

SALA COLEGIADA CIVIL Y FAMILIAR DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL ESTADO.- - Mérida, Yucatán, a

cinco de diciembre del año dos mil doce. - - - - -

VISTOS, para dictar resolución, los autos de este Toca número 993/2012, relativo al recurso de apelación interpuesto por XXXXXXXXXXXX en contra de la parte conducente del auto de fecha treinta de marzo del año dos mil doce, dictado por la Juez Cuarto de lo Familiar del Primer Departamento Judicial del Estado, en el expediente número 1731/2011 relativo al Juicio Ordinario Civil de Guarda y Custodia promovido por el apelante en contra de XXXXXXXXXXXX. Y. - - - - -

- - - - - R E S U L T A N D O: - - - - -

PRIMERO.- De la copia certificada de constancias judiciales que se tienen a la vista, aparece que con fecha treinta de marzo del año dos mil doce, la Juez Cuarto de lo Familiar del Primer Departamento Judicial del Estado, dictó un proveído que en su parte conducente dice: “ *Vistos: Se tiene por presentado al ciudadano XXXXXXXXXXXX, con sus tres memoriales de cuenta, haciendo las manifestaciones a que se contrae en los mismos, y respecto de las medidas provisionales que solicita en su primer escrito, declárese que no ha lugar a accederse ni se accede, toda vez que el artículo 199 del Código Civil del Estado contempla dichas medidas provisionales para el caso de divorcio ordinario y siendo el procedimiento que nos ocupa resulta de naturaleza diversa, dicho artículo resultaría inaplicable, aunado al hecho de que las medidas que solicita, pueden variar al momento de emitirse la sentencia definitiva en al que el Juez deberá valorar todas las probanzas, desahogadas*

durante el proceso, aunado a que acceder a dichas medidas sería resolver el fondo del asunto... Notifíquese y cúmplase.”. - - - - -

SEGUNDO.- En contra de la parte conducente del auto transcrito en el resultando inmediato anterior, el señor XXXXXXXXXXXX, interpuso recurso de apelación, el cual fue admitido en proveído de fecha veintisiete de abril del año dos mil doce, mandándose remitir a este Tribunal la copia certificada de constancias necesarias para la substanciación del recurso y emplazándose al apelante para que compareciera ante este propio Tribunal dentro del término de tres días, a continuar su alzada, lo que hizo mediante escrito de fecha quince de mayo del año dos mil doce, en el que expresó los agravios que estimaba le infería la resolución recurrida. Recibida la copia certificada del expediente a que este Toca se refiere, en proveído de fecha cinco de junio del año dos mil doce, se mandó formar el Toca de rigor; se tuvo por presentado al apelante continuando en tiempo dicho recurso precisamente con su escrito de expresión de agravios; asimismo, se hizo saber a las partes que esta Sala se encuentra integrada por la Licenciada en Derecho Adda Lucelly Cámara Vallejos, Doctor en Derecho Jorge Rivero Evia y Abogada Mygdalia A. Rodríguez Arcovedo, como Magistrados Primera, Segundo y Tercera, respectivamente; por auto de fecha veintiocho de agosto del año dos mil doce; atendiendo el estado del procedimiento y al interés superior del niño conforme al numeral 3º de la Convención Sobre los Derechos del Niño que se transcribe a continuación: “1. En todas las medidas concernientes a los niño 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. 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.

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”; tenemos que en el caso que nos ocupa, se atendió al recurso de apelación interpuesto por XXXXXXXXXXXX, en contra de la parte conducente del auto de fecha treinta de marzo del año dos mil doce, al derivar la apelación de un Juicio Ordinario Civil de Guarda y Custodia donde pueden verse afectados los intereses de los menores de edad, XXXXXXXXXXXX y XXXXXXXXXXXX ambos de apellidos XXXXXXXXXXXX y tal cuestión, corresponde al juzgador atenderla, ello en congruencia con el aludido numeral y los artículos 1º párrafo tercero y 4º, párrafos sexto, séptimo y octavo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que rezan respectivamente, lo siguiente: el Artículo 1º párrafo tercero: “...Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen “la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, independencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y “reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos

que establezca la ley”. y el artículo 4º, párrafos sexto, séptimo y octavo: “... Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos. El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez..., y asimismo en concordancia con la garantía de acceso a la justicia prevista en el artículo 17 de la Constitución Federal; es así que en atención a lo antes expuesto, este Órgano Colegiado se procedió a entrar al estudio del recurso de apelación interpuesto por XXXXXXXXXXXX; igualmente se hizo saber a las partes que el ponente en este asunto, sería el Doctor en Derecho Jorge Rivero Evia, Magistrado Segundo de esta Sala Colegiada; por auto de fecha veintiuno de noviembre del año dos mil doce, se señaló fecha, hora y lugar para la celebración de la audiencia de alegatos, la cual se verificó con el resultado que aparece de la actuación correspondiente, habiéndose citado finalmente a las partes para oír resolución, misma que ahora se pronuncia. Y, -----

----- C O N S I D E R A N D O: -----

PRIMERO.- El recurso de apelación tiene por objeto que el superior confirme, revoque o modifique la resolución del inferior. La Segunda Instancia no puede abrirse sin que se interponga el recurso de apelación. El litigante y el tercero que haya salido al juicio, tienen derecho de apelar de la resolución que les perjudique.

La apelación sólo procede en el efecto devolutivo. Artículos 369, 370, 371 y 372 del Código de Procedimientos Civiles del Estado.- - -

SEGUNDO.- En el caso de que se trata, el señor XXXXXXXXXXXX, interpuso recurso de apelación, en contra de la parte conducente del auto de fecha treinta de marzo del año dos mil doce, dictado por la Juez Cuarto de lo Familiar del Primer Departamento Judicial del Estado, en el expediente número 1731/2011 relativo al Juicio Ordinario Civil de Guarda y Custodia promovido por el apelante en contra de XXXXXXXXXXXX, y al continuar su alzada expresó los agravios que en su concepto le infería la resolución impugnada y con el objeto de determinar en justicia este recurso, se procede a entrar al estudio y análisis de los mencionados agravios expresados por el apelante. - - - - -

TERCERO.- En este apartado se tienen por reproducidos los agravios que el [recurrente](#) externó en su correspondiente memorial que obra acumulado a este Toca, en obvio de repeticiones innecesarias, y teniendo en cuenta, además, de que el artículo 347 y demás relativos del Código de Procedimientos Civiles del Estado, no exige tal formalidad; sirve de apoyo a este criterio por analogía, [la jurisprudencia VI.2º J/129 sustentada por el Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, visible en la pagina 599, tomo VII, abril de 1998, de la Novena Época, con número de registro 196,477, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta: "CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. EL JUEZ NO ESTA OBLIGADO A TRANSCRIBIRLOS.](#) El hecho de que el juez federal no transcriba en su fallo los conceptos de violación expresados en la demanda, no implica que haya infringido disposición de la ley de Amparo, a la cual sujeta su actuación, pues no hay precepto alguno que establezca la

obligación de llevar a cabo tal transcripción; además de que dicha omisión no deja en estado de indefensión al quejoso, dado que no se le priva de la oportunidad para recurrir la resolución y alegar lo que estime pertinente para demostrar, en su caso, la ilegalidad de la misma."-----

CUARTO.- Previo al análisis de los agravios hechos valer es pertinente relacionar los antecedentes del caso a estudio: -----

De las constancias procesales que obran en el Toca que nos ocupa se advierte que se trata de un Juicio Ordinario Civil de Guarda y Custodia promovido por el señor XXXXXXXXXXXX, en contra de XXXXXXXXXXXX, a fin de que, entre otras prestaciones, se declare y ordene en sentencia firme el cambio o modificación de la guarda y custodia definitiva de sus hijos menores XXXXXXXXXXXX y XXXXXXXXXXXX ambos de apellidos XXXXXXXXXXXX; habiendo manifestado entre sus hechos, y en lo que aquí nos interesa lo siguiente:-----

✓ Que durante el tiempo que el recurrente visitó a sus referidos hijos menores y convivió con ellos, éstos siempre expresaban ***“No queremos volver con mi mamá... queremos quedarnos contigo”***;-----

✓ Que los referidos menores le han expresado que a pesar de que ellos querían permanecer en su domicilio, la señora XXXXXXXXXXXX se ausentaba del domicilio durante gran parte del día sin siquiera tomarse la molestia de dejarles sus alimentos preparados y con el refrigerador prácticamente vacío, por lo que sus hijos debían esperar a que su madre regresara de su paseo para poder ingerir sus alimentos, solicitando que se escuchara el dicho de los menores;-----

✓ Que la madre de sus hijos le decía a sus hijos cosas negativas de su padre, con el fin de ponerlos en su contra y de que los menores se negaran a salir de paseo con él, llegando inclusive al grado de amenazarlos con atentar contra su vida si ellos accedían a tan sólo salir de paseo con su padre;- - - - -

✓ Que lo anterior motivó a que los menores XXXXXXXXXXXX y XXXXXXXXXXXX acudieran a la Agencia Investigadora Trigésima Segunda del Ministerio Público a interponer formal denuncia en contra de su madre, iniciándose con ello la averiguación previa número 3360/2011; - - - - -

De las propias constancias que integran el Toca que nos ocupa se desprende que: - - - - -

➤ Con fecha veintiocho de noviembre de dos mil once, se aceptó la demanda en la vía y forma propuestas, ordenándose correr traslado de la demanda a la parte demandada;- - - - -

➤ Que mediante recurso presentado con fecha dieciséis de marzo de dos mil doce, compareció el hoy recurrente reiterando su solicitud respecto de las medidas provisionales, pidiendo que se decretara a su favor la custodia provisional de los menores XXXXXXXXXXXX y XXXXXXXXXXXX ambos de apellidos XXXXXXXXXXXX; habiéndole recaído a tal petición el auto de fecha treinta de marzo de dos mil doce, en el cual se declaró que no había lugar a accederse a las medidas provisionales en virtud de que el artículo 199 del Código Civil del Estado, contempla dichas medidas provisionales para el caso de divorcio ordinario, y que por cuanto el procedimiento a estudio era de naturaleza diversa no resultaba aplicable el invocado numeral; acuerdo el anterior que constituye el motivo de esta alzada. - - - - -

Ahora bien, con fundamento en el artículo 52 fracción I del Código de Procedimientos Civiles del Estado, reformado, y para mejor proveer esta Autoridad trae a la vista el expediente número 1731/2011, relativo al Juicio Ordinario Civil de Guarda y Custodia promovido por el señor XXXXXXXXXXXX, en contra de la señora XXXXXXXXXXXX, de donde se advierte lo siguiente: - - - - -

❖ Que de las copias certificadas por la Abogada Celia María Rivas Rodríguez, Procuradora de la Defensa del Menor y la Familia, se advierte una entrevista efectuada a los menores involucrados en este asunto, y en la cual dichos menores comentaron a la trabajadora social del instituto referido que a raíz de que sus padres se divorciaron su progenitora no los atendía, no lavaba la ropa con frecuencia, no hacía la comida y los agredía verbalmente con insultos; que se sienten a gusto viviendo con su padre; que desean quedarse a vivir con él porque los trata bien y que con su madre sufrían hambre y violencia verbalmente, que por ello no quieren regresar a vivir con su progenitora; - - - - -

❖ Que obran copias certificadas de la averiguación previa número 3360/32/2011, en la que constan declaraciones de los menores XXXXXXXXXXXX y XXXXXXXXXXXX, manifestando que el ocho de agosto de dos mil once, el primero de los mencionados manifestó que su hermanita fue a su cuarto y le dijo que su mamá iba a ir a la “PRODEMEFA” a denunciarlo a él y a su papá, habiendo manifestado el menor XXXXXXXXXXXX estar cansado de que su madre siempre los estuviere amenazando con eso; advirtiéndose igualmente de dicha averiguación previa que el menor primeramente nombrado decidió desde esa fecha quedarse con su padre por estar cansado de que su madre siempre tratara de

dejar mal a su padre y que a raíz de que no ha dejado de llevarse con su padre ella comenzó desde hace mucho tiempo a agredirlo de manera verbal; la segunda menor por su parte, manifestó, entre otras cosas, que no le gusta estar en casa de su madre, que unas veces le dice que es una tonta, que no se fija. - - - - -

❖ Que con fecha diecisiete de abril de dos mil doce, se resolvió el incidente de suspensión relativo al Juicio de Amparo 424/2012-IV-B promovido por XXXXXXXXXXXX, concediéndosele la suspensión definitiva a la citada quejosa, para el efecto de que se mantuvieran las cosas en el estado que guardaban, particularmente para que dicha amparista no fuera privada de la custodia de sus hijos menores.- - - - -

❖ Finalmente, de las referidas constancias judiciales se desprende que mediante resolución emitida con fecha quince de octubre de dos mil doce, por el Juez Segundo de Distrito en el Estado de Yucatán, se sobreseyó el Juicio de Amparo promovido por XXXXXXXXXXXX.- - - - -

Ahora bien, el apelante señala medularmente que le causa agravio el auto impugnado al considerar la Juzgadora de origen que las medidas provisionales contempladas en el artículo 199 del Código Civil del Estado, son aplicables exclusivamente a los juicios de Divorcio Necesario y no a los que versan sobre Guarda y Custodia de Menores, considerando el recurrente que es incorrecta tal apreciación por cuanto al no existir en nuestra legislación Civil vigente disposición legal alguna específicamente aplicable a los Juicios de Guarda y Custodia de Menores, es claro que opera el principio jurídico de que “Donde impera la misma razón debe aplicarse la misma disposición”. - - - - -

El agravio así expuesto resulta fundado pero inoperante para revocar el auto impugnado, pues si bien el artículo 199 del Código Civil del Estado, en vigor, en la parte que nos interesa, establece que **“Al admitirse la demanda de divorcio o al tenerse por contestada la misma, a criterio del juez, se dictarán provisionalmente las medidas siguientes: ”I.-... IV.- Poner a las hijas e hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. A falta de acuerdo, el Juez determinará lo que estime conveniente teniendo en cuenta su interés superior.; V.- Fijar día y hora de visita del otro cónyuge para los hijos, señalando siempre que en ningún momento estas deben de interferir en los horarios de estudio del menor. ...”**; advirtiéndose de tal precepto que cuando se promueve el divorcio, queda a criterio del Juzgador determinar acerca de cada una de las medidas provisionales y que por otro lado, la legislación que nos rige, en lo relativo a las controversias que se susciten en el ámbito familiar, no prevé la fijación de medidas cautelares o provisionales tratándose de un Juicio de Guarda y Custodia. - - - - -

Sin embargo, también resulta cierto que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 3 y 4 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, en concordancia con los numerales 3 y 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, se establece el interés superior de todo menor como principio rector en las decisiones que tome toda autoridad, entre ellas las de carácter judicial que incidan en forma inmediata sobre la persona de los mismos. - - - - -

Que a fin de salvaguardar esos intereses, la autoridad judicial tiene el deber y la obligación, aún de oficio y en suplencia de la deficiencia de la queja, que en las controversias del orden familiar se tome en consideración por sobre todas las cosas, el interés superior del niño, anteponiéndolo al interés de sus progenitores o de cualquier adulto involucrado en la contienda, y más aún, que la defensa de los menores se trata de un derecho subjetivo preeminente a otros derechos subjetivos que pudieran menoscabarlo o desvirtuarlo, o respecto de normas o disposiciones de las que siendo contrarias u omisivas, pueda resultar tal afectación. -----

Bajo tal tesitura es incuestionable que el juzgador tiene la más amplia facultad para actuar aún de oficio en defensa de los intereses de los menores de edad y personas con capacidades especiales, por lo que esos derechos intrínsecos no pueden verse suspendidos o limitados por una laguna procesal, como sucede en el caso a estudio, en donde nuestros ordenamientos aplicables no prevén la regulación de medidas cautelares o provisionales tratándose de un Juicio de Guarda y Custodia.-----

No obstante lo anterior, debe hacerse extensiva en este tipo de juicios, la adecuación y aplicación de las medidas provisionales que puede dictar el Juez una vez que se presenta la demanda de divorcio, que tendrán vigencia mientras dure el juicio, por actualizarse idénticas situaciones jurídicas y materiales derivadas de la separación de los ascendientes, que si bien como objetivo principal obliga a establecer la guarda del menor a favor de uno de ellos, en forma complementaria conlleva la necesidad de precisar lo relativo a los alimentos a favor de los menores en cuestión, pues de

no considerarlo así, provocaría inseguridad jurídica al menor, por lo que deben tomarse todas las medidas necesarias para salvaguardar los aludidos derechos de los menores, ya que de no hacerlo así, se reitera, supeditaría las necesidades más apremiantes de los menores a las etapas procesales que en la mayoría de los casos abarcan largos períodos; de ahí que resulte aplicable al caso, por analogía de razón lo estatuido en el citado numeral 199 del Código Civil del Estado. -----

Asimismo, cabe mencionar que las llamadas medidas provisionales que pueden ser decretadas durante la tramitación de un juicio de orden familiar, participan de la misma naturaleza de las providencias precautorias por cuanto persiguen la misma finalidad y reúnen las mismas características, a saber: 1. Provisionalidad o Provisoriedad, en cuanto que tales medidas, decretadas antes o durante un proceso principal, sólo duran hasta la conclusión de éste, pero en ninguno de tales casos la tramitación de la medida tiene incidencia sobre el proceso principal o afecta su desarrollo; 2. Instrumentalidad o Accesoriedad, en cuanto que no constituyen un fin en sí mismas, sino que nacen al servicio de un proceso principal; 3. Sumariedad o Celeridad, en cuanto que, por su misma finalidad, deben tramitarse y dictarse en plazos muy breves; y por regla general, sin audiencia previa de la contraparte; y, 4. Flexibilidad, en razón de que pueden modificarse cuando varíen las circunstancias sobre las que se apoyan. -----

Por otro lado, no escapa a este Cuerpo Colegiado que si bien es cierto que el numeral 199 del Código Civil del Estado, se encuentra inmerso en el capítulo IV denominado “Del Divorcio”, del Título Segundo, Libro Primero del ordenamiento legal en cita, sin

embargo, ello no impide que en un Juicio de Guarda y Custodia pueda aplicarse dicho precepto, que enumera las medidas provisionales que deben dictarse en un Juicio de Divorcio, pues una de las finalidades que persigue el invocado numeral es el de proteger la salud física y mental de los hijos menores involucrados en un asunto como el que nos ocupa y que el Código de Procedimientos Civiles del Estado, en su arábigo 23 Bis, claramente preceptúa que las resoluciones judiciales firmes dictadas en negocios de alimentos, jurisdicción voluntaria y las demás que prevengan las leyes, pueden alterarse y modificarse cuando cambien las circunstancias que afectan el ejercicio de la acción que se dedujo en el juicio correspondiente; a más de que dentro de la propia legislación sustantiva o adjetiva, no existe precepto legal alguno que impida se fijen las medidas provisionales a que se refiere el numeral 199 del Código Civil del Estado, en un juicio como el que nos ocupa, resultando aplicable al caso el principio general del derecho que reza: *“Donde la ley no distingue, no hay porque distinguir”*.-----

Sirve de apoyo al anterior criterio el Precedente Aislado emitido por esta Sala Colegiada, con clave de control PA.SC.2a.II.4.011.Familiar, que es del rubro y texto siguientes: - - - -

“ALIMENTOS A FAVOR DEL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE. ES PROCEDENTE FIJARLOS EN EL JUICIO ORDINARIO CIVIL DE GUARDA Y CUSTODIA, POR ANALOGÍA A LOS CASOS DE DIVORCIO Y DE PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD Y POR REDUNDAR EN EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. Si bien es cierto que el Código Civil del Estado de

Yucatán solamente establece que deberá resolverse respecto de los alimentos, que en su caso, tendrán que proveerse (provisional y definitivamente) en los casos de divorcio (artículo 199) y en los de pérdida de patria potestad (artículo 918); no menos veraz resulta que en todo enjuiciamiento en el que la contención verse sobre la guarda y custodia de un niño, niña o adolescente, también deberá fijarse a su favor, una pensión alimenticia como medida cautelar y otra como medida definitiva, pues se trata de una situación análoga a los casos expresamente previstos por la normatividad y se encuentra de por medio el interés superior del menor.”- - - - -

Ahora bien, no obstante lo anterior, no es dable acceder a fijar la medida provisional solicitada por el hoy recurrente, atento las manifestaciones vertidas por el propio apelante en su escrito de promoción del Juicio del que deriva este Toca, así como de las aseveraciones esgrimidas por sus hijos tanto en la entrevista que les fue efectuada por una trabajadora de la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia en el Estado, con fecha diecisiete de noviembre de dos mil once, como en la averiguación previa número 3360/32/2011, que tienen valor al tenor de lo dispuesto por el artículo 216 del Código Adjetivo de la Materia, y de los cuales se desprenden indicios de hechos que pudieran afectar la integridad psíquica y física de los hijos de las partes contendientes en este asunto, pues de la primera constancia se aprecia que XXXXXXXXXXXX y XXXXXXXXXXXX, manifestaron que a raíz de que sus padres se divorciaron, su progenitora no los atendía, no lavaba su ropa, no hacía la comida y los agredía verbalmente y que desean

quedarse a vivir con su padre ya que éste los trata bien y que con su mamá sufrían hambre y violencia verbalmente y que ello los tiene fastidiados por lo que no quieren regresar a vivir con su progenitora; por otro lado en la averiguación se desprende que la menor XXXXXXXXXXXX, declaró entre otras cosas, que no le gusta estar en casa de su mamá porque le dice cosas malas de su papá, que es una tonta, que no se fija, y que no quiere regresar con su mamá; por lo que este Cuerpo Colegiado de conformidad con lo dispuesto en los invocados artículos 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 19 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, los numerales 3º y 4º de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, en concordancia con el numeral 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece el interés superior de todo menor como el principio rector en las decisiones que tomen toda autoridad, entre ellas las de carácter judicial que incidan en forma inmediata sobre la persona de los mismos, a fin de salvaguardar esos intereses, y siendo que uno de los derechos profundamente vinculado con el principio de interés superior de niño, niña o adolescente es el de expresar su opinión en los asuntos que le afectan, es decir, que el niño, niña o adolescente tenga un papel activo en la determinación de su propio interés y que su punto de vista sea tomado en consideración al momento de adoptar decisiones que le afecten directa o indirectamente, además que las medidas cautelares deben ser fijadas después del cercioramiento de que las mismas sean lo más conveniente para los citados menores, pues resulta una cuestión delicada que no puede ser tomada en forma apresurada, sino después de haberse apoyado en personal

especializado que lo auxilie para poder tomar dicha decisión, como lo pueden ser los psicólogos o trabajadores sociales que al efecto ponga a su disposición como auxiliar de la justicia la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia de conformidad con los artículos 50 y 51 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Yucatán; de ahí que se considere que debe escucharse a la menor XXXXXXXXXXXX, quien actualmente cuenta con XXXXXXXXXXXX años de edad, a fin de poder expresar su opinión libremente y en sus propias palabras, y que esos puntos de vista sean tomados en consideración por la Juzgadora para resolver en cuanto a su custodia provisional a favor de alguno de sus progenitores; se dice que únicamente debe ser escuchado en el presente asunto a la menor XXXXXXXXXXXX, por cuanto el primer hijo de las partes contendientes en este asunto, XXXXXXXXXXXX, a la presente fecha ya ha alcanzado la mayoría de edad, por haber nacido el XXXXXXXXXXXX de XXXXXXXXXXXX de XXXXXXXXXXXX, es decir, cuenta con XXXXXXXXXXXX años de edad, tal y como se desprende de su acta de nacimiento expedida por el Director del Registro Civil del Estado, con fecha once de agosto de dos mil once. -----

Es así que de conformidad con el numeral 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como con los numerales 38, 39 y 41 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes que rezan: ***“Niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la libertad de expresión; la cual incluye sus opiniones y a ser informado. Dichas libertades se ejercerán sin más límite que lo previsto por la Constitución.”***, ***“Niñas, niños y adolescentes tienen derecho a ejercer sus***

capacidades de opinión, análisis, crítica y de presentar propuestas en todos los ámbitos en los que viven, trátense de familia, escuela, sociedad o cualquier otro, sin más limitaciones que las que establezca la Constitución y dicte el respeto de los derechos de terceros.” Y “El derecho a expresar opinión implica que se les tome su parecer respecto de: --- A. Los asuntos que los afecten y el contenido de las resoluciones que les conciernen. --- B. Que se escuchen y tomen en cuenta sus opiniones y propuestas respecto a los asuntos de su familia o comunidad.”, debe modificarse la parte conducente del auto de fecha treinta de marzo del año dos mil doce, para el efecto de que antes de fijarse de conformidad con el artículo 199 las medidas provisionales en el juicio, deberá de citarse a la menor XXXXXXXXXXXX, a una audiencia, a fin de ser escuchada, protegiendo primordialmente su derecho de expresar su opinión libremente en el asunto que le afecta; tal audiencia debe ser presidida por la Juez, asistida de un perito en materia de psicología infantil, un trabajador social propuesto por la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia, así como la asistencia a la misma del Ministerio Público de la Adscripción, sin que a la diligencia de mérito puedan acudir los progenitores, dado que en todo momento debe garantizarse que la impúber se pronuncie con plena libertad y evitar afectaciones en su esfera emocional. - - - - -

Sirve de apoyo al anterior criterio el Precedente Obligatorio de conformidad con el artículo 25 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado emitido por esta Sala Colegiada, con clave de control PO.SC.2a.11.012.Familiar, que es del rubro y texto siguientes: **“PROCEDIMIENTOS DE ÍNDOLE FAMILIAR. CUANDO SEA**

MENESTER ESCUCHAR A LAS NIÑAS, NIÑOS O ADOLESCENTES PREVIO A DECIDIR SOBRE TEMAS EN LOS CUALES DEBAN SER ESCUCHADOS, DEBE VERIFICARSE DICHA ACTIVIDAD EN UNA AUDIENCIA SIN LA PRESENCIA DE SUS PROGENITORES. De la interpretación de los artículos 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como de los numerales 3, 9 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, debidamente concatenados con los diversos artículos 50 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Yucatán y 52 del Código de Procedimientos Civiles de la Entidad, se advierte que el juzgador siempre deberá de allegarse de los medios necesarios para resolver los asuntos sometidos a su potestad, tomando en consideración el interés superior del menor; por tanto, en caso de estimarse necesaria la obtención de la opinión de alguno de aquellos, ésta deberá recabarse en una audiencia presidida por el juez, con la presencia del personal calificado de la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia y del Ministerio Público de la adscripción, sin que a la diligencia de mérito puedan acudir los progenitores, dado que en todo momento debe garantizarse que los impúberes se pronuncien con plena libertad y evitar afectaciones en su esfera emocional.”- - - - -

Resultando igualmente aplicable al caso la Jurisprudencia emitida en la Novena Época, por el Sexto Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXII, Septiembre de 2005, Materia(s): Civil, Tesis: I.6o.C. J/49, Página: 1289, cuyo rubro y texto

es el siguiente: ***“MENORES DE EDAD. EL DERECHO DE VISITA Y CONVIVENCIA CON SUS PROGENITORES ES DE ORDEN PÚBLICO E INTERÉS SOCIAL Y, EN CASO DE OPOSICIÓN, EL JUZGADOR RESOLVERÁ LO CONDUCENTE EN ATENCIÓN AL INTERÉS SUPERIOR DE AQUÉLLOS.- De una sana interpretación del artículo 417 del Código Civil para el Distrito Federal, se aprecia que la eficacia del derecho de visita y convivencia contenido en ese numeral, que tiene por objeto lograr la protección, estabilidad personal y emocional del menor dándole afecto, calor humano, presencia personal, respaldo espiritual y respeto a su persona e intimidad, es una cuestión de orden público e interés social, dado que en su observancia está interesada la sociedad y el Estado, porque de su efectivo cumplimiento, depende el desarrollo armónico e integral del menor que, en ocasiones, por causas ajenas a su voluntad, vive separado de uno o ambos progenitores. Es por eso que el propio numeral contiene normas tendentes a lograr dicha función, ya que el goce y disfrute de esos derechos, no podrá impedirse sin justa causa, pero en caso de oposición de uno de los padres, la autoridad jurisdiccional determinará lo que más convenga al interés preponderante del menor que sólo podrá suspenderse, limitarse o perderse por resolución judicial expresa y cuando se haya perdido la patria potestad. Como se advierte, la teleología del artículo 417, en comento, se encamina a la conservación de un entorno familiar saludable y favorable para el pleno desarrollo personal y emocional de los menores que, se reitera, por causas ajenas a ellos, viven separados de alguno de sus padres o de ambos, estableciendo que aun***

cuando no se encuentren bajo su custodia, si ejercen la patria potestad, tendrán derecho a convivir y disfrutar de momentos en común, en aras de tutelar el interés preponderante del menor, teniendo sólo como limitante para que se suspenda el ejercicio del derecho de visita y convivencia, que exista peligro para el menor, caso en que el juzgador podrá aplicar las medidas correspondientes a fin de salvaguardar el interés superior del menor, contra alguno de los progenitores.”- - - - -

QUINTO.- Habiendo resultado fundado pero inoperante el agravio hecho valer por el apelante, pero en atención al interés superior del menor, procede modificar la parte conducente del auto de fecha treinta de marzo del dos mil doce, dictado por la Juez Cuarto de lo Familiar del Primer Departamento Judicial del Estado, en el expediente número 1731/2011, relativo al Juicio Ordinario Civil de Guarda y Custodia, promovido por el señor XXXXXXXXXXXX, en contra de XXXXXXXXXXXX, a fin de que se dicte otro, en el que se declare que antes de resolver sobre la medida cautelar a que se refiere el numeral 199 del Código Civil del Estado, solicitada en el procedimiento, por el señor XXXXXXXXXXXX, con el fin de proteger el derecho humano que les otorga a los infantes el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y con apoyo en lo dispuesto por el artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 3 y 4 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, en concordancia con el numeral 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establecen el interés superior de todo menor como principio rector en las decisiones que tomen toda autoridad, se cite a la Procuradora de la

Defensa del Menor y la Familia del Estado, a la ciudadana Agente del Ministerio Público de la Adscripción, así como a una Trabajadora Social y un Psicólogo en materia infantil que para el efecto designe la referida procuradora, a una junta que tendrá verificativo en el Local del juzgado de origen, a fin de escuchar a la menor XXXXXXXXXXXX, ello en mérito de que XXXXXXXXXXXX, a la presente fecha ha alcanzado la mayoría de edad, tal y como se desprende de su acta de nacimiento de fecha once de agosto de dos mil once; haciendo del conocimiento del señor XXXXXXXXXXXX, la obligación que tiene de traer a la menor en cuestión en virtud de que según consta y aparece en autos, ésta se encuentra bajo su custodia, igualmente se debe girar oficio a la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia del Estado, a fin de que en auxilio de las labores del juzgado se sirva designar a la brevedad posible al personal designado en líneas precedentes, a fin de salvaguardar la integridad de la menor de que se trata..- - - - -

Por lo expuesto y fundado, se resuelve: - - - - -

PRIMERO.- Es fundado pero inoperante el agravio hecho valer por el recurrente, señor XXXXXXXXXXXX. En consecuencia, - - -

SEGUNDO.- SE MODIFICA la parte conducente del auto de fecha treinta de marzo del dos mil doce, dictado por la Juez Cuarto de lo Familiar del Primer Departamento Judicial del Estado, en el expediente número 1731/2011, relativo al Juicio Ordinario Civil de Guarda y Custodia, promovido por el señor XXXXXXXXXXXX, en contra de XXXXXXXXXXXX, a fin de que su parte impugnada quede en lo siguientes términos: **“VISTOS: Se tiene por presentado al ciudadano XXXXXXXXXXXX, con sus tres memoriales de cuenta, haciendo las manifestaciones a que se contrae en los mismos,**

y respecto de las medidas provisionales que solicita en su primer escrito, se declara que antes de resolver sobre la medida cautelar a que se refiere el numeral 199 del Código Civil del Estado, con el fin de proteger el derecho humano que les otorga a los infantes el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y con apoyo en lo dispuesto por el artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 3 y 4 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, en concordancia con el numeral 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establecen el interés superior de todo menor como principio rector en las decisiones que tomen toda autoridad, se cite a la Procuradora de la Defensa del Menor y la Familia del Estado, a la Ciudadana Agente del Ministerio Público de la Adscripción, así como a una Trabajadora Social y un psicólogo en materia infantil que para el efecto designe la referida procuradora, a una junta que tendrá verificativo en el Local del juzgado de origen, a fin de escuchar a la menor XXXXXXXXXXXX, ello en mérito de que XXXXXXXXXXXX, a la presente fecha ha alcanzado la mayoría de edad, tal y como se desprende de su acta de nacimiento de fecha once de agosto de dos mil once, y que dicha menor pueda emitir su opinión en este asunto que le afecta, especialmente en relación a que manifieste con quien de sus padres desea permanecer, y con su resultado, se resolverá lo que corresponda, haciendo del conocimiento del señor XXXXXXXXXXXX, la obligación que tiene de traer a la menor en cuestión en virtud de que según consta y aparece en autos,

ésta se encuentra bajo su custodia; igualmente se debe girar oficio a la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia del Estado, a fin de que en auxilio de las labores del juzgado se sirva designar a la brevedad posible al personal designado en líneas precedentes, a efecto de salvaguardar la integridad de la menor de que se trata. Encontrando sustento jurídico lo antes expuesto en el Precedente Aislado emitido por la Sala Colegiada Civil y Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Estado, con clave de control PA.SC.2a.II.4.011.Familiar, que es del rubro y texto siguientes: “ALIMENTOS A FAVOR DEL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE. ES PROCEDENTE FIJARLOS EN EL JUICIO ORDINARIO CIVIL DE GUARDA Y CUSTODIA, POR ANALOGÍA A LOS CASOS DE DIVORCIO Y DE PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD Y POR REDUNDAR EN EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. Si bien es cierto que el Código Civil del Estado de Yucatán solamente establece que deberá resolverse respecto de los alimentos, que en su caso, tendrán que proveerse (provisional y definitivamente) en los casos de divorcio (artículo 199) y en los de pérdida de patria potestad (artículo 918); no menos veraz resulta que en todo enjuiciamiento en el que la contención verse sobre la guarda y custodia de un niño, niña o adolescente, también deberá fijarse a su favor, una pensión alimenticia como medida cautelar y otra como medida definitiva, pues se trata de una situación análoga a los casos expresamente previstos por la normatividad y se encuentra de por medio el interés superior del menor.”; encontrando igualmente apoyo el anterior criterio en el

Precedente Obligatorio de conformidad con el artículo 25 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado emitido por esta Sala Colegiada, con clave de control PO.SC.2a.11.012.Familiar, que es del rubro y texto siguientes: “PROCEDIMIENTOS DE ÍNDOLE FAMILIAR. CUANDO SEA MENESTER ESCUCHAR A LAS NIÑAS, NIÑOS O ADOLESCENTES PREVIO A DECIDIR SOBRE TEMAS EN LOS CUALES DEBAN SER ESCUCHADOS, DEBE VERIFICARSE DICHA ACTIVIDAD EN UNA AUDIENCIA SIN LA PRESENCIA DE SUS PROGENITORES. De la interpretación de los artículos 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como de los numerales 3, 9 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, debidamente concatenados con los diversos artículos 50 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Yucatán y 52 del Código de Procedimientos Civiles de la Entidad, se advierte que el juzgador siempre deberá de allegarse de los medios necesarios para resolver los asuntos sometidos a su potestad, tomando en consideración el interés superior del menor; por tanto, en caso de estimarse necesaria la obtención de la opinión de alguno de aquellos, ésta deberá recabarse en una audiencia presidida por el juez, con la presencia del personal calificado de la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia y del Ministerio Público de la adscripción, sin que a la diligencia de mérito puedan acudir los progenitores, dado que en todo momento debe garantizarse que los impúberes se pronuncien con plena libertad y evitar afectaciones en su esfera emocional.”;..... La audiencia a que alude este resolutivo deberá

verificarse dentro del término de diez días, a partir del día siguiente de aquel en que sea recibida la presente resolución; quedando intocado todo lo demás que en dicho proveído se resuelve.- - - - -

TERCERO.- Notifíquese; remítase a la Juez de origen copia certificada de la presente resolución y de sus constancias de notificación, para que la ejecutoria así constituida surta los correspondientes efectos legales en orden a su cumplimiento, y hecho, archívese este Toca como asunto concluido. Cúmplase.- - -

Así, por unanimidad de votos de los Magistrados Primera, Segundo y Tercera de la Sala Colegiada Civil y Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Estado, Licenciada en Derecho Adda Lucelly Cámara Vallejos, Doctor en Derecho Jorge Rivero Evia y Abogada Mygdalia A. Rodríguez Arcovedo, respectivamente, lo resolvió dicha Sala, habiendo sido ponente el segundo de los nombrados, en la sesión de fecha treinta de enero del año dos mil trece, en la cual las labores de esta Sala lo permitieron.- - - - -

Firman el Presidente de la propia Sala y Magistradas que la integran, asistidos de la Secretaria de Acuerdos, Licenciada en Derecho Patricia Herrera Loría, que autoriza y da fe. Lo certifico.