

SALA COLEGIADA CIVIL Y FAMILIAR DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL ESTADO. Mérida, Yucatán, a cinco de marzo del año dos mil doce. - - - - -

VISTOS, para dictar sentencia, los autos de este Toca número 789/2011, relativo al recurso de apelación interpuesto por XXXXXXXXXXXX en contra de la sentencia definitiva de fecha once de agosto del año dos mil once, dictada por la Juez Cuarto de lo Familiar del Primer Departamento Judicial del Estado, en el expediente número 537/2009 relativo al Juicio Ordinario Civil de Custodia y Pérdida de la Patria Potestad promovido por el apelante, en contra de XXXXXXXXXXXX. Y,

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

PRIMERO.- Los puntos resolutivos de la sentencia definitiva recurrida en apelación que fuera dictada con fecha once de agosto del año dos mil once, por la Juez Cuarto de lo Familiar del Primer Departamento Judicial del Estado, son del tenor siguiente: "**PRIMERO.-** Ha procedido **en parte** el presente Juicio Ordinario Civil de custodia y pérdida de patria potestad promovido por el señor XXXXXXXXXXXX en contra de la señora XXXXXXXXXXXX, en el que la actora probó parcialmente su acción, y el demandado no justificó sus excepciones. - - - **SEGUNDO.-** Se declara que el menor XXXXXXXXXXXX, quedará bajo la custodia y cuidado de su padre, el señor XXXXXXXXXXXX (sic) XXXXXXXXXXXX, hasta que cumplan (sic) la mayoría de edad, adquiera estado o autoridad competente disponga lo contrario, conservando ambos progenitores la patria potestad, y se fijan el día domingo de las diez hasta las dieciocho horas, para que la señora XXXXXXXXXXXX

pueda visitar y llevar a pasear a su referido hijo menor XXXXXXXXXXXX, siempre que su citada madre se encuentre en estado conveniente y la salud del menor lo permita, esto, con el fin de fomentar las relaciones materno filiales. Asimismo, por lo que toca a los periodos vacacionales de verano, semana santa y de invierno, de conformidad con el calendario escolar, se fija la primera mitad de los años pares y la segunda mitad de los años impares de cada uno de dichos periodos vacacionales de conformidad con el calendario escolar, para que el menor XXXXXXXXXXXX pueda convivir con su madre; de igual manera, el menor en cuestión tendrán (sic) el derecho de convivir con su padre el día del padre de cada año y con su madre el día de la madre de cada año; asimismo, se establece que el día de cumpleaños del referido menor, los años pares lo pasará con su madre y el día siguiente con su padre, y los años impares lo pasará con su padre y el día siguiente con su madre, independientemente de que esos días los debiera pasar con el otro progenitor; lo anterior, se reitera, para el beneficio de su debido desarrollo integral. - - - **TERCERO.**- Se deja sin efecto la parte proporcional que le corresponde al menor XXXXXXXXXXXX, de la pensión alimenticia a cargo del señor XXXXXXXXXXXX, pactada en la base marcada con el número tres del convenio de su divorcio voluntario de fecha veinticinco de octubre del año dos mil seis. - - - **CUARTO.**- Se condena a la señora XXXXXXXXXXXX al pago de las costas y gastos de este procedimiento, regulados que sean

conforme a derecho. - - - **SÉPTIMO** (sic).- Notifíquese y Cúmplase -- - - - -

SEGUNDO.- En contra de la sentencia definitiva cuyos puntos resolutivos fueron transcritos en el resultando inmediato anterior, el señor XXXXXXXXXXXX, interpuso recurso de apelación, el cual fue admitido en proveído de fecha treinta de agosto del año dos mil once, mandándose remitir a este Tribunal el expediente original 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 presentado ante esta Sala en fecha seis de septiembre del año dos mil once, en el que expresó los agravios que estimaba le infería la resolución recurrida. Recibido el expediente original a que este Toca se refiere, en proveído de fecha veintisiete del mes y año antes citados; se mandó formar el Toca de rigor, se tuvo por presentado al citado XXXXXXXXXXXX continuando en tiempo dicho recurso, precisamente con su escrito de expresión de agravios y del mismo se dio vista a la parte contraria por el término de tres días, para el uso de sus derechos; se hizo saber a las partes que esta Sala se encuentra integrada por la Licenciada en Derecho Adda Lucelly Cámara Vallejos, Magistrada Primera, el Doctor en Derecho Jorge Rivero Evia, Magistrado Segundo y la Abogada Mygdalia A. Rodríguez Arcovedo, en su calidad de Magistrada Tercera; seguidamente, en acuerdo de fecha cinco de octubre del año próximo pasado se hizo del conocimiento de 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 dieciséis de febrero 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 ciudadano XXXXXXXXXXXX, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia definitiva de fecha once de agosto del año dos mil once, dictada por la Juez Cuarto de lo Familiar del Primer Departamento Judicial del Estado, en el expediente número 537/2009 relativo al Juicio Ordinario Civil de Custodia y Pérdida de la Patria Potestad 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.2° 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, bajo el rubro: *"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 es necesario narrar algunos antecedentes del caso a estudio, para una mayor comprensión del mismo. - - - -

El señor XXXXXXXXXXXX promovió Juicio Ordinario Civil de Pérdida de la Patria Potestad y de la Guarda y Custodia en contra de la señora XXXXXXXXXXXX, (25 de marzo del 2009). Que como causa de las citadas acciones planteó que la demandada ha causado a los infantes maltrato físico y psicológico, que los ha abandonado dos veces y permite que un tercero los amenace, dándole facultades para golpearlos, precisando en su escrito, la fecha, el modo y lugar de tales acontecimientos.- -

Que la demandada al contestar negó y calificó de falsos los hechos expuestos en la demanda. Manifestando en su contestación como un hecho no considerado en la demanda, que sin su consentimiento, con fecha tres de febrero del año dos mil nueve, el actor sustrajo de su hogar a su hijo XXXXXXXXXXXX. La demandada opuso como excepciones, la de conexidad de la causa en virtud de existir otro expediente en el mismo juzgado bajo el índice número 1645/2006; la de falta de acción y derecho para demandar, la obscuridad e irregularidad de la demanda ya que la simple narrativa no acreditan la causa invocada, sine actione agis y todas aquéllas que se derivan de la contestación, según los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto al tema de los menores de edad.- - - - -

Que esta Sala con fecha primero de junio del año dos mil diez, en cumplimiento de la ejecutoria federal emitida en el juicio de amparo número 124/2010-I formado con motivo de la remisión del diverso 1418/2009-V del índice del Juzgado de Distrito en el Estado de Yucatán, en el toca 1772/2009, dictó una

nueva resolución, en el sentido de modificar el auto de fecha veinticinco de junio del año dos mil nueve, a fin de que con excepción del menor XXXXXXXXXXXX, quien queda bajo la guarda y custodia provisional de su padre, el señor XXXXXXXXXXXX, subsistan como medidas provisionales las pactadas en el expediente 1645/2006 relativo a las Diligencias de Jurisdicción Voluntaria en las que se aprobaron las bases de su divorcio por mutuo consentimiento hasta en tanto se resuelve el juicio. (Ver folios 600 al 626 al calce de la hoja). - - - - -

Que seguidos los trámites legales, con fecha once de agosto del año dos mil once, **la Juez dictó la sentencia definitiva.** Así en el Considerando Quinto **resolvió procedente en parte la acción de guarda y custodia de los menores a favor del actor,** sosteniendo con fundamento en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 4º párrafo sexto y la Convención sobre los Derechos del Niño, que el actor sí acreditó causa suficiente para decretar a favor suyo la guarda y custodia pero únicamente sobre su hijo menor XXXXXXXXXXXX, toda vez que con las pruebas aportadas en el juicio, quedó acreditado que éste cuenta con XXXXXXXXXXXX años de edad; que la demandada manifestó ante la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia en el Estado, (Exp 2131/2007) que si el menor XXXXXXXXXXXX deseaba quedarse a vivir con su padre estaría en la mejor disposición para llegar a un acuerdo; que según aparece del acta levantada el día nueve de julio del año dos mil ocho ante la Agente Investigadora del Ministerio Público

(exp.243/2008/ag22.) El citado menor manifestó su deseo de quedarse con su papá; que en la audiencia judicial, de fecha tres de junio del año dos mil nueve, el referido infante dijo que vivía con su papá XXXXXXXXXXXX y que no quería ir con su madre; que con la documental privada relativa a la constancia médica se justificó que el menor se encontraba bajo tratamiento y durante las sesiones manifestó sobre su temor a quedarse a vivir con su mamá, expresando en diversas ocasiones su deseo de vivir con su padre. Por lo que estimando que el citado menor XXXXXXXXXXXX por su edad, tiene capacidad para discernir con quien de sus padres desea vivir y tomando en consideración que es un adolescente que no desea permanecer con su madre y que sí se le obligara a ello puede acarrearle trastornos en su desarrollo y en razón de que no aparece prueba alguna que haga suponer que fue presionado para tomar la decisión de vivir con su padre y tampoco consta que el señor XXXXXXXXXXXX no pueda tener la guardia y custodia del menor XXXXXXXXXXXX se resolvió que XXXXXXXXXXXX, elegido por el menor XXXXXXXXXXXX, era el adecuado para que tenga su guarda y custodia. Con apoyo en la Jurisprudencia y tesis que llevan por rubros: "GUARDA Y CUSTODIA. DEBE DETERMINARSE CONSIDERANDO EL INTERES SUPERIOR DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES CONFORME A LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO." Y "GUARDA Y CUSTODIA DE UNA MENOR. ES OBLIGACION DEL JUZGADOR LLAMARLA A JUICIO, CUANDO POR SU EDAD PUEDE DISCERNIR CON QUIEN DE SUS PADRES DESEA CONVIVIR." - - - - -

Por lo que se refiere a la guarda y custodia de

los menores XXXXXXXXXXXX Y XXXXXXXXXXXX ambos XXXXXXXXXXXX,
la resolutora consideró que las pruebas aportadas por el actor resultaron insuficientes para acreditar que la demandada señora XXXXXXXXXXXX estuviere incapacitada o imposibilitada para ejercitar su derecho y obligación sobre la guarda y custodia de sus hijos, porque las probanzas analizadas en conjunto, eran meros indicios de los hechos que el actor argumentó en su demanda, por ser declaraciones unilaterales del actor las vertidas en el expediente 2131/2007 del índice de la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia en el Estado y las que dieron pie a las entrevistas realizadas a los referidos menores y la Investigación Social del Departamento del Trabajo Social; así como los hechos manifestados en el expediente de Averiguación Previa número 243/2008 del índice de la Agencia Vigésima Segunda de la Dirección de Averiguaciones Previas de la Procuraduría General de Justicia en el Estado relativa a la querrela o denuncia del actor en contra de la demandada por hechos posiblemente delictuosos basados en los malos tratos y agresiones que reciben los hijos menores del denunciante; que tampoco era suficiente, la resolución de fecha diecisiete de junio del año dos mil nueve, en la que se decretó auto de segura y formal prisión en el Centro de Readaptación Social del Estado, en contra de la demandada como probable responsable del delito de Violencia Intrafamiliar porque de autos no consta la sentencia ejecutoriada en el que se hubiera condenado a la referida XXXXXXXXXXXX por delito alguno. Que el

dictamen pericial en materia de psiquiatría emitido por el Doctor XXXXXXXXXXX; Médico Psiquiatría Clínica resultó insuficiente en virtud de que fue emitido por un sólo perito, aunado al hecho de que las pruebas periciales ofrecidas en el juicio no fueron desahogadas; además, de que no se acreditó con prueba alguna que el cambio de guarda y custodia a favor del señor XXXXXXXXXXX redundaría en el interés superior de los menores de referencia. - - - - -

En el Considerando Sexto, se resolvió sobre la acción de Pérdida de la Patria Potestad,

manifestándose que el actor la hizo valer con fundamento en el artículo 346 fracciones II y III del Código Civil del Estado, (en los casos de terminación de matrimonio, por nulidad o por divorcio cuando así lo disponga la sentencia; y por las costumbres depravadas de los ascendientes, malos tratos o abandono de su deberes, pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los descendientes, aún cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la Ley Penal) sosteniendo la autoridad de primera instancia que no se justificaron dichas causales, respecto a la segunda fracción del invocado 346, porque se acreditó en autos que las partes disolvieron voluntariamente su matrimonio. Y tampoco respecto a la fracción III del mismo dispositivo, porque si bien con el acta de fecha once de diciembre del año dos mil once, se acreditó que la madre de los menores se encontraba de viaje, sin sus hijos menores, también del mismo documento se advertía que dejó a una persona para que se encargara de ellos

en su ausencia; que asimismo, la copia certificada del informe de fecha trece de diciembre del año dos mil siete, rendido por la Trabajadora Social del Departamento de Trabajo Social de la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia, resultaba insuficiente para acreditar el abandono alegado por el promovente toda vez que únicamente se corroboró por el comentario de un vecino que la demandada no se encontraba, que salió de viaje; que de la copia certificada de la fe de hechos, de fecha veintitrés de enero del año dos mil nueve, levantada por la Agencia Vigésima Segunda de la Dirección de Averiguaciones Previas de la Procuraduría General de Justicia del Estado, se advertía que la demandada salió del lugar alterada y que los menores fueron entregados a su padre que se encontraba en el mismo lugar; además de que en autos obraban las copias certificadas de tres cartas de buena conducta y boletas de calificaciones de los menores, por lo que no pasaba desapercibido para esa autoridad que los menores asistieron regularmente a la escuela en el ciclo escolar. Señalándose en el fallo que tanto las pruebas antes relacionadas como las demás ofrecidas por el actor como son la prueba de confesión ficta de la demandada, la documental superveniente consistente en el dictamen pericial pronunciado por el Médico Psiquiatría Clínico XXXXXXXXXXXX y los informes psicológicos emitidos por el psicólogo clínico XXXXXXXXXXXX eran insuficientes por ser emitidas por una sola parte, ya que no eran las pruebas idóneas para acreditar el maltrato físico y mental que alegaba el

promoviente, reiterando la juzgadora que en el juicio no fueron debidamente desahogadas las pruebas periciales ofrecidas en el juicio, en consecuencia se absolvió a la demandada de la acción de pérdida de la patria potestad. Citando como apoyo a su determinación, la Jurisprudencia y la tesis que llevan por rubros. "ACCION. FALTA DE PRUEBA DE LA." "PATRIA POTESTAD. LAS CAUSAS PARA SU PÉRDIDA--- DEBEN PROBARSE PLENAMENTE."-

En el Considerando Séptimo se analizaron y declararon improcedentes las excepciones denominadas "Falta de Acción y de Derecho para Demandar" "Sine Actione Agis" y "Obscuridad e Irregularidad del Escrito de Demanda." - - - - -

En el Considerando Octavo se estableció el régimen de convivencia del menor XXXXXXXXXXXX a fin de que pueda convivir con su madre la señora XXXXXXXXXXXX. - - - - -

En el Considerando Noveno, se resolvió sobre los alimentos del citado menor XXXXXXXXXXXX, ordenándose que se deje sin efecto la parte proporcional que le corresponde al menor de la pensión alimenticia a cargo de su padre, el actor del juicio, en la base marcada con el número tres del convenio de su divorcio voluntario de fecha veinticinco de octubre del año dos mil seis. - - - - -

Que en contra de estas consideraciones, el actor XXXXXXXXXXXX aduce como agravios, en síntesis, los siguientes: - - - - -

En el primero y segundo de los agravios, el recurrente expone que está conforme con la concesión de la custodia del menor XXXXXXXXXXXX, a su favor. Pero que

no lo está respecto a la fijación de la pensión alimenticia de éste, en razón de que no se encuentra debidamente fundada ni motivada, pues en el fallo sólo se declaró que se debe dejar sin efecto la parte proporcional de la pensión que le corresponde al citado menor, cuando que la pensión debe establecerse con bases a las necesidades del niño XXXXXXXXXXXX ya que está acreditado que el referido XXXXXXXXXXXX es el mayor de los tres menores, por lo cual tiene más gastos; que es el único que se encuentra en tratamiento psicológico por lo que además de su actividad escolar va a clases particulares en la escuela multimodal, que por su edad cursa ya la secundaria; que además debió determinarse la cantidad exacta que se debía descontar de la pensión pactada en la base tercera del divorcio voluntario, sobre un cincuenta por ciento sobre ésta y que inclusive si se consideraba que no existían elementos probatorios para individualizar la pensión debieron recabarse de oficio; que además, no debe posponerse la fijación clara y precisa de dichos alimentos, pues se lesionaría el interés superior de dicho menor y del orden público. - - - - -

En su tercer agravio, el recurrente manifiesta que en el fallo recurrido se concluyó la improcedencia de las acciones de guarda y custodia respecto de los menores XXXXXXXXXXXX y XXXXXXXXXXXX, así como improcedencia de la pérdida de patria potestad respecto a éstos y del menor XXXXXXXXXXXX, debido a una valoración incorrecta de las pruebas aportadas, exponiendo respecto a este asunto, lo siguiente: - - - - -

Que al tenor de lo dispuesto en el artículo 305 del Código de Procedimientos Civiles del Estado, la Juez debió resolver que todos los documentos públicos tienen pleno valor probatorio, salvo el derecho del litigante para redargüirlos de falsedad, y que en este caso, los aportados tienen pleno valor porque la demandada nunca los objetó en cuanto su autenticidad. -

Que la jueza desaplicó e ignoró lo dispuesto por los artículos 1 fracción III y 5 fracción II de la Ley para la Protección de la Familia en el Estado, al restar valor a la copia certificada de las indagaciones realizadas por la Procuraduría del Menor y la Familia y que obran en el expediente 2131/2007, razonando que son declaraciones unilaterales de los menores, dejando así de ponderar que fueron ejecutados por personal capacitado y especializado. - - - - -

Que con la copia certificada de la averiguación previa de índice 243/2008, acreditó la denuncia al maltrato que sufrían sus hijos y en donde consta que fueron los infantes que rindieron directamente ante la autoridad ministerial las declaraciones que inculpaban a XXXXXXXXXXXX, en especial, la diligencia o fe ministerial con el que se da fe, que la demandada le grita a los menores por lo que fue reprendida y en donde los menores libremente en dos ocasiones y sin coacción reiteraron el proceder de su progenitora en el sentido de que la demandada agredió físicamente a su hermano, que lo ofende con palabras denigrantes como "puto diablo" (sic) y que lo mismo manifestó XXXXXXXXXXXX en el sentido de que su madre le pega y lo ofende

aunque lo hace más en la persona de XXXXXXXXXXXX; que la niña XXXXXXXXXXXX manifestó que aunque a ella no le pegan por su madre, si la regaña y maltrata y le causa mucho disgusto ver como maltratan a su hermano. - - - - -

Que las seis fotografías originales tienen valor para demostrar las marcas en las pantorrillas del menor XXXXXXXXXXXX y prueban las lesiones que éste sufrió. - -

Que en el fallo se violaron en su perjuicio, los artículos 301, 303 y 208 fracción I del Código de Procedimientos Civiles del Estado, porque se declaró confesa fictamente a la demandada y como no existe prueba alguna que desvirtuó los hechos confesados y más aún, las documentales exhibidas apoyan dicha confesión, debió considerarse en el juicio que sí se acreditó dicho maltrato. - - - - -

Que se violaron en su perjuicio los artículos 305, 170 fracción II, y 307 fracción II del Código de Procedimientos Civiles del Estado, porque no se dio valor a la prueba documental superviniente consistente en el auto de formal prisión dictado en contra de XXXXXXXXXXXX, en la causa penal acumulada número 167/2009, del Juzgado Cuarto Penal del Primer Departamento Judicial del Estado, y que son los mismos que narra y señala en la demanda como maltrato físico y mental, siendo que no basta el argumento expuesto en el fallo, en el sentido de que no le favorece la prueba porque aún no se ha dictado sentencia ejecutoriada que condene a la demandada, pues la causal invocada en la demanda señala precisamente que se pierde la custodia

cuando haya daño físico o mental o perjuicios, aunque no exista la sanción por la ley penal. - - - - -

Que en el fallo se vulnera lo preceptuado en los artículos 305, 170 fracción II, y 307 fracción II y 52 fracción I del código adjetivo de la materia, en virtud de que no se quiso admitir la prueba documental pública superveniente consistente en la sentencia definitiva de fecha veintinueve de junio del año dos mil once, dictada en al causa penal acumulada número 167/2009 del Juzgado Cuarto Penal del Primer Departamento Judicial del Estado, en la cual se consideró a la demandada XXXXXXXXXXXX, socialmente responsable por el delito de VIOLENCIA INTRAFAMILIAR, por los mismos hechos que fueron relatados en la demanda inicial para fundar las acciones familiares planteadas, que además, se hizo caso omiso a sus diversos escritos que el ahora apelante presentó previamente al dictado de la sentencia recurrida, por lo que no se dio pronta respuesta a su petición siendo que la juez debió acceder a lo solicitado a fin de proveer lo mejor sobre el asunto y esclarecer el derecho de las partes en beneficio e interés superior de los infantes. - - - - -

Que se aplicó inexactamente lo dispuesto por los artículos 216 fracción V y 305 del Código Procesal Civil del Estado respecto a la valoración de la prueba consistente en el Segundo Testimonio de Escritura Publica de fecha once de diciembre de dos mil siete levantada por la licenciada XXXXXXXXXXXX, puesto que la Juez estimó respecto a esta probanza que la demandada

no era irresponsable cuando dejó a los hijos bajo el cuidado de una vecina, cuando que si la patria potestad la conservan ambos padres, la obligación de la madre era notificarle a fin de que él se hiciera cargo de los infantes. - - - - -

En el cuarto motivo de inconformidad, el recurrente reclama la inexacta aplicación del numeral 376 fracción II del Código Civil del Estado y falta de aplicación de los artículos 308,311 y 225 del Código Procesal Civil del Estado, porque éstos regulan sobre las pruebas documentales privadas y de su valor probatorio, y en este caso, aduce el apelante, las documentales privadas consistentes en los reportes psicológicos de los menores XXXXXXXXXXX, XXXXXXXXXXX y XXXXXXXXXXX provienen de un tercero de buena fe, con capacidad y calidad científica, como lo es el Doctor XXXXXXXXXXX y nunca fueron objetadas por la parte contraria, y es por ello que, sin necesidad de pedir su ratificación, tienen pleno valor, para acreditar los daños emocionales derivados de su relación con su progenitora. Citando el recurrente para apoyar su criterio, la Jurisprudencia que lleva por rubro: "DOCUMENTOS PRIVADOS, OBJECION A LOS." - - - - -

En su quinto agravio, el apelante alega que en el fallo, la Juez estimó que la falta de desahogo de la prueba pericial ocasionó la improcedencia de la acción, pero que dicha omisión no es imputable al actor, ya que siempre dio impulso a la prueba, siendo que en nuestra legislación la carga de impulsar la citada prueba pericial recae en los juzgadores y mas aún en este

caso en donde hay un interés superior por el cual deben velar, por lo que debió desahogarse de oficio esta prueba y no declarar que precluyó su derecho, asegurando el inconforme que respecto a esta negativa se encuentra pendiente la resolución del toca 332/2011 que cursa ante la Sala Colegiada Mixta del Tribunal Superior de Justicia del Estado; que cuando se citó para sentencia en este asunto, llamó la atención a la juzgadora sobre este recurso pendiente de decidir e interpuso una revocación del auto de citación para sentencia, pero ella hizo caso omiso, por lo que señala una doble violación procesal que debe ser reparada, ya que nunca debió citarse para sentencia, estando pendiente de desahogar una prueba que debe desahogarse en atención al interés superior del menor. Citando el recurrente como apoyo a su criterio, la tesis que lleva por rubro: "PATRIA POTESTAD, PÉRDIDA DE LA. TIENE UNA DOBLE FINALIDAD, DE SANCIÓN Y DE PROTECCIÓN, LO QUE OBLIGA AL JUZGADOR A ALLEGARSE DE LAS PRUEBAS NECESARIAS PARA DECIDIR SOBRE AMBOS EXTREMOS." - - - -

El recurrente además expresa diversas violaciones procesales que asegura fueron cometidas durante el procedimiento. - - - - -

Como sexto y último agravio, el apelante aduce que en la sentencia se viola en su perjuicio por inexacta aplicación, el artículo 314 fracción III del Código Procesal Civil del Estado, pues la juzgadora restó valor probatorio al dicho de los ciudadanos XXXXXXXXXXXX, XXXXXXXXXXXX y XXXXXXXXXXXX, dejando de apreciar que los testigos han escuchado pronunciar las palabras que

imputan a XXXXXXXXXXXX como responsable de los maltratos a los menores. - - - - -

Es fundado y suficiente, en lo medular, el quinto de los agravios que invoca el recurrente y suficiente para revocar la sentencia a estudio.- - - - -

En efecto, En la especie, es preciso dejar sentado que el actor pidió tanto la pérdida de la guarda y custodia como de la patria potestad, ahora bien, las referidas instituciones jurídicas tienen como principal objeto la protección de los menores no emancipados, ya se trate de hijos nacidos de matrimonio, de hijos habidos fuera de él o de hijos adoptivos; que su ejercicio corresponde al progenitor, progenitores o padres, respecto de los cuales ha quedado establecida legalmente la filiación, y que por tanto también guarda una función social que se refleja en un interés del Estado. - - - - -

Así el artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece, en su parte conducente, lo siguiente: "Artículo 4º (...) 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." - - - - -

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño establece como derechos de las niñas, niños y adolescentes, la atención especial en consideración a sus propios intereses, calificados de superiores en todas las instancias judiciales, administrativas o de bienestar social por parte de los Estados, los padres, tutores u otras personas responsables de ellos ante la ley. Así, en lo que aquí interesa dispone lo siguiente:

"Artículo 3.1. 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. --- 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. ..." ---

"Artículo 5. Los Estados partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente convención." --- "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." --- "Artículo 9. 1. Los Estados partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, [excepto cuando], a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. [Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato] o descuido por parte de sus padres o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. --

-- 2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.--

- 3. Los Estados partes respetaran el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, [salvo si ello es contrario al interés superior del niño]." Y "Artículo 18.1. Los Estados partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el

desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño. - - - - -

Por otra parte, los numerales 5, 6, 7, 18, 28 y 51 de la Ley para la Protección de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes para el Estado de Yucatán, respectivamente, disponen: --- "Artículo 5. Los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes constituyen el interés superior del Estado y cualquier acción relacionada con tales derechos deberá ser adecuada a los principios que establezcan su mayor conveniencia y asegure la oportunidad de desarrollarse plenamente en condiciones de igualdad. --- Artículo 6. Son principios rectores en la observancia, interpretación y aplicación de esta ley, los siguientes: --- I. El del interés superior de las niñas, niños y adolescentes, que implica dar prioridad a su bienestar en todas las circunstancias y ante cualquier interés que vaya en su perjuicio. --- Este principio orientará la actuación de todas las autoridades encargadas de la aplicación e interpretación de las normas jurídicas que otorgan derechos, y previenen violaciones a los derechos fundamentales de las niñas, niños y adolescentes; así como cualquier otra encargada de la defensa, protección y tutela jurídica, debiendo reflejarse en la asignación de recursos públicos para programas sociales, en la atención integral de los servicios públicos, así como en la formulación y ejecución de políticas públicas relacionadas con ellos; --- II. El de corresponsabilidad y participación de los miembros de la familia, Estado y sociedad; --- III. El de igualdad;

- -IV. El de equidad; --- V. El de vivir en familia, como espacio primordial de desarrollo; --- VI. El de vivir en un ambiente libre de violencia, y --- VII. El del respeto universal a la diversidad cultural, étnica, y religiosa. --- Artículo 7. Las autoridades e instituciones públicas de nivel estatal y municipal tendrán la obligación de asegurar en el ámbito de sus respectivas competencias, el cabal cumplimiento de los derechos de las niñas, niño y adolescente. --- Artículo 18. Las niñas, niños y adolescentes no deberán ser sujetos de ningún tipo de discriminación en razón del sexo, edad, condición física, social, económica, lingüística, preferencias, filiación, instrucción, religión, ideología, origen étnico, nacionalidad o cualquier otra que menoscabe la dignidad humana, sus derechos y libertades. --- Artículo 28. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a vivir en condiciones que permitan su crecimiento sano y armonioso, tanto físico como mental." Y "Artículo 51. Las autoridades judiciales, después de escuchar a las niñas, niños o adolescentes y a la Procuraduría, decidirán el lugar en que deben residir cuando se encuentren separados sus progenitores, y la forma en que mantendrán con estos una relación personal y contacto directo de modo regular. Las autoridades judiciales se asegurarán que dicha relación y contacto se realice, debiendo decretar la remoción de la custodia del ascendiente, salvo que sea contrario al interés superior de las niñas, niños o adolescentes.".

Una vez establecido lo anterior, cabe considerar

que la pérdida de la patria potestad y de la guarda y custodia genera —entre otros aspectos— una consecuencia directa en la tutela de los derechos de defensa del menor para representarlo en cualquier procedimiento que pudiera acarrearle alguna resolución de desventaja o de perjuicio a su interés superior. Y, por tanto, la determinación de su pérdida es considerada una sanción a partir de la acreditación de las condiciones que el legislador contemple necesarias. Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que la patria potestad implica "una correlación de derechos y deberes generada por la relación afectiva existente entre padres e hijos, que se enfocan a la salvaguarda de las necesidades del niño, para su formación y desarrollo integral." Asimismo, se ha interpretado que dicha figura deriva de la filiación, que consiste en el conjunto de facultades y obligaciones que la ley impone a los ascendientes con respecto a la persona y bienes de sus descendientes menores de edad. Luego, la pérdida de la patria potestad tiene una doble finalidad, de sanción y de protección, lo que obliga **al juzgador a allegarse de las pruebas necesarias para decidir sobre ambos extremos**, por lo que cuando la actualización de determinadas conductas de los progenitores o de las personas que ejercen la patria potestad, puedan poner en peligro la integridad física, mental, psicoemocional, económica y sexual del menor o causarle algún daño en tales aspectos, la consecuencia debe ser la aplicación de tales medidas que son de carácter

excepcional. De ahí que los órganos jurisdiccionales, al conocer de estos procedimientos, **deben tomar pleno conocimiento de los hechos que se invocan como generadores de las causales de privación** mediante las pruebas que aporten las partes y las que recaben los propios juzgadores en uso de las amplias facultades que tienen en estos casos, con la finalidad de contar con todos los elementos que evidencien el estado integral del menor, es decir, los que presenta, antes o después de la presentación de la demanda, así como de las consecuencias del daño ocasionado o del peligro al que se le expuso, a efecto de tomar las medidas pertinentes en protección del interés del menor, para que se cumpla con la doble finalidad que conlleva esa figura jurídica. - - - - -

En la especie, tal como expresó la resolutora de primer grado, de autos se aprecia una serie de indicios como son un informe psicológico de los menores XXXXXXXXXXX, XXXXXXXXXXX y XXXXXXXXXXX todos de apellidos XXXXXXXXXXX, llevado a cabo por el psicólogo XXXXXXXXXXX, en el que consta que el citado profesionista recomendó un tratamiento psicológico para que la demandada mejore sus relaciones con los menores; así como la existencia de entrevistas que obran en autos y que fueron llevadas a efecto por personal adscrito al Departamento de Trabajo Social de la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia dentro del expediente que en esa dependencia obra con motivo del seguimiento dado a los citados menores (ver folios 64 al 86 al calce) y que son las mismas que obran en la averiguación previa

seguido bajo el índice 243/2008, (ver folios 135 al 142 al calce) y las declaraciones ministeriales de los menores (ver folios 243 al 253) y con la cual se integró y formó la causa penal numero 167/2009 del Juzgado Cuarto de lo Penal del Primer Departamento Judicial del Estado, en la que con fecha diecisiete de junio del año dos mil nueve, se dictó un auto de segura y formal prisión a la demandada como probable responsable de la comisión del delito de violencia intrafamiliar. (Ver folios 346 al 368). - - - - -

Ahora bien esta Sala Colegiada, habiendo revisado dichas probanzas considera que las mismas son insuficientes para dilucidar la cuestión, ya que constituyen pruebas indirectas, cuando que en atención al principio procesal de inmediación que tiene como finalidad, mantener una íntima relación con los involucrados desde el inicio del proceso hasta la sentencia final, corresponde al juzgador recoger directamente y sin intermediario alguno, sus impresiones personales, asegurando así la obtención del conocimiento más apegado a la verdad material; en el caso concreto, a fin de tener la certeza jurídica acerca de la existencia o no, del maltrato aludido en afectación de los infantes, así como el alcance de éste. Por lo que a fin de asegurar que se dé cumplimiento total a los derechos de los citados infantes, pues tanto la salud física, como la salud mental de los adolescentes, niñas y niños constituyen derechos sustantivos garantizados por la Constitución; con fundamento en los artículos 182, en relación con el

52 del Código de Procedimientos Civiles del Estado; con el 9.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y con los diversos 6, fracción I, 7 y 51 de la Ley para la Protección de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, para el Estado de Yucatán, así como en el Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a niños, niñas y adolescentes, elaborado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y publicada en el Diario Oficial de la Federación el diez de junio de dos mil once, que establecen los principios procesales en los casos en que se encuentren vinculados aquéllos, esta Sala estima que debe reponerse el procedimiento a partir del auto de citación para sentencia emitido con fecha primero de agosto del año dos mil once (ver folios 780 del expediente principal) para los efectos, que seguidamente se enuncian, independientemente del orden en que la juzgadora estime conveniente llevarlos a cabo: - - - - -

Debe admitirse a trámite una prueba pericial psicológica, por profesionistas especializados en menores de edad, en las personas, del adolescente XXXXXXXXXXXX, del niño XXXXXXXXXXXX y la niña XXXXXXXXXXXX, la cual necesariamente debe desahogarse de oficio, es decir, sin necesidad de petición de parte, en la que independientemente de las formalidades establecidas en el Código de Procedimientos Civiles del Estado, Libro Primero, Capítulo V, denominado de la "Prueba Pericial" referentes a las cualidades de los peritos y su recusación, a fin de agilizar el procedimiento, en

interés superior del infante, cada parte, dentro del término que fije la autoridad de primer grado, presentará un escrito nombrando a un perito, quien deberá manifestar la aceptación a su designación, y en su defecto, la juez nombrará peritos en rebeldía y al mismo tiempo al perito tercero; posteriormente, los citará a una audiencia, a fin de los aludidos peritos acuerden sobre la metodología que llevarán a cabo en la evaluación de los referidos infantes, previamente, la juez fijará como base a los peritos que observen, todas las reglas de actuación a que se refiere el Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a niñas, niños y adolescentes emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y publicado en el Diario Oficial de la Federación, el diez de junio de dos mil once. Asegurándose así el cumplimiento de los principios del interés superior del niño, niña y adolescente, no discriminación, trato con respeto y sensibilidad, no revictimización, limitación de la injerencia en la vida privada, protección de la intimidad, no publicidad y derecho a participar. Finalmente, la juez señalará lugar, día y hora para la práctica de la diligencia en la que deberá evaluarse independientemente, en forma cautelosa y prudente a cada niño, es decir, a cada uno por separado. - - - - -

Además de lo anterior, con fundamento en el precedente emitido por la Sala Colegiada Civil, Familiar y Mercantil. PA.SC. 2ª. III.17/011 FAMILIAR, que dice: "*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. Precedente: Toca **50/2011**. Ponente: Magistrada Mygdalia A. Rodríguez Arcovedo. Unanimidad de votos. Sesión de 7 de septiembre de 2011. Toca 507/2011. Ponente Magistrado Jorge Rivero Evia." La juez deberá fijar fecha, hora y lugar, para una audiencia en la que escuchará por separado a cada uno de los menores acerca de la opinión que tienen de sus

padres, así como con quien prefieren estar y sus motivos; en dicha audiencia deberá seguirse todas y cada una de las formalidades establecidas en el precedente antes transcrito, es decir, debe contarse con la presencia de personal calificado de la Procuraduría de la Defensa del menor y la Familia y de la Fiscalía adscrita al juzgado del conocimiento, sin que a la audiencia estén presentes los progenitores. -

Una vez, hecho lo anterior, la juez tomará todos estos elementos para concatenarlos con los demás medios de prueba aportados al proceso, a fin de que esté en aptitud de decidir con mejores herramientas de juicio sobre la controversia de origen, todo ello en atención al interés superior del niño y hecho lo anterior, seguidos los trámites legales, resuelva con libertad de jurisdicción sobre la litis sometida a su consideración. - - - - -

Cabe precisar que este criterio encuentra apoyo en la ejecutoria federal de fecha dieciocho de noviembre de dos mil once, emitida por el H. Tribunal Colegiado en Materias Civil y Administrativa del Decimocuarto Circuito, al resolver el Juicio de Amparo Directo número 386/2011, en los autos del Toca número 2509/2010. - - - - -

Finalmente, a fin de aportar elementos a la titular del Juzgado Cuarto de lo Familiar del Primer Departamento Judicial del Estado, y para que ésta pueda orientar su criterio al resolver sobre la materia de los alimentos a favor de los menores, resulta procedente informarle que es un hecho notorio para esta

Sala Colegiada Civil y Familiar que con fecha once de octubre del año dos mil once, se dictó nueva resolución, en cumplimiento de la ejecutoria federal de fecha cinco de octubre de dos mil once, emitida por el Tribunal Colegiado en Materias Civil y Administrativa del Décimo Cuarto Circuito, en el Juicio de Amparo Directo número trescientos treinta y cinco diagonal dos mil once, promovido por XXXXXXXXXXXX por su propio y personal derecho y en representación de su hijo menor XXXXXXXXXXXX, en contra de la sentencia de fecha veinte de abril del año dos mil once dictada por esta propia Sala, en los autos del toca dos mil quince diagonal dos mil diez relativo al recurso de apelación interpuesto por XXXXXXXXXXXX, en ejercicio de la patria potestad de sus hijos menores XXXXXXXXXXXX, XXXXXXXXXXXX y XXXXXXXXXXXX, en contra de la sentencia de fecha once de agosto del año dos mil diez, dictada por el Juez Tercero de lo Familiar del Primer Departamento Judicial del Estado, en el juicio ordinario civil de reducción de pensión alimenticia promovido por XXXXXXXXXXXX, en contra de la apelante con su indicado carácter, dictándose una nueva resolución en la que se tomó en cuenta que el menor XXXXXXXXXXXX, se encuentra con su padre y se determinó que el monto de la cantidad que recibiría la demandada como pensión por los dos menores hijos que en ese momento tenía bajo su cuidado sería el de dieciséis mil seiscientos sesenta y seis pesos, con sesenta y seis centavos, moneda nacional, equivalente al XXXXXXXXXXXX por ciento sobre el monto pactado de XXXXXXXXXXXX pesos moneda nacional, mensuales. Y el suministro en el mes

de diciembre de cada año, a favor de los menores
XXXXXXXXXX y XXXXXXXXXXXX, por la cantidad de tres mil
trescientos treinta y tres pesos con treinta y tres
centavos, moneda nacional que es la suma proporcional
que les corresponde de la cantidad de cinco mil pesos
moneda nacional, pactados. - - - - -

QUINTO.- Habiendo resultado fundado en lo medular
uno de los agravios invocados por el apelante, en
cuanto a que atendiendo el mejor beneficio de los
menores debió desahogarse la prueba pericial
psicológica ofrecida en el juicio, debe revocarse la
sentencia a revisión, a fin de reponer el
procedimiento a partir de la citación de sentencia,
para los efectos precisados en el considerando cuarto
que antecede. Asimismo, resulta innecesario el estudio
de los demás agravios sostenidos por el apelante, en
atención a la indicada reposición del procedimiento. -

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

PRIMERO.- Es fundado y suficiente, en lo medular,
uno de los agravios invocados por XXXXXXXXXXXX. - - - - -

SEGUNDO.- SE REVOCA la sentencia definitiva de
fecha once de agosto del año dos mil once, dictada por
la Juez Cuarto de lo Familiar del Primer Departamento
Judicial del Estado, en el expediente número 537/2009
relativo al Juicio Ordinario Civil de Custodia y
Pérdida de la Patria Potestad promovido por el
apelante, en contra de XXXXXXXXXXXX, a fin de que se
reponga el procedimiento a partir de la citación para
sentencia y para los efectos precisados en la parte
considerativa; hecho lo cual, se seguirá el tramite de

ley y se emitirá la sentencia que en derecho corresponda. - - - - -

TERCERO.- Notifíquese; devuélvanse a la Inferior los autos originales remitidos a este Tribunal para su revisión, juntamente con una copia certificada de la presente resolución, a fin de que 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 dieciocho de abril del año dos mil doce, 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.-