

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

**TOCA NÚMERO: 182/2019.**

**JUICIO: GUARDA Y CUSTODIA.**

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

**PONENTE: JOSÉ MONTIEL RODRÍGUEZ.**

En Ciudad Judicial, Puebla, a dieciséis de octubre de dos mil diecinueve.

***Vistos***, los autos del toca **182/2019**, a la apelación interpuesta por \*\*\*\*\* , **contra la sentencia definitiva de cinco de noviembre de dos mil dieciocho, dictada por el Juez Quinto de lo Familiar del distrito judicial de Puebla, en el expediente número \*\*\*\*\***, relativo al *juicio de guarda y custodia* promovido por \*\*\*\*\* , respecto de su hijo \*\*\*\*\* , en contra de la expresada apelante; y

**RESULTANDO**

**Primero.** En el expediente \*\*\*\*\* , del índice del Juzgado Quinto de lo Familiar del distrito judicial de Puebla, el cinco de noviembre de dos mil dieciocho, fue dictada sentencia definitiva, cuyos puntos resolutiveos son los siguientes:

“... **PRIMERO.** Esta autoridad ha sido competente para resolver el Juicio Privilegiado de Guarda y Custodia.

**SEGUNDO.** Por las razones expuestas en la parte considerativa se declara que \*\*\*\*\* , probó su acción de guarda y respecto de

su menor hijo...; la demandada \*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*, no acreditó sus excepciones.

**TERCERO.** Se concede a \*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*, la guarda y custodia definitiva de su hijo..., la cual puede ser modificada si las causas que la motivaron variaren o desaparecieren, o que en su defecto, el menor afecto (sic) corra un grave peligro en su sano desarrollo.

**CUARTO.** No se hace especial condena en costas.”

**Segundo.** Inconforme \*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*, interpuso el recurso de apelación que originó el toca; y

## **CONSIDERANDO**

**I.** De conformidad con el artículo 396 del Código de Procedimientos Civiles, la sentencia de segunda instancia sólo tomará en consideración los agravios expresados.

Sin embargo, el diverso 398 del mismo Ordenamiento prescribe al Tribunal de apelación suplir la falta de agravios o la deficiencia de los expresados, entre otros casos que ahora no interesan, cuando el juicio -como aquí sucede- verse sobre derechos que pudieren afectar el interés de la familia.

**II.** La apelante expresó agravios en los términos que se desprenden del escrito a cuyo tenor interpuso el recurso, que se tienen aquí reproducidos en obvio de repeticiones inútiles.

**III.** Para mayor claridad, la Sala conviene expedirse en los siguientes términos:

**1. ¿Cuál es el sentido de la sentencia recurrida y qué lo determinó?**

El Juez **concedió al actor** la guarda y custodia del niño, hijo de los contendientes.

En el *Considerando III* de la sentencia, después de realizar una reseña de la demanda y de la contestación, el Juez dijo que debía *ingresar* al análisis de los elementos probatorios, *a fin de determinar cuál de las dos versiones debe prevalecer*. Apuntó que el motivo toral por el que el actor sostiene que el niño debe estar bajo su cuidado, **es el abandono de los deberes de madre**, que por la omisión en los cuidados provocó que (el mismo niño) presentara un trastorno de tipo emocional afectivo. Después, determinó:

***Que el actor no acreditó el abandono de la demandada en sus deberes de madre, ni dato alguno de violencia física o emocional que ponga en riesgo el bienestar del niño.***

Que la demandada tampoco probó la existencia de un peligro grave que impidiera al padre continuar con el ejercicio de la custodia.

Y -como se adelantó- **decretó la guarda y custodia a favor del padre, tomando como datos que el menor se encontraba bajo su cuidado desde el mes de mayo de dos mil dieciséis y que tiene mayor**

***vínculo con él (al proporcionarle la atención y cuidados indispensables para su sano desarrollo físico y emocional).***

Así lo escribió:

“...Sin embargo, cabe decir que conforme al dicho de las partes en el juicio, ***el infante afecto*** (sic) ***ha permanecido al lado de su progenitor desde el mes de mayo de dos mil dieciséis***, circunstancia que confirmó el menor en audiencia de veintiocho de junio de dos mil dieciocho, en donde además el psicólogo adscrito al Centro de Justicia Alternativa del Poder Judicial del Estado, al presentar su informe manifestó que ***el niño reconoce a ambas figuras parentales, no obstante, evocó mayores situaciones vividas con el padre, esto como consecuencia de que la convivencia es mayor con él, por lo que es necesario fortalecer los lazos afectivos con la madre...***

Luego entonces, como está debidamente evidenciado en autos, ***el infante en cuestión a la fecha se encuentran bajo el cuidado de su progenitor, con quien conforme al reporte del psicólogo del Centro de Justicia Alternativa del Poder Judicial del Estado, se observó tiene un mayor vínculo psicoafectivo; razones que el suscrito estima bastantes para que el niño permanezca en la misma condición*** y resolver la instancia en este sentido; tanto más cuanto que ***la progenitora no probó la existencia de un peligro grave que impida al actor continuar con el ejercicio de la custodia del menor que procrearon en común***, por el contrario, a opinión de la perito

oficial al señor \*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\* se le percibe con una personalidad más estable que la de su ex pareja...

Recapitulando, ***el estudio realizado lleva al ánimo del juzgador la certeza de que el menor afecto (sic) se encuentra bajo el cuidado de su padre, quien desde el mes de mayo de dos mil dieciséis le proporciona la atención y cuidados indispensables para su sano desarrollo físico y emocional, en otras palabras, el compromiso de cumplir cabalmente los deberes de una buena crianza; razones que estima conceder a \*\*\*\*\* , la guarda y custodia definitiva de su menor hijo...".***

## **2. ¿Qué sostiene la apelante?**

Que la determinación del Juez *no resulta congruente con el estudio y análisis que efectuó*, con infracción de los artículos 230 y 364 del Código de Procedimientos Civiles, puesto que concluyó (el Juez) que con las pruebas ofrecidas y desahogadas no se acreditaron los hechos aducidos contra ella. Dejó de observar lo que disponen los diversos 569, 635 y 636 del mismo Código, pues *"... tomando en cuenta la opinión del menor... los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre, no siendo obstáculo para la preferencia maternal en la custodia, el hecho de que la madre carezca de recursos económicos; consecuentemente, si mi menor hijo... a la fecha cuenta con cuatro años de edad, y la madre es la más apta para sus cuidados y formación dada su edad; era de legal justicia que el juzgador, en la sentencia combatida, reintegrara la guarda y custodia a la demandada, dado*

*que en las circunstancias del caso, así lo previene la ley; y además porque con las pruebas ofrecidas y desahogadas por el accionante no se acreditaron los hechos aducidos en contra de la demandada; es decir, no se acreditó el abandono de sus deberes de madre alegado por el actor... ni dato alguno de violencia física o emocional que ponga en riesgo el bienestar (del niño)...".*

### **3. La sentencia alzada sí es incongruente.**

La Sala debe destacar dos cosas:

*Una*, existe la necesidad de que en las sentencias haya *conformidad* entre los argumentos sostenidos por el Juez y el fallo. Eso se llama *congruencia interna de las sentencias*. Ya no existe un precepto que expresamente disponga que al pronunciarse *el fallo, este debe ser congruente (o conforme) con las consideraciones hechas*. Sin embargo, puede observarse la regla que está implícita del artículo 372, fracción II, del Código de Procedimientos Civiles:

*"La aclaración de sentencia procede: ...  
Cuando exista incongruencia entre la parte  
considerativa y la parte resolutive."*

Esta formulación implica justamente, que debe haber congruencia entre las partes considerativa y resolutive de la sentencia pues, de no haberla, procede la aclaración.

*Dos*, existe la necesidad de que el Juez, al decidir, se pronuncie (sólo) sobre los hechos alegados, en la forma en que lo fueron y para tal efecto, atribuya la carga

de probar a quien le corresponde. Esto se llama *congruencia externa* de la sentencia. Los artículos 352 y 364 del Código de Procedimientos Civiles, por su orden, prescriben:

*"La sentencia, al resolver la cuestión planteada, tratará de las acciones deducidas y de las excepciones opuestas"; y*

*"Cuando el actor no pruebe los supuestos de su acción, será absuelto el demandado."*

Ambas cosas protegen principios varios relacionados con el *principio de Estado de Derecho* y únicamente cuando están plenamente justificadas las razones, es dable que se establezcan excepciones. La Suprema Corte de Justicia ha dejado sentado este precedente, en el mismo sentido:

Emitido en la Décima Época, registro: 2018776, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo I, Libro 61, Diciembre de 2018, Materia (s): Constitucional y Civil, Tesis: 1a. CCLXXXII/2018 (10a.), página: 376, del rubro y texto siguientes:

**“PRINCIPIO DE CONGRUENCIA EN LAS SENTENCIAS. EL ARTÍCULO 84 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL ESTADO DE QUERÉTARO, NO VULNERA EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA.** *El precepto citado, al establecer que las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y las contestaciones, y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que*

hayan sido objeto del debate, no viola el derecho de acceso a la justicia, pues no restringe la apreciación íntegra de las pretensiones dentro de un juicio, por el contrario, recoge el principio de congruencia que rige y da eficacia al derecho procesal civil, **ya que su propósito es asegurar que el Juez sólo pueda pronunciarse respecto de lo discutido, y que no fallará ni extra petita, ni ultra petita, porque la decisión judicial deberá tomarse de acuerdo con las pretensiones y excepciones probadas en el proceso.** Así, si bien para la procedencia de la acción intentada en un juicio civil es innecesario nombrarla por la denominación con que la designa el derecho, pues basta con expresar con claridad lo exigido al demandado y el título o la causa de la acción por ser estos elementos los que permiten identificar jurídicamente la acción promovida, lo cierto es que esta apreciación no debe llegar al extremo de realizar cambio alguno en lo pedido y en la causa de pedir, **pues éstos deben permanecer inalterados durante el proceso en salvaguarda de los derechos fundamentales al debido proceso y de seguridad jurídica.”**

En el caso, como se adelantó en el párrafo 1, el Juez anotó que el motivo toral por el que el actor sostuvo que el niño debe estar bajo su cuidado, **es el abandono de los deberes de madre** (que por la omisión en los cuidados provocó que el niño presentara un trastorno de tipo emocional afectivo).

Después de que *ingresó* al análisis de los elementos probatorios, **estimó que el actor no acreditó el (dicho) abandono de la demandada en sus deberes**

**de madre, ni dato alguno de violencia física o emocional que ponga en riesgo el bienestar del niño.**

No obstante, **decretó la guarda y custodia a favor del actor, tomando como datos que el niño se encontraba bajo su cuidado desde el mes de mayo de dos mil dieciséis y que tiene mayor vínculo con él (al proporcionarle la atención y cuidados indispensables para su sano desarrollo físico y emocional).**

Conviene transcribir, de la sentencia, estas partes:

"... lo que en realidad está a debate es el ejercicio de la guarda y custodia del menor hijo de los contendientes, por lo que *ingresaremos* al análisis de los elementos probatorios, a fin de determinar *cuál de las dos versiones debe prevalecer...* conforme a los hechos aducidos por el actor... **el motivo toral por el que sostiene que su menor hijo debe estar bajo su cuidado y no el de la progenitora (sic), es el abandono de ésta en sus deberes de madre, quien dice que por la omisión en los cuidados para su hijo provocó presentara un trastorno de tipo emocional afectivo...** "

"... De ahí que **no se encuentre acreditado el abandono alegado por el actor, que impida a la señora... cuidar debidamente a su menor hijo, ni dato alguno de violencia física o emocional que ponga en riesgo el bienestar de éste...** "

"... SEGUNDO. Por las razones expuestas en la parte considerativa **se declara que \*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\***, **probó su acción de guarda y respecto de su menor hijo...**; la demandada \*\*\*\*\*

\*\*\*\*\* , no acreditó sus excepciones."

Se han hecho las transcripciones en trozos separados, justamente para que se pueda advertir con precisión cómo el Juez fijó el hecho que fundó la pretensión, de qué manera ese hecho no se justificó -a juicio del propio Juez- y, finalmente (y sin embargo), cómo el Juez declaró (si es que esto, más allá de una mera costumbre foral, es una declaración) que el actor *probó su acción* (sic).

Visto ese transcurso, es indudable que entre las consideraciones hechas -que por la falta de prueba del hecho fundatorio de la demanda, implicaban la absolución de la demandada (el artículo 364 del Código de Procedimientos Civiles, dispone: "*Cuando el actor no pruebe los supuestos de su acción, será absuelto el demandado*")- y los puntos resolutivos -que determinaron *la prueba de la acción* y la asignación a favor del actor, de la custodia de su hijo- ***no existe congruencia***. Conforme a las consideraciones hechas, los resolutivos debieron ser de absolución. Incluso, en razón de esto otro, que se examina ahora:

#### ***4. La sentencia alzada, también se fundó en un hecho no alegado.***

En el párrafo anterior apuntamos que existe la necesidad de que el Juez, al decidir, se pronuncie (sólo) sobre los hechos alegados, en la forma en que lo fueron y para tal efecto, atribuya la carga de probar a quien le corresponde y que esto se llama *congruencia externa* de la sentencia.

Ahí mismo (es decir, en ese párrafo) vimos de qué manera la sentencia alzada es incongruente, porque apuntando la parte considerativa a la falta de prueba del supuesto de hecho de la acción (que se fijó, previamente), los puntos decisorios son favorables al demandante.

Ahora veremos cómo en la argumentación de la sentencia misma, para salvar la incongruencia de que se habló antes, se introdujo un motivo que -a juicio del Juez- justificó que le fuera favorable al actor, no obstante que el propio Juez había considerado -después de fijar el hecho y examinar las fuentes de prueba- no comprobado el supuesto de la pretensión.

También en un párrafo previo (1), se hizo la transcripción de esta parte de la sentencia:

*“...Sin embargo, cabe decir que conforme al dicho de las partes en el juicio, **el infante afecto** (sic) **ha permanecido al lado de su progenitor desde el mes de mayo de dos mil dieciséis**, circunstancia que confirmó el menor en audiencia de veintiocho de junio de dos mil dieciocho, en donde además el psicólogo adscrito al Centro de Justicia Alternativa del Poder Judicial del Estado, al presentar su informe manifestó que **el niño reconoce a ambas figuras parentales, no obstante, evocó mayores situaciones vividas con el padre, esto como consecuencia de que la convivencia es mayor con él, por lo que es necesario fortalecer los lazos afectivos con la madre...***

Luego entonces, como está debidamente evidenciado en autos, **el infante en cuestión a la fecha se encuentran bajo el cuidado de**

**su progenitor, con quien conforme al reporte del psicólogo del Centro de Justicia Alternativa del Poder Judicial del Estado, se observó tiene un mayor vínculo psicoafectivo; razones que el suscrito estima bastantes para que el niño permanezca en la misma condición** y resolver la instancia en este sentido; tanto más cuanto que **la progenitora no probó la existencia de un peligro grave que impida al actor continuar con el ejercicio de la custodia del menor que procrearon en común**, por el contrario, a opinión de la perito oficial al señor \*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\* se le percibe con una personalidad más estable que la de su ex pareja...

Recapitulando, **el estudio realizado lleva al ánimo del juzgador la certeza de que el menor afecto (sic) se encuentra bajo el cuidado de su padre, quien desde el mes de mayo de dos mil dieciséis le proporciona la atención y cuidados indispensables para su sano desarrollo físico y emocional, en otras palabras, el compromiso de cumplir cabalmente los deberes de una buena crianza; razones que estima conceder a \*\*\*\*\* , la guarda y custodia definitiva de su menor hijo...**"

Relativamente a esta parte de la sentencia, vale apuntar dos cosas:

La primera, atinente a esta razón:

**"... el infante en cuestión a la fecha se encuentran bajo el cuidado de su progenitor, con quien conforme al reporte del psicólogo del Centro de Justicia Alternativa del Poder Judicial del Estado, se observó tiene un mayor vínculo psicoafectivo;**

***razones que el suscrito estima bastantes para que el niño permanezca en la misma condición...“***

Tal, significa que, no obstante que *el hecho en que se fundó la demanda no está probado, la custodia del niño hijo de los contendientes debe ser para su padre, porque aquel está a la fecha bajo el cuidado del segundo, con quien tiene un mayor vínculo psicoafectivo.*

Lo primero que hay que escribir, es que la causa de pedir no apunta hacia lo que argumentó el Juez. Es decir, *la demanda no está fundada en el hecho de que el niño tiene un mayor vínculo psicoafectivo con su padre (que con su madre), sino en el diverso hecho de (o varios hechos relacionados con) abandono de los deberes de madre (que tiene un efecto en el niño).* Si el Juez falló a favor del padre por un hecho que no fundó la demanda, entonces *la sentencia es incongruente*, pues exorbitó la litis. Se pronunció no sobre un hecho alegado, en la forma en que lo fue.

Y no se diga que se trata de hacer prevalecer el *interés superior del niño*. En efecto, en todos los procedimientos en que intervienen niños (o, en general, menores de edad), debe velarse por su interés superior. Pero eso no implica que a pretexto de ello, se desconozca el debido proceso y se afecte la igualdad procesal de las partes. Esto, sin perjuicio de otras dos cosas:

Una, en la demanda, el padre no dijo que tuviera bajo su cuidado al menor, previamente, o que se le impidiera ejercer una custodia compartida o, el derecho a la visita y a la convivencia con él. En el punto *NOVENO* de

HECHOS del memorial, narró cómo la demandada accedió a *prestarle* al niño y lo terminó llevando al médico, por las razones que indicó -todo, **el veintinueve de mayo de dos mil dieciséis-** apuntando: "*...Por lo narrado anteriormente, el suscrito me opongo a que la hoy demandada conviva con mi menor hijo, porque no tiene el cuidado debido con él, ya que por las particularidades de su edad necesita desarrollarse en un ambiente de amor, cuidados, tranquilidad y seguridad...*".

Hay que destacar que **la demanda fue presentada el uno de junio del mismo año dos mil dieciséis** y que en **nueve de los propios mes y año, sin audiencia de la demandada, se desahogó una diligencia en que se escuchó al menor y fue decretada la guarda y custodia provisional del niño** (de aproximadamente dos años y medio de edad, en ese momento), a favor del demandante.

De la relatoría resulta que el Juez tomó como dato determinante de la decisión, que se observó que el niño tiene un mayor vínculo psicoafectivo con su padre, bajo cuyo cuidado se encuentra. Pero resulta que el mismo niño se encuentra con su padre, no porque así hayan estado las cosas **previamente a la demanda** (porque, por ejemplo, se le hubiera abandonado o desdeñado por la madre), sino porque el veintinueve de mayo de dos mil dieciséis **el padre lo recogió**, el uno de junio siguiente presentó la demanda y el nueve del mismo mes, **se le entregó la guarda y custodia provisional**. Entonces, la sentencia no únicamente se basó en un hecho *ajeno a la litis*, **sino posterior a la demanda y consecuencia de una medida provisional, lo cual equivale a darle a esta efectos de fondo, que son inaceptables. Es**

***inaceptable que procurada que sea una situación de hecho, se decrete una medida provisional que la mantenga y, al final, la sentencia se apoye en tal estado de cosas (la permanencia de la situación de hecho procurada).***

Y, otra, el artículo 635 del Código Civil, dispone, entre otras cosas:

***"Cuando conforme a este Código deba hacerse cargo provisional o definitivamente de la guarda de un menor, uno solo de los padres, se aplicarán las siguientes disposiciones:... II. Si los padres no llegarán a ningún acuerdo, el Juez de lo familiar resolverá lo conducente, previo el procedimiento que fije el Código Procesal, tomando en cuenta la opinión del menor... Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre. No será obstáculo para la preferencia maternal en la custodia, el hecho de que la madre carezca de recursos económicos... "***

El Código Civil prescribe que en los casos en que deba hacerse cargo de un hijo menor de edad uno solo de los padres, ***los menores de siete años deben quedar al cuidado de la madre, salvo peligro grave para su normal desarrollo.*** Detrás de esa regla existe una valoración: se considera mejor para el desarrollo de los niños menores de siete años, que los guarde y custodie su madre (seguramente por la dependencia psicológica o hasta biológica de los niños pequeños, respecto de la madre).

El niño, en este asunto, desde antes de la demanda tenía menos de siete años (el extracto de nacimiento se adjuntó al memorial).

La madre tiene en su favor la regla (y, por tanto, la presunción *juris tantum* de que guardar y custodiar al niño ella, es lo mejor para él). Quien debió probar el hecho que hace inaplicable la regla (que la guarda y custodia de la madre sea un peligro grave para el normal desarrollo del niño), fue el actor. Sin embargo, no justificó el hecho que fundó la demanda.

Pero *el Juez invirtió la carga de probar*, pues después de decir que el niño está con su padre y tiene un mayor vínculo con él, escribió que la madre ***no probó la existencia de un peligro grave que impida al actor continuar con el ejercicio de la custodia:***

***"... la progenitora (sic) no probó la existencia de un peligro grave que impida al actor continuar con el ejercicio de la custodia del menor que procrearon en común... "***

### ***5. Sentido de la Resolución.***

Debe, conforme las consideraciones hechas, revocarse la sentencia alzada, para quedar:

***"UNICO. Se absuelve a la demandada de todas las prestaciones que le fueron reclamadas. Las cosas deberán volver al estado que se encontraban antes de la demanda."***

Por lo expuesto y fundado, se resuelve:

**Primero.** Se revoca la sentencia alzada, para quedar en los términos señalados en el *Considerando III, párrafo 5*, de esta resolución; y

**Segundo.** En su oportunidad, remítase testimonio de esta resolución al Juzgado de origen y archívese el toca como concluido.

**Notifíquese a las partes como corresponda.**

Así por unanimidad de votos, lo resolvieron los Magistrados **Jared Albino 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 la secretaria de acuerdos **Montserrat Núñez Cerrillo**, que autoriza y da fe.