en detrimento de los menores que no puede permanecer desatendida.

¹ El artículo 492 del Código Civil para el Distrito Federal dispone lo siguiente: "La ley coloca a los menores en situación de desamparo bajo la tutela de la institución autorizada que los haya acogido, quien tendrá las obligaciones, facultades y restricciones previstas para los demás tutores.

Se entiende por expósito, al menor que es colocado en una situación de desamparo por quienes conforme a la ley estén obligados a su custodia, protección y cuidado y no pueda determinarse su origen. Cuando la situación de desamparo se refiera a un menor cuyo origen se conoce, se considerará abandonado.

Se considera como situación de desamparo, la que se produce de un hecho a causa de la imposibilidad, del incumplimiento o inapropiado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la patria potestad, tutela o

Ahora bien, de lo anterior se colige que la protección de los menores en situación de desamparo se constituye en una prioridad para el Estado mexicano, pues el desamparo material de un menor significa que éste se encuentra desprovisto de otro sujeto que, con capacidad jurídica plena, haga valer sus derechos y lo auxilie con sus necesidades básicas.

Dentro del desamparo, la legislación comprende tanto al **expósito** como al **abandonado**, en los siguientes términos:

- a) El **expósito** es el menor que es colocado en una situación de desamparo por quienes conforme a la ley estén obligados a su custodia, protección y cuidado y del que no puede determinarse su origen.
- b) El **abandonado** es un menor colocado en situación de desamparo cuyo origen se conoce.

Así pues, tenemos que el desamparo de un menor, ya sea por causas de fuerza mayor o por negligencia de quienes tienen la obligación de cuidado, es una situación inadmisibles de acuerdo con nuestro sistema jurídico. Tan es así que el abandono es considerado como violencia psicoemocional por

custodia de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia material o moral; ya sea en carácter de expósitos o abandonados. El acogimiento tiene por objeto la protección inmediata del menor, si éste tiene bienes, el juez decidirá sobre la administración de los mismos. En todos los casos, quien haya acogido a un menor, deberá dar aviso al Ministerio Público Especializado dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, quien después de realizar las diligencias necesarias, en su caso, lo pondrá de inmediato bajo el cuidado y atención del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal”.

el Código Penal para el Distrito Federal, la cual es una forma de actualización del delito de violencia familiar².

Nadie puede negar que el desamparo es un problema que aqueja a nuestro país. Miles de menores, por las causas que sean, son abandonados a su suerte. Para solucionar este problema cotidiano de desamparo que sufren miles de menores en nuestro país, es que en nuestra legislación, en específico en la legislación del Distrito Federal, se emplean dos figuras: la **adopción** y la **tutela**.

Por regla general, la adopción constituida imposibilitaría la coexistencia con la tutela, pues en ese caso, el adoptado entraría bajo la patria potestad del adoptante, por lo que en estricto sentido no tendría razón de ser la existencia de un tutor. Al respecto el artículo 449 del Código Civil para el Distrito Federal establece que el objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que **no estando sujetos a patria potestad** tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismos. Consecuentemente, si un menor se encuentra sujeto a la patria potestad de sus ascendientes, no podría ser sujeto de tutela. En cualquiera de los dos casos, es decir, cuando existe quien ejerza la patria potestad o la tutela, no se podría hablar de un menor en situación de desamparo.

Sin embargo, existen situaciones límite, en las que un menor desamparado no es adoptado, acogido o que no se encuentra sujeto a tutela y que su situación de desamparo no

² Al respecto véanse los **artículos 200 y siguientes del Código Penal para el Distrito Federal** en los cuales se regula el abandono como una especie del delito de violencia familiar.

encuentra solución. En estos casos, el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal, como un órgano del Estado mexicano, ejerce la tutela del menor desamparado. Este tipo de tutela no es una tutela ordinaria, más bien se trata de **una tutela de última instancia**, en la que a falta de quien se haga cargo del menor, dicha institución desempeña su papel de garante de los derechos fundamentales del menor desamparado.

En esta tesis, se trata de una tutela extraordinaria, pues como se desprende del artículo 494-C del Código Civil para el Distrito Federal, la asunción de la tutela atribuida al Gobierno del Distrito Federal, lleva consigo la suspensión provisional de la patria potestad y la **tutela ordinaria**. Asimismo, se trata de una **tutela provisional**, pues el mismo artículo citado en el presente párrafo señala que el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal, realizará las acciones de prevención y protección a menores **para incorporarlos al núcleo familiar, hogares sustitutos o en espacios residenciales adecuados para su formación e instrucción**, y garantizará en todo momento su situación jurídica conforme a lo previsto en el Código Civil para el Distrito Federal. Por lo tanto, lo que se busca a través de este tipo de tutela es el cuidado del menor desamparado en tanto se define su situación jurídica de manera definitiva y se le da en adopción.

Así pues, tenemos que la tutela que es ejercida por el Sistema para el Desarrollo integral de la Familia del Distrito Federal tiene dos características fundamentales: es **extraordinaria y provisional**.

Una vez expuesto dicho marco teórico y legal, y por lo que ve al estudio de las disposiciones específicas sobre las cuales versa la presente acción de inconstitucionalidad, estimo que los argumentos debieron ser presentados acorde al siguiente esquema:

I. Análisis del artículo 393 fracción I, inciso b), del Código Civil para el Distrito Federal.

1. Argumentos que permiten sostener que la declaración judicial de desamparo existe en la legislación del Distrito Federal.
2. Argumentos que permiten sostener que los padres biológicos no son colocados en estado de indefensión.

II. Análisis del artículo 923, fracción II, del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Así, a partir del esquema indicado, estimo que la sentencia recaída a la presente acción de inconstitucionalidad debía contener la siguiente línea argumentativa:

I. Análisis del artículo 393, fracción I, inciso b), del Código Civil para el Distrito Federal

1. Argumentos que permiten sostener que la declaración judicial de desamparo existe en la legislación del Distrito Federal.

Del análisis integral de la legislación civil del Distrito Federal, se desprende con claridad la existencia de la **declaración judicial de desamparo**.

Como presupuesto para arribar a la anterior conclusión, el artículo **393 fracción I, inciso b), del Código Civil para el Distrito Federal** prevé dos casos distintos de menores que pueden ser dados en adopción: (i) aquellos que han sido declarados judicialmente en situación de desamparo y (ii) los que se encuentran bajo la tutela del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia.

Ambos supuestos pueden materializarse en un solo caso, pero su coincidencia no es jurídicamente necesaria debido a que la tutela de los menores en situación de desamparo no se asigna de forma exclusiva a la institución ya mencionada. La misma puede asignarse a instituciones de asistencia social pública o privada, y sólo en el supuesto de que no se le asigne a una de ellas, es cuando **el juez procederá a asignar la tutela al Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal**.

En primer lugar, de las disposiciones generales de la tutela previstas en el Código Civil del Distrito Federal, se sigue que en la constitución de la tutela siempre debe intervenir un **juez de lo familiar**. El artículo 454 del ordenamiento referido señala que la tutela se desempeñará por el tutor o los tutores

con intervención del curador, del **Juez de lo Familiar**, del Consejo Local de Tutelas y del Ministerio Público.

En esta misma línea, el tercer párrafo del artículo 460 del Código Civil establece que los Jueces del Registro Civil, las autoridades administrativas y las judiciales tienen obligación de dar aviso a los **Jueces de lo Familiar**, de los casos en que sea necesario nombrar tutor y que lleguen a su conocimiento en el ejercicio de sus funciones. Finalmente, por si quedara duda de la **imperativa intervención del juez de lo familiar en materia de tutela** el artículo 462 del mismo Código Civil dispone que ninguna tutela puede conferirse sin que previamente se declare en los términos que disponga el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, el estado y grado de capacidad de la persona que va a quedar sujeta a ella.

Ahora bien, es preciso señalar que para que proceda la tutela por parte del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia, **es necesario que el menor se encuentre en situación de desamparo**. El artículo 494-A no deja lugar a dudas: “el Gobierno del Distrito Federal, a través del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal, ejercerá la tutela de los menores en situación de desamparo que no hayan sido acogidos por instituciones de asistencia social, en cuyo caso tendrá las obligaciones, facultades y restricciones establecidas en este Código”.

Ahora bien, como ya ha quedado evidenciado, para la constitución de la tutela, necesariamente se necesita la intervención del juez de lo familiar. Esto quiere decir que

antes de constituir la tutela a favor del Desarrollo Integral de la Familia, el juez de lo familiar deberá constatar la situación de desamparo del menor. Esta constatación constituye la declaración judicial de desamparo del menor, pues en un mismo acto judicial, el juez de lo familiar declara la situación de desamparo del menor para después, como consecuencia jurídica constituir en su beneficio la tutela ejercida por dicha institución. De otra manera no podría obrar el juez, pues faltaría en el dictado de su resolución un presupuesto indispensable: **la declaración de desamparo del menor.**

Así, resulta evidente que **cuando un juez determine la tutela de algún menor en situación de desamparo, como requisito previo y lógico, deberá determinar si el menor se encuentra en situación de desamparo o no.**

La determinación en la cual el juez resuelve que un menor se encuentra en situación de desamparo y, por tanto, es procedente la tutela respecto al mismo, **es precisamente la declaración judicial de desamparo prevista en la legislación del Distrito Federal.**

Ello se refuerza mediante el análisis de *los Lineamientos de Operación y Seguridad para el Cuidado y Atención de los Menores en Situación de Desamparo del Distrito Federal*³, en

³ Dichos lineamientos fueron expedido por el Jefe de Gobierno del Distrito Federal, y fueron publicados en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 28 de marzo de 2008. Al respecto, los primeros dos artículos de los referidos lineamientos señalan:

“**Artículo 1.** Los presentes lineamientos tienen por objeto brindar atención a las y niños menores de dieciocho años que se encuentre en situación de desamparo derivado de la imposibilidad, incumplimiento o inapropiado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la patria potestad,

cuyo artículo 3, fracción XI, se establece que la tutela de menores en situación de desamparo, es precisamente una determinación del juez de lo familiar, siendo presupuesto para ello, que se establezca si el menor se ubica o no en dicha hipótesis.

Además, tal y como lo señala de forma expresa el artículo 492 del Código Civil local, la situación de desamparo **se produce** de un hecho a causa de la imposibilidad, del incumplimiento o inapropiado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la patria potestad.

Así, la situación de desamparo es una determinación eminentemente judicial, realizada por los jueces de lo familiar del Distrito Federal al decretar la tutela en los términos antes señalados.

Por todo lo anterior, se estima que la declaración judicial a la que hace referencia el inciso b), de la fracción I, del artículo 393 del Código Civil para el Distrito Federal, se refiere a la resolución que dicta el juez familiar para decretar la tutela de un menor en situación de desamparo en favor de una institución de asistencia social pública o privada, o en su defecto en favor del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal.

tutela o custodia de los menores que habitan en el Distrito Federal, ya sea en carácter de expósitos o abandonados, y que no hayan sido acogidos por instituciones de asistencia social.

Artículo 2. El Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal, es la Entidad responsable de la aplicación de los presentes lineamientos”.

2. Argumentos que permiten sostener que los padres biológicos no son colocados en estado de indefensión.

Por otra parte, se estima que el supuesto normativo contenido en el inciso b), de la fracción I, del artículo 393 del Código Civil, **no se refiere a la posibilidad de adoptar a menores cuya patria potestad se encuentre suspendida**, pues en esos casos, tal y como lo dispone el diverso numeral 398 del propio Código, se requerirá el consentimiento de quien ejerce la misma para que proceda la adopción.

Es necesario aclarar que la tutela que el Desarrollo Integral de la Familia ejerce sobre los menores no necesariamente se origina por un único supuesto. Dicha institución puede ser declarada tutora de un menor atendiendo a dos circunstancias distintas:

- a) Entrega de un menor al Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia para ser dado en adopción.
- b) Menores en situación de desamparo:
 - i. Expósitos.
 - ii. Abandonados.

Por lo que ve al primer supuesto, los menores podrán estar bajo la tutela de dicha institución, cuando acorde a la fracción V del artículo 443 del Código Civil respectivo, quienes ejerzan la patria potestad, entreguen al menor para que sea dado en adopción. En tal supuesto, por disposición expresa

de dicho artículo, esa sola acción implicará la **terminación de la patria potestad**⁴, en cuyo caso, es claro que la misma no se encuentra suspendida y, por tanto, la adopción no se efectuaría ante un estado jurídico provisional. En consecuencia, en el supuesto de que se decrete la adopción del menor, es evidente **los padres no quedarían en estado de indefensión**.

Adicionalmente, tal y como lo señala el artículo 392 del mismo Código Civil, la situación de desamparo es la que se produce de un hecho a causa de la imposibilidad, del incumplimiento o inapropiado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes de la patria potestad, tutela o custodia de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia material o moral. Sin embargo, el propio artículo señala que hay que distinguir entre dos supuestos: **expósitos** y **abandonados**.

Por lo que ve a los **expósitos**, el artículo 392 antes indicado, señala que son aquellos menores que son colocados en una situación de desamparo por quienes conforme a la ley estén obligados a su custodia, protección y cuidado y **no pueda determinarse su origen**.

En dicho supuesto, es claro que al encontrarse el menor bajo la tutela del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia, **la patria potestad no se encuentra suspendida, ya que no**

⁴ “**Artículo 443**. La patria potestad se acaba:

(...)

V. Cuando el que ejerza la patria potestad de un menor, lo entregue a una institución pública o privada de asistencia social legalmente constituida, para ser dado en adopción de conformidad con lo dispuesto por el artículo 901 bis del Código de Procedimientos Civiles”.

existe alguien que se encuentre ejerciendo la misma. Así, en el supuesto de que se decrete la adopción de un menor expósito, no se afecta la garantía de audiencia de sus padres, pues se desconoce quiénes son, precisamente por la situación de desamparo en el cual lo colocaron.

Ahora bien, por lo que ve a los **menores abandonados**, el numeral 392 señala que son aquellos menores que se encuentran en situación de desamparo, pero **se conoce su origen**. Al respecto, el artículo 923 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, señala expresamente en su fracción II que quien pretende adoptar deberá exhibir, cuando el menor hubiere sido acogido por una institución de asistencia pública o privada, constancia oficial del tiempo de exposición o sentencia que haya decretado la pérdida de la patria potestad como consecuencia de dicho abandono. Ahora bien, en caso de que el menor no se encuentre en la situación de abandono por un tiempo de por lo menos tres meses, sólo se decretará la guarda y custodia provisional, hasta en tanto se consuma dicho plazo (fracción III del propio artículo 923).

Ello significa, que sólo se podrá iniciar el trámite de adopción sobre los menores abandonados: **(i)** en el caso de que ya exista sentencia ejecutoriada sobre la pérdida de la patria potestad -supuesto en el cual es evidente que la misma no se puede encontrar suspendida-, o **(ii)** en el supuesto de que cuenten con tres meses en la situación de abandono.

Esto último resulta fundamental, pues acorde a la fracción V del artículo 444 del Código Civil, **la patria potestad se**

pierde por resolución judicial en el supuesto del abandono que el padre o la madre hicieren de los hijos **por más de tres meses**, sin causa justificada.

Así, tomando en consideración que para adoptar a un menor que se encuentre en situación de abandono se debe exhibir la constancia de que su tiempo de exposición sea de por lo menos tres meses, resulta claro que el mismo se encuentra en la causal de pérdida de la patria potestad antes señalada.

Esto es, **solamente se podrá adoptar a los menores abandonados, cuando respecto a los mismos ya exista sentencia sobre la pérdida de su patria potestad, o cuando su situación de hecho se encuadre en el supuesto de pérdida de la misma, en razón del tiempo que llevan en la situación de abandono.**

Lo anterior significa que la adopción no podrá decretarse mientras la patria potestad se encuentre suspendida, **toda vez que es requisito indispensable acorde al Código de Procedimientos Civiles, que el tiempo de abandono del menor configure la pérdida de la patria potestad.** Por lo mismo, resulta evidente que el juez en primer término **deberá pronunciarse** en torno a dicho aspecto, antes de decretar la adopción correspondiente. Por tanto, **ni en este supuesto se decretaría la adopción ante una patria potestad suspendida**, ya que previamente existirá una determinación en relación a la misma.

En definitiva, la normativa del Distrito Federal no permite que se lleve a cabo una adopción ante un estado jurídico

suspensivo o transicional. En el caso de los menores expósitos es evidente que nadie se encuentra ejerciendo la patria potestad, e incluso la fracción IV del propio artículo 923 del código adjetivo de la materia exige que los mismos se encuentren en una guarda y custodia provisional por lo menos tres meses. En relación a los menores abandonados, éstos sólo podrán ser adoptados cuando la patria potestad ya se haya perdido por sentencia ejecutoriada, o porque su situación fáctica posibilite que el juez decrete la misma antes de estudiar la procedencia de la adopción.

En el anterior supuesto, **no se afecta la garantía de audiencia de los padres biológicos del menor abandonado**, pues si bien se conoce quiénes son, como requisito indispensable para la pérdida de la patria potestad, el juez de lo familiar se encontrará obligado a llamarlos a juicio, a pesar de que ellos mismos colocaron a su menor hijo en una situación de desamparo.

Este último caso, si bien podría resultar controvertido, en virtud de que permite comenzar los trámites de adopción antes de que se decrete la pérdida de la patria potestad, cabe señalarse por una parte que al final del procedimiento la adopción no se decretaría sin que antes se realice un pronunciamiento sobre la patria potestad y, en segundo lugar, **lo que pretendió el legislador del Distrito Federal fue concebir un trámite más expedito y sencillo que redundara en beneficio de los miles de niños que se encuentran en situación de desamparo**, cuyo interés superior nos encontramos obligados a tener en consideración

en este tipo de asuntos, pues así nos lo mandata la propia Constitución.

Así las cosas, la manifestación del consentimiento por parte de quien ejerza la patria potestad, tal y como lo establece el Código Civil, implica un requisito para la procedencia de la adopción, esto es, es un requerimiento ineludible para que el juez pueda decretar en última instancia la adopción, pero no constituye un requisito indispensable para iniciar los trámites respectivos.

Esto es, **como presupuesto necesario para que se decrete la adopción**, el juez estará obligado a analizar el aspecto atinente a la patria potestad. En el supuesto de que aún exista alguien que ejerza la misma, resulta evidente que el juez primero deberá pronunciarse sobre su pérdida y tendrá que llamar a juicio a los padres biológicos, a riesgo de que si no lo hiciese su determinación sería nula.

Adicionalmente, debe señalarse que atendiendo a la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de dos mil once, los jueces deberán conducirse con pleno respeto a los derechos fundamentales, por lo que, en el supuesto de que se comience con un juicio de adopción y se encuentre pendiente la resolución del aspecto relativo a la patria potestad, es evidente que los padres gozarán de garantía de audiencia en las instancias correspondientes.

Por lo anterior, es claro que los padres no se encuentran en un estado de indefensión debido al artículo combatido, pues como requisito previo a la adopción, el juez se pronunciará

sobre la pérdida de la patria potestad –en el supuesto de que aún exista quien la ejerza-, ante lo cual, los padres necesariamente serán llamados a juicio, donde podrán manifestar lo que a su derecho convenga sobre tal aspecto, razón por la que gozan de garantía de audiencia.

II. Análisis del artículo 923, fracción II, del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Si bien se comparte la declaración de validez, estimo que es necesario precisar, que cuando el artículo 923 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal establece diversos requisitos que se deben cumplir por quien pretenda adoptar, a todas luces resulta claro que los mismos se exigen **para iniciar el procedimiento judicial correspondiente.**

Así, **una constancia de tiempo de exposición no resulta suficiente para decretar la adopción, pero sí lo es para iniciar el procedimiento, así como para acreditar el tiempo de abandono que se tendrá en cuenta para la determinación sobre la pérdida de la patria potestad.**

En efecto, durante la tramitación respectiva, el juez deberá pronunciarse sobre la cuestión de la patria potestad, ya que para que se configure la pérdida de la misma, el abandono debe ser injustificado, por lo que el tiempo de exposición solamente representa un elemento que el juez deberá tener en cuenta para pronunciarse sobre el caso, siendo exigida la constancia para verificar si ya pasaron tres meses de la situación de desamparo, ante lo cual, en caso de que la

misma sea injustificada procedería decretar la pérdida de la patria potestad.

Por tanto, se estima que si bien la fracción II del numeral 923 antes indicado es constitucional, **ello obedece a que la constancia a la que hace referencia es solamente un requisito para iniciar el trámite de adopción correspondiente, y no para decretar la misma.**

En virtud de las anteriores consideraciones es que me permito formular el presente voto concurrente, pues si bien comparto el sentido del proyecto y en general las consideraciones que sustentan el mismo, a mi parecer el estudio se debió realizar acorde al esquema argumentativo desarrollado en líneas precedentes.

MINISTRO

ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA

SECRETARIO GENERAL DE ACUERDOS

LIC. RAFAEL COELLO CETINA

JMYG