

CUARTA SALA EN MATERIA CIVIL DEL HONORABLE
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA EN EL ESTADO.

TOCA NÚMERO: 115/2019.

JUICIO: PRIVILEGIADO DE VISITA Y CONVIVENCIA.

APELANTE: ***** ***** ***** ***** .

PONENTE: MAGISTRADO JOSÉ MONTIEL
RODRÍGUEZ.

En Ciudad Judicial, Puebla, a seis de mayo de dos mil diecinueve.

Vistos, los autos del toca 115/2019, a la apelación interpuesta por ***** ***** ***** ***** , contra la sentencia definitiva de fecha veintiocho de noviembre de dos mil dieciocho, dictada por el Juez del distrito judicial de Tlatlauquitepec, en el expediente número *****/***** , relativo al juicio privilegiado del derecho de visita y convivencia, promovido por el expresado apelante, en contra de ***** ***** ***** ***** , respecto de su hija *****; y

RESULTANDO

Primero. En el expediente *****/***** , del índice del Juzgado del distrito judicial de Tlatlauquitepec, el veintiocho de noviembre de dos mil dieciocho, fue dictada sentencia definitiva cuyos puntos resolutiveos son los siguientes:

“...PRIMERO. Esta autoridad fue competente para conocer y fallar del presente JUICIO PRIVILEGIADO SOBRE DERECHO DE CONVIVENCIA, promovido por ***** ***** ***** ***** ***** respecto de la menor...

La suplencia se debe observar porque a pesar de que la niña no es *parte formal* en el juicio, la resolución que se dicte podría *afectar su derecho a la convivencia familiar*, por lo que *la suplencia debe garantizar –se reitera, en asuntos donde se involucran intereses de menores- la protección de sus derechos humanos con el fin de lograr su bienestar físico, emocional y social.*

Apoya lo anterior la jurisprudencia VI.2o.C. J/17 (10a.), sustentada por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Sexto Circuito, visible en la página dos mil ciento veintinueve, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Tomo III, Libro veintinueve, abril de dos mil dieciséis, del tenor siguiente:

“SUPLENCIA DE AGRAVIOS EN ASUNTOS QUE AFECTEN AL INTERÉS FAMILIAR, ENTRE ELLOS, LOS QUE ASISTEN A MENORES. CON MOTIVO DE ESTA INSTITUCIÓN JURÍDICA EL TRIBUNAL DE ALZADA NO PUEDE OMITIR SU ANÁLISIS POR ESTIMARLOS INOPERANTES, INSUFICIENTES O INATENDIBLES, PORQUE ESTÁ OBLIGADO A SUPLIRLOS EN SU DEFICIENCIA O, INCLUSO, ANTE SU AUSENCIA TOTAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA). En los asuntos en que se involucren derechos que puedan afectar al interés de la familia, entre ellos, los que asisten a los menores, en términos de los artículos 509, fracción I, del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Puebla abrogado, de similar contenido al 398, fracción I, del vigente, el tribunal de alzada debe suplir la falta de agravios o las deficiencias de los que se hubieren expresado, a fin de salvaguardar el interés superior que corresponde a los titulares de esos derechos, atento a lo cual, resulta incorrecto que los desestime por inoperantes, insuficientes, o inatendibles, cuando cualquiera de esas connotaciones tiene por origen un error en el planteamiento o estructura del argumento relativo, pues la indicada institución tiene por objeto, en un primer plano, corregir o perfeccionar los planteamientos esbozados para impugnar una determinada resolución jurisdiccional y, desde otra perspectiva, hacer valer todos aquellos motivos de inconformidad que, de manera eficiente, conduzcan legalmente a la emisión de un fallo en que se salvaguarden los derechos de los sujetos a favor de los cuales se suple la omisión

advertida. Por tanto, la autoridad jurisdiccional de segunda instancia debe analizar la legalidad del fallo alzado para concluir en lo fundado o infundado de la pretensión impugnatoria del recurrente, sin que le esté permitido omitir la ponderación de los agravios del inconforme sobre la base de su inoperancia, insuficiencia o inatendibilidad, precisamente, porque le asiste la obligación de suplirlos en su deficiencia o, incluso, ante su ausencia total.”

II. El apelante expresó agravios en los términos que se desprenden del escrito a cuyo tenor interpuso el recurso, los que se tienen aquí por reproducidos como si a la letra se insertaran, en obvio de repeticiones inútiles.

III. Para mayor claridad en la exposición, la Sala se expide en los términos siguientes:

1. ¿Cuál es el sentido de la sentencia recurrida?

La sentencia, *decretó que la niña ***** podrá gozar de su derecho de visita y convivencia con su padre, ***** ***** ***** ******, ***los días domingos de cada semana, en un horario de las diez a las diecinueve horas en el domicilio de la mamá de ella, en el entendido de que el actor podrá extraerla de ese domicilio –donde habita-, a fin de que pueda convivir con los miembros de la familia paterna, y una vez concluido el horario de convivencia, la devolverá a las diecinueve horas del mismo día en el domicilio de la madre.***

2. ¿Qué determinó el sentido de la sentencia?

En el ***CONSIDERANDO IV*** de la sentencia, *cuando la Juez A Quo se pronunció atinente al derecho de visita y convivencia del apelante con su menor hija*, determinó que debido a la edad de la niña (********** años con ******** ******** a la

*“LA DECLARACIÓN DE PARTE SOBRE HECHOS PROPIOS Y AJENOS a cargo de ***** ***** ***** *****”*

“LA PRESUNCIONAL LEGAL Y HUMANA”

La Juez *A Quo* refirió que *si el actor confesó que su jornada de trabajo es de lunes hasta la tarde del sábado, es innegable que el único día disponible para convivir y darle la atención necesaria a la menor, son los domingos; ello, en el entendido de que el actor ocupa el tiempo restante del día sábado para sus actividades personales que no puede efectuar debido a la jornada laboral.*

Esta consideración –*confesión* del actor respecto a la jornada laboral-, se aprecia de la Declaración de Parte Sobre Hechos Propios y Ajenos a su cargo, en que se le hizo la pregunta siguiente:

“5.- Que diga el absolvente sus días y horarios de trabajo. Se califica de legal, Contestó: De Lunes a sábado a medio día.”

3. ¿Qué alega el recurrente?

La Juez de la Causa, en el Resolutivo *TERCERO* de la recurrida, dejó de aplicar lo previsto en el artículo 367 del Código Civil y por ello no se encuentra resolviendo de manera eficaz al interés superior del menor, pues no es posible que al apelante se concedan nueve horas a la semana para convivencia con la menor ***** y a la demandada ciento cincuenta y nueve horas a la semana, hecho que no se encuentra sustentado *ya que es muy poco el tiempo que se determinó para la convivencia entre padre e hija y con ello no es posible que la menor tenga relaciones afectivas con su padre para vivir plenamente y alcanzar el máximo bienestar posible, ya que si trasladan esas horas al año, resulta que el apelante únicamente*

podrá convivir cuatrocientas sesenta y ocho horas al año y la demandada ocho mil doscientas noventa y dos horas.

Por otra parte la sentencia recurrida no toma en cuenta la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, que en el artículo 1° regula y garantiza la igualdad de oportunidades y de trato entre mujeres y hombres, Ley que no fue tomada en consideración *ya que al apelante por el hecho de ser hombre la Juez de primera instancia le concede 468 (Cuatrocientas Sesenta y Ocho) horas de convivencia con la menor *****., mientras que a la demandada por el hecho de ser mujer le concedió 8292 (Ocho Mil Doscientas Noventa y Dos horas), hecho que denota un estado de inequidad procesal e inequidad de género.*

Transcribe la tesis de rubro. "DERECHO HUMANO A LA IGUALDAD ENTRE EL VARÓN Y LA MUJER. SU ALCANCE CONFORME A LO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 4°. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES."

4. Opinión de la Sala.

Conviene decir que el régimen de visita y convivencia estructurado por la Juez no es el mejor ni el acorde a las necesidades e interés superior de la niña.

Se explica.

La visita y convivencia son derechos básicos de los niños que viven separados de alguno de sus padres, que deben privilegiarse por encima de cualquier conflicto que

exista entre sus progenitores, porque la presencia de las figuras materna o paterna -aunque sea de manera ocasional o temporal- fomenta el correcto desarrollo, bienestar y el equilibrio emocional de los niños desde temprana edad.

Por esa razón, *la determinación relativa a los derechos de visita y convivencia debe tener como fundamento el interés superior de los menores*, pues constituye el eje rector de ese pronunciamiento.

Se deben considerar, al efecto, diversos elementos que permitan conocer entre otras cosas, factores de temporalidad y periodicidad, para establecer el ejercicio de los mencionados derechos de visita y convivencia, pero siempre velando por el bienestar de los menores en cuestión.

Elementos que se obtienen de la tesis aislada: "RÉGIMEN DE CONVIVENCIA O DERECHO DE VISITAS. ELEMENTOS A LOS QUE HA DE ATENDER EL JUEZ DE LO FAMILIAR AL MOMENTO DE MOTIVAR SU DECISIÓN", y (de manera enunciativa), son:

- Edad de los menores.
- Necesidades y costumbres.
- Actividades personales, escolares, extraescolares, culturales y deportivas.
- Días de vacaciones, feriados, onomásticos y especiales.
- Opinión que la infante tienen respecto a sus progenitores.
- Relación con el padre no custodio.
- Orígenes del conflicto familiar
- Disponibilidad y personalidad del padre no custodio.
- Tiempo de convivencia de la con sus progenitores.

- Distancia geográfica entre la residencia habitual del infante y la del progenitor no custodio.

Entonces, el tribunal de lo familiar debe contar con datos probatorios en actuaciones, aportados por las partes, así como recabados de forma oficiosa, de los propios elementos a considerar, para poder fijar el régimen de visitas y convivencias atendiendo al interés superior de los niños.

En el caso, -como se ve más arriba al transcribir los medios de prueba tomados en consideración- no se cuenta con datos de prueba sobre los elementos identificados.

Se sostiene lo anterior, porque en efecto, la Juez de primer grado en el caso que nos ocupa, fijó la estructura de visita y convivencia, *sólo con el material aportado por las partes*, en específico, con la copia certificada del acta de nacimiento (que sirve para verificar la edad de la menor) y la Declaración de Parte Sobre Hechos Propios y Ajenos a cargo del actor (*Pregunta 5*), en la que el padre de la niña dijo que *trabaja de lunes a sábado medio día*.

Afirmación que a pesar de ser emitida por el padre de la menor y tener pleno valor probatorio, *no es suficiente para determinar los demás parámetros que fijan la visita y convivencia*. Aquí conviene recordar lo que dijo el padre de la niña en esa prueba:

Pregunta:

"5.- Que diga el absolvente sus días y horarios de trabajo. Se califica de legal, Contestó"

Respuesta:

"De Lunes a sábado a medio día"

Como se ha dicho, la Juez debe atender los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que concurren en la familia, buscando lo que se entiende mejor para los hijos, para su desarrollo integral, personalidad, formación física y psíquica, apreciando las necesidades de atención, cariño, alimentación, educación y ayuda escolar, sosiego y clima de equilibrio para su desarrollo, y sobre todo, si existe un rechazo o una especial identificación con alguno de los padres.

Pero, la Juez de la causa –contrario a lo indicado-, se limitó a referir los días y horas de visita, sin exponer cómo el material convictivo le servía de referencia para determinar la temporalidad y periodicidad. No verificó con algún medio de prueba los horarios y días de trabajo del padre.

Tampoco existe un estudio socioeconómico que posibilite el mejor conocimiento de su entorno, para estructurar el régimen del que se habla.

Es evidente -entonces- que la Juez del conocimiento no estaba en condiciones para decidir correctamente lo relativo a la regulación de las visitas y convivencias de la niña con su padre no custodio; máxime, que de las pruebas aportadas por las partes en juicio (documentales, testimoniales y declaraciones de parte) no se advirtió dato alguno que sirviera para ese fin, ***por lo que la Juez, debió recabar los elementos necesarios para juzgar correctamente.***

Es decir, ***debió ordenar la práctica de pruebas para allegarse de datos con los que pudiera conocer los***

extremos en comento, pues el no hacerlo, produce una violación de fondo que derivó de un estado de indefensión respecto a los derechos de la niña, pues se reitera, en la secuela procesal no se atendió el interés superior de esta, ni se decretó la práctica o ampliación de cualquier diligencia probatoria necesaria y conducente para el conocimiento de la verdad, relativa al bienestar de la menor, respecto a las visitas y convivencias con su padre.

5. Sentido de la Resolución.

Esta Sala, con fundamento en el artículo 400 fracción I del Código de Procedimientos Civiles para el Estado, *deja insubsistente la sentencia apelada y ordena la reposición del procedimiento* con el objetivo de que:

a. La Juez Natural recabe medios de convicción tendentes a determinar cuáles son las actividades personales, en su caso escolares, extraescolares, culturales y recreativas de la pequeña involucrada; en qué horario y días de la semana las realiza, en atención a que en la actualidad cuenta con **** años, ***** meses.

b. Requiera a ambos padres para que bajo protesta de decir verdad, manifiesten cuál es el horario y cuántos días a la semana asisten a su centro laboral, su ubicación y de ser posible proporcionen datos sobre sus periodos vacacionales, de descanso y días especiales (cumpleaños, etcétera).

c. También los padres informen al juzgado de primera instancia, su domicilio personal y el medio de transporte que utilizan para trasladarse a cualquier sitio; y.

*Juez Natural resuelva lo que en derecho proceda respecto del régimen de visita y convivencia, pero en la nueva sentencia, deberá reiterar la acreditación de la acción de visita y convivencia deducida por ***** ***** *****
*****.*

Lo anterior con fundamento en el artículo 677 fracciones VI y VII del Código de Procedimientos Civiles actual, que en lo conducente disponen:

“Los procedimientos sobre cuestiones familiares son de orden público y se regirán por las disposiciones siguientes: (...)

VI.- El Juez, de estimarlo necesario y siempre en beneficio de la familia, suplirá en lo conducente, la deficiencia de la actividad de las partes en el procedimiento, sin contrariar las constancias existentes en autos;

VII.- Para la investigación de la verdad, se podrá ordenar la recepción de cualquier prueba, aunque no la ofrezcan las partes...”

Sirve de apoyo la jurisprudencia emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Décima Época con Registro: 2003069, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XVIII, Marzo de 2013, Tomo I, Materia(s): Constitucional, Tesis: 1a./J. 30/2013 (10a.), Página: 401, de rubro siguiente: **“INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. PARA PRESERVARLO, EL JUZGADOR ESTÁ FACULTADO PARA RECABAR Y DESAHOGAR DE OFICIO LAS PRUEBAS QUE CONSIDERE NECESARIAS”.**

Por último, dado que la reposición de procedimiento, no es ocasionada por las partes, sino por la inobservancia a la ley y al principio del interés superior del menor, no se formula especial condena en costas en segunda instancia.

Por lo expuesto y fundado, se resuelve:

Primero. *Se deja insubsistente la sentencia apelada y ordena la reposición del procedimiento, para los fines señalados en el Considerando III de esta resolución y, hecha la reposición, la Juez Natural, resuelva lo que en derecho proceda respecto del régimen de visita y convivencia.*

Segundo. No se formula condenación al pago de los gastos y costas; y

Tercero. En su oportunidad, remítase copia certificada de esta resolución al juzgado de origen y archívese el presente como asunto concluido.

Notifíquese a las partes como corresponda.

Así por unanimidad de votos, lo resolvieron los Magistrados **Jared A. Soriano Hernández, José Montiel Rodríguez y Elier Martínez Ayuso**, que integran la Cuarta Sala en Materia Civil del Honorable Tribunal Superior de Justicia del Estado de Puebla, actuando como ponente el segundo de los nombrados y firman ante el secretario de acuerdos **Adolfo Hernández Martínez**, que autoriza y da fe.